

RICHARD A. POSNER
FRONTEIRAS DA
TEORIA DO DIREITO

INTRODUÇÃO

A educação jurídica tradicional privilegia o aspecto prático: ensina o aluno a tornar-se um advogado eficiente. A ênfase incide na análise das leis, bem como dos votos e das sentenças dos juízes (particularmente importantes num sistema de direito baseado na jurisprudência); no aprendizado dos contornos das doutrinas jurídicas fundamentais; nos valores profissionais; e, cada vez mais, no desenvolvimento de habilidades de acusação, defesa e negociação. Com uma educação desse tipo, seguida da experiência prática em um bom escritório de advocacia ou em um órgão público bem administrado, pode-se formar um profissional altamente qualificado, ou seja, capaz de se “movimentar” bem pelos labirintos do sistema. Esse tipo de formação, porém, não fornece os instrumentos essenciais para a compreensão e o aperfeiçoamento do sistema, uma vez que é incapaz de cultivar a indispensável perspectiva *externa*. Justamente por reconhecer essa limitação, bem como algumas falhas evidentes das reformulações jurídicas elaboradas por advogados¹ e o progresso das ciências sociais, é que, nos últimos anos, o ensino do direito e o pensamento jurídico em

1. Para uma das mais recentes reformulações desse tipo, a saber, aquela derivada da atuação da Suprema Corte nos casos delicados que prepararam o cenário para o *impeachment* do presidente Clinton, ver Richard A. Posner, *An Affair of State: The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton*, cap. 6 (1999).

termos gerais se tornaram mais interdisciplinares e, em decorrência, mais “teóricos” (já que o direito é um campo menos dominado pela teoria, se comparado com a maior parte dos campos acadêmicos com os quais possui relação ou com os quais coincide em determinados aspectos). Esse fenômeno não é inteiramente positivo, pois boa parte da produção teórica em matéria de direito é vazia de conteúdo². Nem toda ela, porém, é assim. Outras disciplinas têm muito com que contribuir para a compreensão e o aperfeiçoamento do direito. Neste livro, examino contribuições da economia, da história, da psicologia, da epistemologia e da inferência estatística.

O tema é vasto, razão pela qual meu tratamento será necessariamente parcial³. A ênfase na economia e na necessidade de um estudo mais empírico do direito não é um tema novo em minha obra, embora aqui a abordagem mude um pouco de direção. Mas a ênfase na história, na psicologia e na epistemologia (que, no presente contexto, significa o exame crítico da capacidade do processo jurídico para descobrir a verdade) é nova. Apoio-me intensamente em textos de minha autoria, mas os revisei, na tentativa de dar coesão e clareza ao conjunto, bem como de eliminar repetições. Submeti-os também a uma atualização (eles não são antigos, mas a teoria do direito é um campo que evolui muito rapidamente) e tentei corrigir erros, responder a críticas e tornar a linguagem mais harmônica.

2. Conforme argumento em Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999). Ver também Dennis W. Arrow, “‘Rich’, ‘Textured’, and ‘Nuanced’: Constitutional ‘Scholarship’ and Constitutional Messianism at the Millennium”, 78 *Texas Law Review* 149 (1999).

3. Um aprofundamento pode ser encontrado em vários de meus livros anteriores. Ver, além daqueles citados nas notas 1 e 2 anteriormente, *The Problems of Jurisprudence* (1990) [trad. bras. *Problemas de filosofia do direito*, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007]; *Cardozo: A Study in Reputation* (1990); *Overcoming Law* (1995) [trad. bras. *Para além do direito*, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009]; *The Federal Courts: Challenge and Reform* (1996); *Law and Legal Theory in England and America* (1996); *Law and Literature* (edição revisada e ampliada 1998); *Economic Analysis of Law* (5. ed. 1998).

Do modo como a entendo aqui, a “teoria do direito” exclui tanto a filosofia do direito (a filosofia jurídica ou jusfilosofia) – que se ocupa da análise de abstrações de alto nível relacionadas com o direito, como o positivismo jurídico, o direito natural, a hermenêutica jurídica, o formalismo jurídico e o realismo jurídico – quanto a análise da doutrina jurídica ou de seu sinônimo, o raciocínio jurídico, que é o componente analítico central dos julgamentos de causas e da prática do direito. A teoria do direito diz respeito aos problemas práticos do direito, mas os aborda de uma perspectiva externa, usando as ferramentas de outras disciplinas. Não leva em conta a perspectiva interna do profissional do direito, que se presta inclusive à solução dos problemas práticos do direito.

Percebo que é um pouco tarde para tentar apropriar-me da expressão “teoria do direito” para a análise do direito de uma perspectiva externa. No direito americano, a palavra “teoria” já vem há muito tempo sendo usada como uma forma pedante de designar a tese do autor da ação (“a ‘teoria’ do demandante é a de que o réu, por sua conduta, prejudicou-o em seus direitos contratuais”), como uma generalização que se propõe a organizar um corpo de jurisprudência (“a teoria da responsabilidade civil é a de que as perdas só devem ser revertidas pelo direito quando o autor do delito puder ser considerado culpado”) ou como uma teoria do direito restrita ao âmbito desta ciência, uma teoria elaborada por professores de direito, com pouco uso de ideias ou métodos provenientes de outros campos – a maioria das “teorias” constitucionais é desse tipo. Esses sentidos da palavra “teoria”, que equivalem a igualar “teórico” a sistemático, abrangente ou fundamental, são um tributo ao domínio que a ciência exerce sobre a mente moderna. Porém, como as únicas abordagens de uma concepção genuinamente científica do direito são aquelas que vêm de outras disciplinas, como a economia, a sociologia e a psicologia, é apropriado, ao falar de “teoria do direito” de modo geral, restringir o termo às teorias que vêm de fora do campo do direito.

Assim entendida, a teoria do direito é de origem mais recente que a filosofia jurídica ou a análise doutrinal. Suas raízes, no entanto, remontam ao final do século XVIII e início do século XIX, quando surgiram a teoria utilitarista (essencialmente econômica) da punição criminal de Bentham e a concepção historicista da ciência jurídica defendida por Savigny, que influenciou Holmes. Mais tarde, Max Weber lançou as bases de uma abordagem sociológica do direito, a qual foi retomada por Roscoe Pound e outros, nos Estados Unidos, sob a rubrica de “teoria do direito sociológica”. Posteriormente, o movimento do realismo jurídico, nas décadas de 1920 e 1930, veio defender não apenas um realismo psicológico (Jerome Frank) e um realismo econômico (Karl Llewellyn, William O. Douglas) maiores no campo jurídico, como também a pesquisa empírica em grande escala como caminho para a reformulação do direito. O realismo jurídico fora antecipado por Bentham, Holmes e Cardozo, todos os quais haviam, cada qual a seu modo, defendido um maior uso de perspectivas extrajurídicas e, particularmente, sociocientíficas.

O realismo jurídico, entretanto, não conseguiu cumprir suas promessas e, perto do fim da Segunda Guerra Mundial, já havia se esgotado. A década de 1950 e, em particular, a de 1960 presenciaram um aumento gradual das ambições intelectuais dos estudiosos do direito, mas foi somente a partir da década de 1970 que a teoria do direito passou a ser um dos principais objetos de enfoque do pensamento jurídico. A partir de então, o progresso foi rápido; e as razões disso são muitas. Os avanços verificados em outras áreas – como a economia, a teoria dos jogos, as teorias sociológica e política, a psicologia cognitiva e, até mesmo, a teoria literária – produziram novas ferramentas para o estudo do direito, ao mesmo tempo que a crescente complexidade do direito e da sociedade expôs a pobreza da análise doutrinal como ferramenta para a solução dos problemas do sistema jurídico. O simples aumento do número de juristas acadêmicos (resultante da forte elevação da demanda

por serviços jurídicos) e, conseqüentemente, do número de advogados e estudantes de direito também desempenhou um papel importante nesse fenômeno. Hoje, existem tantos professores de direito, que aqueles mais inclinados à especulação teórica podem buscar entre os próprios pares um público para sua produção acadêmica. Não precisam mais buscar esse público entre os advogados da ativa e os juizes. Além disso, a abertura do direito acadêmico às mulheres, às minorias e aos radicais em matéria de política ampliou o mercado para as perspectivas críticas sobre o sistema jurídico, que geralmente vêm de outras áreas que não o direito. Ao mesmo tempo, a abundância de dados disponíveis sobre esse sistema, facilmente recuperáveis e analisáveis, vem ajudando a sustentar a teoria do direito como programa de pesquisa.

Ou, melhor dizendo, como programas. A teoria do direito não é um programa de pesquisa unificado. Seus integrantes não têm nem mesmo uma posição consensual sobre o significado de "teoria". Uma parte da teoria do direito é sociocientífica, outra não. Alguns teóricos desse campo enfatizam a teoria abstrata, outros a pesquisa empírica, outros nenhuma das duas. Alguns segmentos da teoria do direito têm um viés fortemente político, até polêmico, e outros não. Algumas abordagens são essencialmente descritivas, outras fortemente normativas; algumas se concentram em campos específicos do direito, outras têm maior amplitude. Diante disso, um esboço dos principais ramos desse campo meio indefinido pode ajudar o leitor a se orientar. Enfatizo o direito norte-americano porque a teoria do direito é bem mais desenvolvida e influente nos Estados Unidos que em outros países. Por outro lado, a filosofia jurídica tem presença mais marcante fora dos Estados Unidos.

A antiga e a nova teoria econômica do direito. O rápido aumento do alcance e do rigor da microeconomia nas últimas décadas (em parte devido à crescente incorporação da teoria dos jogos à economia) estimulou o surgimento e o crescimento contínuo de um ramo singular e importante da

teoria do direito: a análise econômica do direito. As principais faculdades de direito dos Estados Unidos têm um ou mais economistas com Ph.D. em seu corpo docente. Há sete periódicos acadêmicos (seis norte-americanos e um europeu) especializados em análise econômica do direito. Há, ainda, inúmeros livros didáticos, uma vasta bibliografia de dissertações e duas enciclopédias⁴, além de associações de profissionais nos Estados Unidos, na Europa e na América Latina. Muitos dos juízes dos tribunais recursais federais já foram estudiosos de análise econômica do direito. Além disso, a maioria dos juízes federais e muitos dos juízes estaduais frequentam, periodicamente, cursos nessa área.

A análise econômica do direito tem aspectos heurísticos, descritivos e normativos. Como heurística, procura apresentar a unidade subjacente às doutrinas e instituições jurídicas. Em sua modalidade descritiva, procura identificar a lógica e as consequências econômicas das doutrinas e instituições, bem como as causas econômicas das transformações jurídicas. Finalmente, em seu aspecto normativo, orienta os juízes e outros defensores do interesse público quanto aos métodos mais eficientes de regulamentação da conduta através do direito. Seu conteúdo tornou-se vasto – na verdade, o nível de abrangência é máximo. Ao explorar os avanços da economia do comportamento não mercadológico, a análise econômica do direito expandiu-se para muito além de seu enfoque original no direito antitruste, no direito tributário, na regulamentação dos órgãos executivos que prestam serviços públicos, nas finanças corporativas e em outras áreas de regulamentação explicitamente econômica. (Dentro desse domínio, expandiu-se, a fim de incorporar campos como o dos direitos de propriedade e o do direito contratual.) A “nova” análise econômica do direito abrange campos jurídicos não mercadológicos, ou

4. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (Peter Newman [org.], 1998); *Encyclopedia of Law and Economics* (Boudewijn Bouckaert e Gerit de Geest [orgs.], 2000).

quase não mercadológicos, como a responsabilidade civil, o direito de família, o direito penal, a liberdade de expressão, o direito processual, a legislação, o direito público internacional, os direitos de propriedade intelectual, as normas que regem o processo em primeira e segunda instâncias, o direito ambiental, o processo administrativo, a regulamentação da saúde e da segurança, as leis que proíbem a discriminação no ambiente de trabalho e as normas sociais vistas como fonte, obstáculo e substituto do direito formal. Os economistas, com grande frequência, participam de julgamentos, testemunhando como especialistas em campos como o direito antitruste e a regulamentação do mercado de valores mobiliários, bem como em todas as ações judiciais em que é necessário o cálculo de indenização por perdas e danos (como em processos que envolvem danos infligidos a uma pessoa ou atividade comercial).

A análise econômica do direito teve maior impacto prático nas áreas de regulamentação explicitamente econômica, como o direito antitruste e a regulamentação dos órgãos executivos que prestam serviços públicos. Nessas áreas, os analistas econômicos desempenharam um importante papel no sentido de impingir ao direito norte-americano uma orientação favorável ao livre-mercado. Cada vez mais, porém, sua marca é igualmente percebida em outras áreas jurídicas, como no direito ambiental, em que os direitos de emissão comerciáveis são um símbolo da abordagem econômica do meio ambiente; nas normas que regem o direito de desapropriação, um campo no qual a crescente preocupação dos juízes com os ganhos “regulatórios” traz a marca dos analistas econômicos do direito; e no direito de família, área na qual as ideias feministas e econômicas se juntaram para enfatizar a dimensão econômica da produção familiar.

O aspecto *teórico* mais ambicioso da abordagem econômica do direito é a proposta de uma teoria econômica unificada do direito, no âmbito da qual se considera que a função deste é a de facilitar a operação do livre-mercado e,

nas áreas em que os custos das transações mercadológicas são proibitivos, a de “mimetizar o mercado” por meio da determinação, mediante decisão judicial, do desfecho que seria mais provável caso as transações de mercado fossem viáveis⁵. Portanto, tem, ao mesmo tempo, aspectos descritivos (ou explicativos) e normativos (ou reformistas).

A proposta daquilo que poderíamos pomposamente chamar de “a teoria econômica do direito por excelência” tem por base um artigo pioneiro de Ronald Coase⁶. O “Teorema de Coase” sustenta que, quando o custo das transações de mercado é igual a zero, a atribuição inicial de direitos não influencia em nada a eficiência, uma vez que, se a atribuição for ineficiente, as partes vão retificá-la por meio de uma transação corretiva. Disso derivam dois corolários importantes. O primeiro é o de que o direito, na medida em que esteja interessado na promoção da eficiência econômica, deve tentar minimizar os custos de transação – por exemplo, através de uma definição clara dos direitos de propriedade e de um esforço por torná-los facilmente transferíveis, bem como da criação de remédios judiciais baratos e eficazes para a quebra de contrato. Isso parece simples, mas a formulação de regras eficientes relativas aos direitos de propriedade e ao direito contratual nada tem de simples, como veremos de passagem no Capítulo 6, a propósito dos direitos de propriedade.

Por sua vez, o segundo corolário do Teorema de Coase afirma que, quando, a despeito de todos os esforços jurídicos, os custos das transações de mercado permanecem altos, o direito deve simular a alocação de recursos do mercado mediante concessão de direitos de propriedade aos usuários de mais alto valor. Um exemplo disso é a doutrina do uso justo (*fair use*) da lei de direitos autorais, que permite que

5. Ver, de minha autoria, *Economic Analysis of Law*, nota 3 acima, para a mais completa elaboração dessa abordagem até o momento presente.

6. R. H. Coase, “The Problem of Social Cost”, 3 *Journal of Law and Economics* 1 (1960).

os autores publiquem pequenas citações de uma obra protegida por essa lei, sem precisarem negociar com os detentores dos direitos autorais. Normalmente, os custos dessas negociações seriam proibitivos. Se não o fossem, o resultado mais comum seria um acordo para permitir a citação, de modo que a doutrina do uso justo produz o resultado que o mercado produziria se as transações mercadológicas fossem viáveis.

A abordagem econômica do direito, que desempenha um papel central neste livro, assim como na maior parte de minhas obras anteriores, será explicada com mais detalhes nos três primeiros capítulos e aplicada, seguidas vezes, nos capítulos subsequentes.

História do direito. A perspectiva histórica é a mais antiga perspectiva externa dos sistemas jurídicos e, até há poucas décadas, a mais comumente adotada. Por ser o direito uma ciência muito antiga e, além disso, caracterizada por uma notável continuidade em relação a suas origens (a qual se reflete, por exemplo, no arcaísmo de sua terminologia); e também devido à ênfase que o sistema jurídico norte-americano, em particular, atribui aos textos antigos – sobretudo à Constituição de 1787 – e (juntamente com os outros sistemas jurídicos anglo-americanos) à decisão de casos segundo a jurisprudência; é natural que os estudiosos acadêmicos do direito adotem uma abordagem historicista, cuja essência consiste em postular que tanto o significado quanto a legitimidade das doutrinas e decisões jurídicas dependem do *pedigree* histórico delas. Ainda que, nas últimas décadas, o historicismo tenha perdido terreno para outras abordagens interdisciplinares, o “originalismo”, que poderia ser descrito como uma versão radical do historicismo, passou a exercer grande influência na Suprema Corte e nos tribunais federais. A abordagem histórica do direito é o tema da Segunda Parte deste livro. No entanto, argumentarei ali que a melhor maneira de entender o originalismo não é definindo-o como um tipo de historicismo, mas, antes, como uma tentativa de fugir das abordagens (inclusive da histori-

cista) que, tanto na teoria quanto na prática, permitem um grau considerável de criatividade por parte dos juízes.

Teoria feminista do direito. Até bem pouco tempo, a advocacia, em todas as suas vertentes, era uma profissão totalmente dominada pelos homens. A Faculdade de Direito de Harvard só passou a admitir mulheres como alunas na década de 1950, e a primeira juíza da Suprema Corte só foi nomeada em 1981. Como resultado da escassez de mulheres em posições influentes na profissão e do papel de subordinação que, via de regra, estas ocupavam na sociedade, o direito não refletia os interesses das mulheres, nem a perspectiva delas, a propósito de um grande número de questões. Entre essas questões, estavam as normas probatórias nos julgamentos por estupro, a venda e a exibição de pornografia, o assédio sexual no ambiente de trabalho, a discriminação sexual no trabalho e nas instituições de ensino, as normas relativas ao divórcio e à guarda de crianças, as restrições legais ao aborto e as adaptações a serem feitas no local de trabalho para acomodar mulheres grávidas. A partir da década de 1970, advogadas feministas, como Ruth Bader Ginsburg e Catharine MacKinnon, começaram, através de sua atividade docente, de seus escritos e do exercício da advocacia forense, além de outras atividades profissionais, a realizar importantes reformas no tratamento jurídico dispensado às mulheres. A vertente teórica do movimento feminino pela reforma do direito é conhecida como “teoria feminista do direito”. As feministas de esquerda, como Ginsburg, lutam, basicamente, pela igualdade no tratamento concedido a homens e mulheres. Por outro lado, as feministas da “diferença”, como Carol Gilligan, acreditam que a jurisprudência masculina se concentra excessivamente em regras, conflitos e direitos. As feministas radicais encaram com pessimismo as reformas que buscam aperfeiçoar aquilo que já existe. MacKinnon, a pioneira da teoria feminista radical do direito (e, praticamente, a criadora do conceito de assédio sexual no ambiente de trabalho como delito), compara as mulheres ao proletariado de Marx.

A teoria feminista do direito tem exercido influência sobre cada vez mais obras teóricas que abordam questões de interesse dos homossexuais (“direito *gay*”), como a proibição do casamento homossexual, a exclusão dos homossexuais das forças armadas dos Estados Unidos – entre outras discriminações contra os homossexuais – e a proibição da sodomia homossexual pelo direito penal, uma proibição que ainda está presente na lei em quase metade dos estados norte-americanos.

Em outros livros⁷, discuti com certa profundidade as teorias feministas, entre outras teorias jurídicas que remetem às questões da prática e da orientação sexual, e não pretendo retomá-las aqui.

Teoria constitucional; direito e teoria política. A linguagem da Constituição dos Estados Unidos é, às vezes, abrangente em excesso e vaga. Um notável exemplo são as garantias de “devido processo legal” e “igual proteção das leis” da Décima Quarta Emenda. O caráter extremamente abrangente e vago de tal linguagem, além da idade inegavelmente avançada de grande parte do texto da Constituição e do dinamismo da sociedade que ela procura regular, são convites à livre interpretação. A partir da interpretação de termos vagos presentes na Constituição, a Suprema Corte, muitas vezes, criou direitos que estão, ao mesmo tempo, distantes das expectativas dos autores e ratificadores da Constituição e em desacordo com a vontade das maiorias democráticas de determinados estados (quando não com a do país inteiro), como o direito de aborto. A legitimidade de uma prática por meio da qual uma comissão de juízes pode pôr em xeque o poder da maioria democrática de implementar suas preferências jurídicas tem sido, há muito

7. Ver Richard A. Posner, *Sex and Reason* (1992); *Overcoming Law*, nota 3 acima, pt. 4 e cap. 26; *The Problematics of Moral and Legal Theory*, nota 2 acima, p. 314 (referências no índice a “Feminismo” e “Homossexualidade”). Para contribuições recentes, ver Linda R. Hirshman e Jane E. Larson, *Hard Bargains: The Politics of Sex* (1998); William N. Eskridge Jr., *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet* (1999).

tempo, objeto de debate entre os profissionais do direito. Existe uma tradição de autorrestrrição, que se desenvolveu a partir de um antigo ensaio de James Bradley Thayer⁸ e arregimentou importantes personalidades do judiciário, como Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis, Felix Frankfurter e Learned Hand, além de eminentes figuras acadêmicas, como Henry Hart e Herbert Wechsler. O mais importante representante de Thayer na atualidade é o juiz Antonin Scalia, da Suprema Corte. Em um artigo escrito em 1959, que versava sobre os princípios neutros do direito constitucional e que é o *locus classicus* da abordagem restritivista, Wechsler propunha que o direito constitucional poderia ser estabilizado se os juízes baseassem suas decisões em princípios abrangentes⁹. O autor criticava o caso *Brown vs. Board of Education*, em que a Suprema Corte invalidou a segregação racial na rede pública de ensino com base na alegação de que o único princípio neutro aplicável à questão era o princípio da liberdade de associação. Segundo Wechsler, a decisão da Corte violara a neutralidade por sobrepor, implicitamente, a liberdade dos negros de se relacionar com os brancos à liberdade destes de não se relacionar com os negros.

O artigo de Wechsler desencadeou um debate acadêmico (que se estende até hoje) sobre qual seria a abordagem decisória apropriada para os julgamentos de causas constitucionais, uma abordagem que fosse capaz de evitar o emprego licencioso do poder discricionário sem reprimir o poderoso impulso para a justiça substantiva que se evidenciava no caso *Brown* e em outras famosas decisões da Corte presidida pelo juiz Warren. Alguns marcos desse debate são a proposta de Alexander Bickel (apresentada em seu livro *The Least Dangerous Branch* [A sucursal menos perigosa]) de

8. James B. Thayer, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", 7 *Harvard Law Review* 129 (1893).

9. Herbert Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", 73 *Harvard Law Review* 1 (1959).

aperfeiçoar o princípio wechsleriano, agregando-lhe um progressismo prudencial, e a sugestão de John Ely, segundo a qual o correto papel dos juízes, nos julgamentos de causas constitucionais, é o de “reafirmar a representatividade” e, portanto, invalidar os obstáculos à democracia representativa, como a proporcionalidade representativa injusta e o imposto sobre o voto¹⁰. O ímpeto esquerdizante de Bickel, Ely e seus seguidores foi repellido por Robert Bork, Scalia e outros defensores do originalismo. Estes rejeitam a ideia de uma “Constituição viva” e preferem se manter fiéis ao significado da Constituição tal como a entendiam seus criadores e ratificadores.

A teoria constitucional é fortemente normativa em sua orientação e seus objetivos. Quase sem exceção, os teóricos estão muito mais interessados em avaliar as decisões judiciais já tomadas e fornecer orientação sobre como decidir novos casos do que em explicar, por referência a normas com as quais os teóricos podem não concordar, os padrões que caracterizam as decisões baseadas na jurisprudência. Talvez devido ao pendor emocional e político do direito constitucional hodierno, a teoria constitucional, na condição de campo do conhecimento, não tem demonstrado nenhuma tendência à conclusão¹¹.

Os cientistas políticos que se interessam por temas relacionados ao direito exploram as mesmas questões (a esta altura, as mesmas *velhas* questões) que afligem os estudiosos da teoria constitucional: o papel da deliberação na elaboração de políticas democráticas, a tradição do republicanismo cívico, o significado da democracia norte-americana e os elementos que caracterizam a defesa do interesse público guiada por princípios gerais, por parte dos juízes. Frequentemente, esses cientistas políticos são, eles próprios,

10. John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980).

11. Para um estudo recente das teorias constitucionais, ver Richard H. Fallon Jr., “How to Choose a Constitutional Theory”, 87 *California Law Review* 535 (1999).

estudiosos da teoria constitucional. Tão frequentemente, na verdade, que “direito e teoria política” é quase um sinônimo de teoria constitucional. Por outro lado, é muito diversa a abordagem daqueles pensadores que incorporam à análise das questões constitucionais os princípios da “escolha pública” e, desse modo, enfatizam o papel dos grupos de interesse nos processos legislativo e judicial, a influência que a manipulação de informações exerce sobre as escolhas políticas ou sobre as escolhas coletivas de qualquer outro tipo, a interação estratégica entre diferentes setores do governo e as indeterminações do ato de votar como método de aglutinação de preferências. Tudo isso, ou seja, a vertente da teoria constitucional ou política fundada na escolha pública, apoia-se fortemente na teoria dos jogos e em modelos de escolha racional, e pode ser incluído na esfera da análise econômica do direito.

Em outros livros meus, já discorri longamente sobre a teoria constitucional e a teoria política¹². Neste, discuto a questão sobretudo nos Capítulos 2 a 5 e na segunda metade desta Introdução.

Direito e filosofia. A filosofia do direito (jusfilosofia) não esgota as aplicações potenciais da filosofia ao direito. Os temas filosóficos são muito comuns na teoria constitucional e em sua irmã gêmea, a teoria política do direito. Além disso, podem ser encontrados, ocasionalmente, não apenas na análise econômico-normativa do direito, nos estudos jurídicos críticos e em outros campos interdisciplinares, mas também na discussão de campos específicos do direito. Essas aplicações definem um campo da teoria do direito que é distinto daquele da jusfilosofia, a saber, o campo da “teoria filosófica do direito”. Os filósofos políticos e morais kantianos e utilitaristas, assim como seus seguidores dentre os professores de direito, tentam impor suas concepções normativas à responsabilidade civil, ao direito penal, ao direito

12. Ver, por exemplo, *Overcoming Law*, nota 3 acima, pt. 2; *The Problematics of Moral and Legal Theory*, nota 2 acima, pp. 144-82.

contratual, aos direitos de propriedade e a outros campos; ou então argumentam que suas posições filosóficas se encontram latentes nesses campos. Os epistemólogos e os filósofos da linguagem aplicaram suas descobertas a um grande número de questões específicas do direito, como o conceito de nexos causal na responsabilidade civil e no direito penal, os conceitos de intencionalidade e voluntariedade (por exemplo, de uma confissão à polícia) no direito penal e o horizonte de alcance da interpretação das leis. O aspecto epistemológico da teoria filosófica do direito é um dos temas abordados na Quarta Parte deste livro. Os demais ramos são discutidos com mais abrangência em outros livros meus¹³.

A sociologia do direito e a teoria social do direito. Na Europa, a sociologia do direito, que inclui a criminologia, tem uma longa história (na qual Max Weber é a figura tutelar) e continua bem representada nas faculdades de direito, nas revistas e dissertações acadêmicas e nos movimentos pela reforma do direito. Os campos de interesse da sociologia do direito europeia são a operação e os efeitos do sistema de justiça penal; a prestação de serviços jurídicos aos pobres; a estrutura, a renda e a regulamentação das profissões jurídicas; os métodos de aperfeiçoamento do desempenho dos juizes; e, finalmente, a influência dos interesses políticos e de classe sobre os juizes e profissionais do direito em geral. Haja vista a hospitalidade de que desfruta a teoria do direito no meio acadêmico-jurídico dos Estados Unidos, é surpreendente que a sociologia do direito desempenhe um papel marginal na teoria do direito norte-americana. Seus praticantes são muito poucos para manter uma associação profissional e um periódico. Para conquistar esse *status* de campo consolidado do conhecimento, estes, então, julgaram necessário juntar-se aos cientistas políticos, antropólogos e psicólogos para formar o campo da teoria social do direito, que tem uma associação profissional e um periódico.

13. Ver *The Problems of Jurisprudence*, nota 3 acima; *The Problematics of Moral and Legal Theory*, nota 2 acima.

co próprios. A marginalidade da sociologia do direito nos Estados Unidos se deve ao fato de a criminologia não ter conseguido apresentar propostas viáveis e convincentes para lidar com os elevadíssimos índices de criminalidade do país, assim como a uma indisposição geral da educação superior norte-americana para com a sociologia¹⁴ e à ascensão de escolas de teoria do direito que competem com a sociologia do direito (a saber, principalmente, a teoria econômica do direito e a filosofia feminista do direito)¹⁵.

Não obstante, são muitos os pontos fortes da sociologia do direito norte-americana e da “teoria social do direito” em geral. O mais importante deles é a ênfase no estudo empírico do sistema jurídico, ênfase esta que não encontra equivalente em nenhum outro campo da teoria jurídica. Os sociólogos do direito norte-americanos têm prestado contribuições importantes no que concerne ao cálculo dos índices de litigiosidade; à comparação de sistemas jurídicos no âmbito internacional; ao funcionamento de atividades do sistema judiciário mais ligadas ao dia a dia, como os julgamentos de causas de divórcio e de causas relacionadas a infrações e acidentes de trânsito; à dimensão estratégica das ações judiciais e do papel da raça e da classe social no sistema jurídico. A sociologia do direito desempenhou um papel significativo em um de meus livros anteriores¹⁶. Neste, porém, ocupa uma posição secundária. O Capítulo 9, que trata das normas sociais, remete a um tema tradicionalmente sociológico, mas minha ênfase incide sobre a economia e a psicologia do comportamento regido por normas e não sobre o entendimento sociológico deste.

Direito, psicologia cognitiva e comportamentalismo. Há muito se reconhece a importância da psicologia do anormal

14. Indisposição que se deve ao pendor tradicionalmente esquerdista desse campo, bem como a sua ligação com muitas propostas políticas fracasadas e à crescente concorrência da economia, que se expandiu e passou a abordar alguns tópicos tradicionais da sociologia, só que com maior rigor.

15. Ver Richard A. Posner, “The Sociology of the Sociology of Law: A View from Economics”, 2 *European Journal of Law and Economics* 265 (1995).

16. *The Problematics of Moral and Legal Theory*, nota 2 acima.

para a avaliação das questões de insanidade que surgem nos processos penais e nas ações civis em que se pede a internação compulsória de uma pessoa. Inédita, na era da teoria do direito, é a aplicação da psicologia cognitiva (o estudo da administração do comportamento humano pelo cérebro, seja esse comportamento “anormal” ou não) a uma grande variedade de temas jurídicos. Esses temas, muitos dos quais abordo na Terceira Parte e, em menor grau, na Quarta Parte deste livro, incluem a avaliação do depoimento das testemunhas sobre eventos ocorridos no passado distante; a mensuração de distorções na avaliação que as pessoas fazem dos riscos caracterizados por uma baixa probabilidade de incidência; a estipulação do impacto das provas e da argumentação sobre o processo mental e a decisão dos jurados; a avaliação dos processos de tomada de decisão dos jurados e dos juízes segundo parâmetros psicologicamente realistas; o reconhecimento do papel da emoção nos processos decisórios; a identificação dos mecanismos pelos quais as normas jurídicas e de qualquer outra natureza se impõem extrajudicialmente; e a crítica ao realismo dos pressupostos adotados pela análise econômica do direito quanto à racionalidade do comportamento humano.

Um tema que unifica boa parte deste livro (a parte que atende pelo nome de “economia comportamental”, “teoria econômico-comportamental do direito” ou “comportamentalismo econômico”) é aquele que parte da constatação de que a evolução produziu condicionamentos no aparato cognitivo humano, os quais prejudicam a capacidade dos participantes do processo jurídico para absorver e processar informações essenciais. Entre esses condicionamentos estão a heurística da disponibilidade, que é a tendência a atribuir uma importância indevida a fatos ou sentimentos marcantes e facilmente lembrados; a percepção tardia, ou tendência a exagerar a inevitabilidade das cadeias causais; e o efeito de apropriação (*endowment effect*), que é a tendência a valorizar o que temos porque é nosso, a despeito de seu valor intrínseco. A tendência à percepção tardia, por

exemplo, pode levar os jurados a inferirem, a partir do fato de que um acidente ocorreu, que o transgressor deveria ter previsto e evitado o perigo do acidente, e que foi, portanto, negligente. O efeito doação, por sua vez, pode tornar difícil a atribuição de direitos ao portador de mais alto valor (o procedimento recomendado pela análise econômica do direito), pois o valor se torna uma função da pessoa à qual se atribuem os direitos. Os comportamentalistas econômicos também acreditam que o altruísmo e o sentimento de “equidade” desempenham, no comportamento social humano, um papel que a teoria da escolha racional é incapaz de explicar. No Capítulo 8, porém, argumento que o modelo de escolha racional é mais forte do que pensam os comportamentalistas econômicos. Especificamente, mostro como um modelo de sinalização racional pode explicar alguns dos principais resultados empíricos da bibliografia comportamental.

Direito e literatura. Desde o começo da década de 1970, um grande número de professores de direito, um número um pouco menor de especialistas em literatura e alguns acadêmicos com formação nas duas áreas vêm explorando as inúmeras relações entre direito e literatura. Muitas obras literárias cujo enredo contém temas jurídicos (entre elas algumas tragédias gregas, várias das peças de Shakespeare e diversos romances e contos) foram exploradas por sua importância do ponto de vista do direito. As aplicações mais práticas desse campo de estudos concentram-se nas áreas da interpretação, da retórica, do ensino do direito e da propriedade intelectual. Métodos de interpretação desenvolvidos por críticos e estudiosos da literatura foram aplicados à Constituição norte-americana (criando um entrecruzamento entre a teoria constitucional e a teoria literária do direito); métodos de avaliação do estilo e da retórica das obras literárias foram empregados na crítica dos votos e das sentenças dos juízes; obras literárias tidas como ilustrativas de princípios éticos ou capazes de suscitar sentimentos de solidarização com os problemas das minorias têm tido seu es-

tudo recomendado a estudantes de direito e juízes; e, finalmente, o conhecimento literário tem sido usado como fonte de ideias de originalidade e criatividade que poderiam ser usadas como paradigma para a interpretação dos direitos autorais e das demais leis que regulamentam a atividade expressiva. Este é outro campo da teoria jurídica que já discuti extensamente em outro livro¹⁷ e não pretendo retomar aqui.

Estudos jurídicos críticos e estudos jurídicos pós-modernos. Também a partir da década de 1970, muitos estudiosos do direito, inspirados tanto pelos movimentos estudantis de fins dos anos 1960 quanto pela teoria sociológica continental europeia (marxismo, estruturalismo e pós-estruturalismo), juntaram-se para formar o movimento a que deram o nome de estudos jurídicos críticos. Tratava-se, basicamente, de uma retomada do realismo jurídico de uma ótica radicalmente intransigente. Os realistas haviam enfatizado o elemento político do direito, mas sem apresentá-lo como o único elemento. De modo geral, não defendiam nada mais radical que a reestruturação dos princípios do direito a partir das descobertas vinculadas a uma sociologia neutra do ponto de vista ético. Os adeptos dos estudos jurídicos críticos, por sua vez, afirmavam que o direito não passa de política – e que o mesmo acontece com as ciências sociais (a não ser, talvez, a teoria crítica influenciada pelo marxismo), especialmente a análise econômica do direito, contra a qual esses estudiosos dirigiram suas baterias. Sua negação da objetividade do direito e a natureza em geral niilista de seu projeto, bem como a conseqüente escassez de sugestões construtivas por parte desses intelectuais, restringiram o impacto de sua obra tanto dentro quanto fora das universidades. Hoje, o movimento dos estudos jurídicos críticos encontra-se ultrapassado, a não ser pelo fato de que, como a mãe salmão, de cujo corpo a prole se nutre, ele serviu de combustível para três outras escolas radicais de teoria do

17. Ver *Law and Literature*, nota 3 acima.

direito, que continuam exercendo influência sobre os círculos jurídicos acadêmicos. São estes os estudos jurídicos feministas radicais, que enfatizam, ao modo dos estudos jurídicos críticos, o caráter ideológico das doutrinas e instituições jurídicas existentes; a pesquisa acadêmica pós-modernista, que enfatiza a flexibilidade do sistema jurídico; e a teoria crítica da raça, que, em algumas versões, leva a crítica da racionalidade jurídica ao extremo, ao insistir no abandono dos paradigmas acadêmicos vigentes, em favor do “grito da raça”, entoado por estudiosos do direito pertencentes a grupos minoritários em obras acadêmicas de caráter autobiográfico e não analítico. A teoria crítica da raça vincula-se à teoria jurídica radical feminista por dar ênfase à raça como elemento socialmente construído, o que se aparenta à ênfase das feministas no gênero sexual como elemento socialmente construído. Em todos os três movimentos derivados dos estudos jurídicos críticos, é evidente a influência do socioconstrutivismo radical de Foucault. Discuti esses movimentos mais detidamente em outras obras¹⁸ e só os menciono de passagem neste livro, basicamente no Capítulo 10.

Essa enumeração dos campos da teoria jurídica não é completa, mas os campos omitidos da lista acima tendem a ter um enfoque restrito ou, então, poucos adeptos. Nesse contexto incluem-se, por exemplo, bibliografias como a que explora a aplicação da teoria da probabilidade bayesiana ao direito probatório ou como aquela que aplica a teoria linguística à interpretação de peças jurídicas e a que aplica a biologia evolutiva a determinados temas, sobretudo no âmbito do direito de família e das regulamentações concernentes à atividade sexual. O primeiro desses campos, porém, que se poderia considerar um ramo da psicologia cognitiva ou um encontro entre a psicologia e a epistemologia,

18. Particularmente em *Sex and Reason*, nota 7 acima, e *Overcoming Law*, nota 3 acima; mas ver também *The Problematics of Moral and Legal Theory*, nota 2 acima, pp. 265-80.

figura nos capítulos sobre direito probatório, na Quarta Parte deste livro.

A teoria do direito veio para ficar. Os êxitos que obteve na elucidação de alguns dos mais obscuros recantos do sistema jurídico e na indicação do caminho para mudanças construtivas foram suficientemente numerosos para torná-la um elemento indispensável do pensamento jurídico. Entretanto, provou-se de difícil assimilação no âmbito da advocacia e do ensino do direito, por depender de áreas do saber das quais, ainda hoje, poucos juristas possuem mais que um conhecimento superficial. Minha expectativa é torná-la mais acessível e útil aos advogados, aos estudantes de direito, aos juízes e aos próprios estudiosos interdisciplinares. Dessa forma, podem-se transpor as fronteiras acadêmicas convencionais, que fizeram a teoria jurídica parecer, por vezes, um caleidoscópio ou mesmo um amontoado de fragmentos, em vez de uma busca por um melhor entendimento do direito. Pode parecer que as áreas especificamente examinadas neste livro – economia, história, psicologia, epistemologia e empirismo quantitativo – guardem pouca relação umas com as outras. Veremos, contudo, que elas se sobrepõem e se misturam, permitindo-nos vislumbrar a possibilidade da teoria do direito como um campo unificado da ciência social.

Precisamos da ajuda da teoria do direito, sobretudo, para responder a questões fundamentais sobre o sistema jurídico, pois o conhecimento *sobre* o sistema, em contraposição à habilidade de manobrar *no interior* do sistema, é precisamente o que as técnicas analíticas convencionais do jurista ou do professor de direito não oferecem. Considere-se (e será este o enfoque do restante desta Introdução, um estudo de caso da constrangedora ignorância, que, com o tempo, talvez a teoria do direito nos ajude a superar) a questão de saber se o poder há muito exercido pela Suprema Corte de invalidar leis federais e estaduais, entre outras ações governamentais que, em seu entendimento, violam a Constituição, surtiu, em termos gerais, efeitos que a maio-

ria das pessoas consideraria benéficos. Os profissionais do direito respondem prontamente que “sim”. Mas essa é uma resposta meramente instintiva, e atualmente vem sendo intensamente questionada por um grupo de juristas e professores de direito bastante diversificado em termos políticos e metodológicos¹⁹. Alguns desses céticos têm apenas objeções políticas a doutrinas ou decisões específicas e aceitariam de bom grado o controle judicial de constitucionalidade, se considerassem os juízes da Suprema Corte tão liberais ou conservadores (conforme o caso) quanto eles. A outros, que aqui ecoam uma opinião proferida por Learned Hand²⁰ e, antes dele, por Jefferson e Lincoln, entre muitos outros, desagrada o caráter antidemocrático do controle judicial de constitucionalidade (que é como os juristas constitucionais chamam o direito dos juízes de invalidar, por referência à Constituição, os atos dos outros poderes do Estado).

19. Ver J. M. Balkin e Sanford Levinson, “The Canons of Constitutional Law”, 111 *Harvard Law Review* 963 (1998); Michael J. Klarman, “What’s So Great about Constitutionalism?”, 93 *Northwestern University Law Review* 145 (1998); Klarman, “Constitutional Fetishism and the Clinton Impeachment Debate”, 85 *Virginia Law Review* 631 (1999); Richard D. Parker, “Here, the People Rule”: *A Constitutional Populist Manifesto* (1994); Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* (1999); Robert H. Bork, *Slouching towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline*, pp. 117-8 (1996) (Bork não prega abertamente o fim do controle judicial de constitucionalidade. Sua proposta é enfraquecer esse poder, ao se permitir que o Congresso revogue uma decisão judicial que invalide uma lei federal); Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (1999). Além disso, David A. Strauss, num artigo intitulado “The Irrelevance of Constitutional Amendments” (publicado em março de 2001, *Harvard Law Review*), apresenta o poderoso argumento de que mesmo as emendas formais à Constituição dos Estados Unidos realizadas depois do período de fundação fizeram pouca diferença para a ordem constitucional e as instituições do país. Se assim for, parece ainda menos provável que as decisões judiciais que interpretam a Constituição, as quais não se revestem da mesma autoridade das emendas formais, tenham feito uma grande diferença.

20. Que, numa afirmação célebre, disse que não gostaria de ser “governado por uma tropa de guardiões platônicos” porque “perderia o estímulo de viver numa sociedade na qual desempenho, ao menos em teoria, algum papel na condução dos negócios públicos”. Learned Hand, *The Bill of Rights*, pp. 73-4 (1958).

Outros simplesmente duvidam que os juízes tenham competência para exercer com responsabilidade o grande poder que é o controle de constitucionalidade. Não me ocupo, contudo, dos fundamentos ou das motivações dessa dúvida, mas apenas do questionamento dos céticos acerca das consequências benéficas da doutrina do controle de constitucionalidade; pois isso mostra que, depois de dois séculos de vigência dessa doutrina nos Estados Unidos, bem como de muitos milhares de sentenças judiciais e incontáveis obras de direito constitucional, suas consequências ainda são objeto de conjectura.

Os argumentos dos céticos são os seguintes:

1. Os legisladores e as demais autoridades governamentais levam a Constituição a sério, mesmo quando não há perspectiva de que os juízes garantam o cumprimento dela. Vimos isso na tentativa de *impeachment* de Clinton. Ainda que a atitude do judiciário diante de casos de *impeachment* seja a de lavar as mãos e permitir que o Congresso faça praticamente o que quiser, este se esforçou por não se desviar das posições mais convencionais no que se refere à interpretação das cláusulas constitucionais aplicáveis. Desconsideraram-se, tacitamente, ideias fantasiosas que desafiavam as crenças estabelecidas sobre o significado dessas cláusulas, como o argumento de que o Senado pode condenar um presidente por crimes graves ou pequenas contravenções e, ainda assim, decidir não destituí-lo. Na medida em que as alegações plausíveis de inconstitucionalidade tiverem poder efetivo como retórica política, a Constituição pode ser considerada autoexecutável.

2. Uma questão análoga, com implicações semelhantes, é que os legisladores e as demais autoridades governamentais tendem a levar a Constituição *mais* a sério quando não podem passar a responsabilidade aos tribunais. É mais provável que sejam acusados de comportamento inconstitucional se não houver nenhuma modalidade de correção. Por esta e outras razões, as autoridades se sentem incentivadas a obedecer a maior parte das cláusulas constituic-

nais. Esses dispositivos são “incentivadores naturais”, não precisando, portanto, de agentes externos que garantam seu cumprimento²¹.

3. O público pode ser levado a perder o interesse pela Constituição se o domínio da interpretação constitucional for monopólio de uma casta de juízes. A mensagem que o controle judicial de constitucionalidade transmite ao público é a de que a Constituição é assunto de juízes, não do povo. Mark Tushnet distingue uma Constituição “robusta”, ou seja, o texto integral com o enorme *corpus* de interpretação judicial a ele incorporado, e uma Constituição “enxuta”, que consiste num punhado de normas básicas, muitas delas provenientes da Declaração de Independência (que, tecnicamente, nem faz parte da Constituição) e do preâmbulo à Constituição²². A Constituição “enxuta” é aquela reverenciada pelas pessoas e na qual se basearam os debates entre Lincoln e Douglas. Ela é ofuscada pelo desenvolvimento, por parte dos juízes, da Constituição densa, um emaranhado cada vez mais impenetrável de regras e tecnicidades – obra de juristas tecnicamente competentes, porém de mentalidade estreita, numa era de racionalidade, especialização e desencantamento.

4. O controle judicial de constitucionalidade é paternalista e antidemocrático. Ele alça os juízes da Suprema Corte ao papel de regentes de uma população tida como incapaz de governar a si própria por causa de sua ignorância, suas paixões, seus preconceitos e sua falta de princípios. A vitaliciedade do cargo, por sua vez, confere aos juízes federais um ar monárquico, e não se constitui apenas numa fórmula para isolá-los das paixões do momento, mas também num passaporte para a irresponsabilidade e a altivez.

5. Quando a Constituição é clara a respeito de determinada questão (por exemplo, ao conceder a cada estado, independentemente de sua população, o direito a ter

21. Tushnet, nota 19 acima, cap. 5.

22. *Id.*, pp. 9-13.

dois senadores), não há necessidade de revisão do processo administrativo por um segundo grau de jurisdição para determinar se houve violação. Esta seria óbvia e o povo ficaria indignado (a não ser em uma situação de crise extraordinária). Por outro lado, nas questões sobre as quais a Constituição é obscura, o controle judicial de constitucionalidade tende a ser guiado pelas preferências políticas dos juízes e por sua visão acerca do interesse público, não pela Constituição em si. O texto é tão antigo e as controvérsias sobre seu significado são tão saturadas de implicações políticas, que a interpretação da Constituição em casos duvidosos (os únicos que tendem a ser levados a juízo) está fadada a ser arbitrária, em vez de regida por normas rigorosamente definidas.

6. A legislação constitucional através do exercício do poder discricionário poderia ser algo benéfico se uma comissão de juristas não eleitos (a Suprema Corte, no fim das contas, é isso) dispusesse da quantidade de informação necessária para legislar com conhecimento de causa – isso seria a política elevada ao nível da arte de governar. Mas as coisas não são assim. O direito constitucional abrange um domínio tão vasto de questões de interesse público (que vão da imigração à educação, da mitigação da pobreza aos direitos dos homossexuais e do crime à liberdade religiosa), que poucos juízes conseguem manter-se bem informados sobre uma porção substancial delas. Formação em direito não é formação em legislação. Da mesma forma que os outros juristas, os juízes, mesmo aqueles das instâncias superiores, tendem a ser estritamente profissionais, em vez de se comportarem como estadistas ou pessoas de grande envergadura intelectual.

7. Assim, as decisões dos casos constitucionais, carentes de orientação tanto do texto da Constituição quanto de um *corpus* de conhecimento especializado, tendem a refletir os preconceitos (os quais, conseqüentemente, adquirem força de lei) do grupo social, ou seja, da “classe” da qual provêm os juízes da Suprema Corte – uma elite cultural com poucas

pretensões de representar o pensamento ou os sentimentos do norte-americano comum.

8. O judiciário carece dos instrumentos necessários para dar eficácia a normas constitucionais impopulares. Ele pode proibir a segregação nas escolas públicas, mas não conseguirá impedir que os pais matriculem seus filhos nas escolas particulares ou se mudem para bairros exclusivamente habitados por brancos. Seja como for, forçar a entrada de negros em escolas em que predominam os brancos é sempre uma solução jurídica extremamente imperfeita para a “fuga dos brancos” – na verdade, pode até intensificá-la. Os juízes podem criar novos direitos constitucionais para os réus de processos penais, mas não são capazes de arregimentar o desejo de proibir que o poder legislativo reaja, tornando as sentenças mais severas ou privando de seus recursos essenciais os advogados de réus indigentes de processos penais, ou, ainda, restringindo os direitos não constitucionais de pessoas suspeitas de terem praticado algum crime. Devido à capacidade limitada que têm para levantar os fatos de um processo, os juízes não conseguem nem mesmo fiscalizar eficientemente a obediência às próprias regras do judiciário. Um policial que não tenha lido os direitos de um cidadão no ato de sua prisão pode afirmar que o fez – e, em geral, acreditarão nele.

9. Por termos um sistema de direito baseado na jurisprudência, em cujo topo está a poderosa e prestigiada Suprema Corte, e pelo fato de os casos geralmente serem dramáticos e instigantes (sobretudo os casos constitucionais mais importantes), a instituição do controle judicial de constitucionalidade levou os debates e as análises concernentes à Constituição a girarem excessivamente em torno dos interesses da Suprema Corte. Os pontos da Constituição que, por uma razão ou outra, não geram muita litigiosidade (como o direito exclusivo do Congresso de declarar guerra, contínua e impunemente desrespeitado) e as teses constitucionais que a Corte rejeita expressamente (como aquela segundo a qual a cláusula de igual proteção das leis da Dé-

cima Quarta Emenda exige a uniformização dos gastos por aluno em todas as escolas públicas) não recebem atenção, por mais intrinsecamente importantes e pertinentes que sejam. Em vez de estudar as questões de que tratam os processos judiciais, os especialistas em direito constitucional estudam os votos da Suprema Corte, ainda que os juízes dessa Corte – os quais, é preciso lembrar, são apenas juristas – frequentemente não dominem os temas que permeiam os casos em juízo.

10. O poder político conferido pelo controle judicial de constitucionalidade resulta na politização do processo de seleção dos juízes. Se fosse menos poderoso, o judiciário federal seria mais profissional e também mais capaz de desempenhar suas funções não constitucionais.

11. O processo legislativo pode ser melhor que o judiciário para lidar com as espinhosas questões fundamentais da ética política. Jeremy Waldron assinala que “as únicas estruturas que interessam aos filósofos do direito hoje em dia são aquelas do raciocínio judicial. Eles têm obsessão pelo judiciário, e as delícias dos julgamentos de causas constitucionais os cegaram para quase tudo o mais”²³. Interessam-se tão pouco por legislação que não se dão conta da importância do fato de que (via de regra) não é pelo raciocínio que os legisladores chegam às conclusões “corretas”. Os legisladores votam. O lado perdedor não sai persuadido – pelo voto – de que estava errado; tampouco a posição que este defendia é declarada ilegal, equivocada ou inescrupulosa. As convicções dos perdedores permanecem inalteradas e estes simplesmente aceitam a derrota, reconfortando-se, talvez, com a ideia de que poderão vencer da próxima vez ou com concessões possivelmente obtidas por meio de algum acordo.

O objetivo de um Congresso nacional é personificar a totalidade das opiniões vigentes na sociedade; e, numa so-

23. Waldron, nota 19 acima, p. 9. As demais referências a páginas do livro de Waldron aparecem no corpo do texto. Todas as palavras que se encontram em itálico nas minhas citações também estão assim no original.

cidade tão diversificada quanto a dos Estados Unidos, o leque dessas opiniões é tão amplo que seus extremos nunca se tocam, por assim dizer. Como resultado, a escolha de representantes por meio do voto popular nos diferentes estados traz para os salões do Congresso porta-vozes de um sem-número de opiniões inconciliáveis. Dessa cacofonia, emergem leis que, invariavelmente, são produto de acordos, polêmicas e politicagem pura e simples; não de um consenso forjado pelo raciocínio a partir de premissas compartilhadas por todos e que procurem chegar a objetivos comuns. Poucos concebem a legislação como triunfo do certo sobre o errado. Logo, o processo legislativo trata a divergência com mais respeito do que o faz o processo judicial e, desse modo, tende a dispersar – e não a concentrar e inflamar – as paixões que vêm à tona quando as questões políticas são debatidas em razão de direitos fundamentais.

Waldron enfatiza a formalidade do processo legislativo (por exemplo, a aplicação das regras da Casa, segundo os preceitos do manual de Robert*, como forma de organizar a discussão e a votação) e, portanto, sua distância dos “modelos [de deliberação] derivados da conversação comum” (p. 70). A informalidade da conversação “tende a apoiar-se na ideia de que os participantes compartilham das mesmas premissas implícitas e que o diálogo entre eles tem por finalidade evitar a divergência e alcançar o consenso” (*id.*). A legislação é a solução democrática para o problema que surge do fato de que, numa sociedade complexa e heterogênea, as pessoas não concordam entre si quanto aos fins almejados.

Diante disso, o indivíduo habituado a considerar o controle judicial de constitucionalidade como uma instituição inquestionável logo perceberá uma inquietante semelhan-

* Referência ao livro *Robert's Rules of Order* (cujo título integral era *Pocket Manual of Rules of Order for Deliberative Assemblies*), publicado pela primeira vez em 1876, de autoria de Henry Martin Robert. A obra, baseada nos procedimentos utilizados no Parlamento britânico, é um manual para a condução eficiente de reuniões. (N. do R. da T.)

ça entre o processo legislativo descrito por Waldron e o processo judicial. No judiciário, também se decidem questões pelo voto, e o processo de deliberação judicial tem suas próprias formalidades. Quando deliberam, os juízes raramente o fazem por meio de diálogos informais. Pronunciam-se seguindo uma sequência determinada pelo tempo de serviço de cada um e atentam para não interromper uns aos outros. Além disso, a extensão e a intensidade das discussões são, em geral, inversamente proporcionais ao grau de convicção com que cada juiz examina o tema debatido. Nem mesmo os juízes eleitos (como ainda é o caso da maioria dos juízes estaduais) são representantes do povo no mesmo sentido em que os legisladores o são. Mas as causas judiciais, como os projetos de lei, suscitam divergências que, decorrentes da discrepância de valores fundamentais ou experiências de vida, não se deixam eliminar pelas ferramentas de argumentação que os juízes propõem em lugar da legitimidade democrática que lhes falta. Se o processo legislativo não for considerado um método satisfatório para a resolução de divergências fundamentais, tampouco poderá sê-lo o judicial (à primeira vista, pelo menos). Porém, se o processo legislativo é um método satisfatório, por que precisamos do controle judicial de constitucionalidade?

John Rawls, entre outros, defende a criação de uma teoria suprema da justiça, de que os juízes poderiam valer-se para dirimir aquelas divergências cuja resolução os legisladores só conseguem protelar (dando vitória temporária a um ou a outro lado, sem, no entanto, solucionar a questão mediante a determinação de que lado está “correto”). Apesar de ter bastante consciência de como são espinhosas as disputas em torno do “bem”, Rawls é incapaz de perceber que dos indivíduos racionais *não* “se pode esperar que concordem quanto ao equilíbrio apropriado a ser atribuído, na vida social, a suas respectivas concepções abrangentes” do bem (p. 152). As incertezas que tornam impossível a obtenção de um consenso em torno do bem são as mesmas que

tornam essa mesma tarefa também impossível no que diz respeito à teoria da justiça. As pessoas profundamente religiosas não apenas rejeitarão qualquer esforço no sentido de persuadi-las da superioridade da concepção ateuista do bem, como também rejeitarão a hipótese de que teóricos não religiosos, como Rawls, tenham uma concepção de justiça superior à delas. A validade dessa afirmação independe de acreditarmos ou não, como os realistas morais acreditam, que até mesmo as mais difíceis questões que envolvem conceitos morais, como o de justiça, possuem uma única resposta correta. Esta é uma questão de ontologia (existe uma realidade moral?). Mas a questão crucial é epistemológica: como demonstrar a certeza de nossas crenças morais aos céticos? “Se o realismo moral for verdadeiro, então as crenças morais dos juizes se chocarão com as crenças morais dos legisladores. Se, por outro lado, o realismo for falso, as atitudes dos juizes se chocarão com aquelas dos legisladores” (p. 184). “A despeito da frequência ou ênfase com que empregamos palavras como ‘objetivo’, a pretensão de saber o que a justiça demanda *objetivamente* jamais aparece na política, a não ser como ponto de vista de alguém” (p. 199).

Por mais vigorosas que sejam as críticas ao controle judicial de constitucionalidade acima examinadas, diversas réplicas são possíveis. Não me refiro a velhos chavões, como aquele de que o controle judicial de constitucionalidade transforma a Suprema Corte em professora de educação cívica e moral do povo norte-americano. Os tribunais recursais podem ser órgãos mais deliberativos que as assembleias legislativas, mas deliberam com uma atitude mental formada na tradição e experiência dos juristas. Assim, produzem normas constitucionais que podem refletir as inclinações da profissão – por exemplo, a favor de uma observância estrita, porém dispendiosa, dos direitos processuais. Nas mãos dos juizes, o direito constitucional perde a maior parte de seu potencial inspirador e se torna uma miscelânea de particularidades, às quais falta unidade conceitual e

retórica (a Constituição “enxuta”, aquela que os juízes *não* aplicam, poderia ser um veículo mais eficiente para se infundir uma religião civil). Não há quase nada que indique que as pessoas se orientem moral ou ideologicamente pelas decisões do judiciário²⁴.

Um argumento mais convincente é aquele de que o controle judicial de constitucionalidade protege de violações a essência da Constituição. É improvável que violações claras sejam cometidas ou, se o forem, que produzam recursos em todas as instâncias, até chegarem à Suprema Corte. O resultado disso é a manifestação de um viés seletivo: os casos “selecionados” para decisão pela Suprema Corte são aqueles situados nos limites do direito. Esse grupo, portanto, será inevitavelmente dominado por casos para os quais a Constituição não apresenta solução clara, o que abre espaço para o exercício do poder discricionário por parte dos juízes. Esses litígios nos limites externos do direito representam um escudo contra a violação dos direitos mais essenciais.

Segundo outro argumento, mesmo que os juízes não consigam obter muita orientação da Constituição, sua prerrogativa de invalidar as ações tomadas por outros poderes do Estado protege a liberdade, pois representa uma descentralização de poder. Esse argumento está intimamente relacionado ao anterior, pois ambos implicam que o controle judicial de constitucionalidade protege a liberdade dos norte-americanos. Essa afirmação, no entanto, é de difícil comprovação. Não podemos retroceder na história e vivenciá-la sem o controle judicial de constitucionalidade, para então poder contabilizar as violações à liberdade que teriam ocorrido sob tal regime hipotético e que são coibidas no regime atual. Essas violações têm ocorrido a despeito da existência do controle judicial de constitucionalidade, e é possível que, sem este, ocorreriam em número ainda maior. Porém, da mesma forma que um cão latirá mais alto para os

24. Ver, por exemplo, Michael J. Klarman, “The Plessy Era”, em *Supreme Court Review* (1998) 303, 391-392.

transeuntes se estiver seguro atrás de uma cerca, assim também um Congresso tenderá a promulgar mais leis inconstitucionais se souber que o judiciário vai invalidá-las. Desse modo, os legisladores não prejudicam ninguém e ainda podem dizer ao grupo de interesse que intercedia por determinada lei que ao menos tentaram aprová-la. O exemplo do *impeachment* sugere que o Congresso reluta em cometer violações claras da Constituição quando são poucas as probabilidades de retificação por parte do judiciário, a menos que a pressão pública pela violação seja imensa, como quando Lincoln suspendeu o *habeas corpus* ou quando o Congresso e as assembleias legislativas estaduais tomaram severas medidas contra o discurso radical, na esteira das duas guerras mundiais. Outros exemplos são a realocação dos imigrantes japoneses nos Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial, a promulgação de leis de controle do porte de armas, que vão contra o direito de portar armas garantido pela Segunda Emenda, e o contínuo desrespeito ao direito exclusivo do Congresso de declarar guerra, cujo exemplo mais recente é a campanha militar no Kosovo. Nessas situações, porém, se o judiciário não é ignorado (como no caso da recusa de Lincoln em obedecer a um mandado de *habeas corpus* emitido pelo juiz-presidente Taney), esquia-se do problema (como em todos os outros exemplos) através de uma interpretação pouco rigorosa da Constituição ou, como no caso do poder de declarar guerra, mediante a decisão de que determinada tese constitucional não é passível de apreciação judicial.

Outro argumento que se pode apresentar em defesa do controle judicial de constitucionalidade é o de que o judiciário, sobretudo o federal, com seus juízes não eleitos e de cargo vitalício, realmente possui vantagens consideráveis sobre o legislativo. A despeito da inegável limitação de sua competência em determinadas matérias, o judiciário fica a salvo da maior parte das pressões políticas que assediavam o poder legislativo eleito, pressões essas que às vezes refletem interesses egoístas ou provincianos, sentimentos

moralmente repulsivos, ignorância, temores irracionais ou preconceitos. Esse isolamento, ao lado das tradições e dos costumes da magistratura e do fato de os juízes federais serem escolhidos por sua competência e integridade, confere ao judiciário a capacidade de refletir de forma independente e inteligente sobre as questões políticas, o que o caracteriza como um valioso complemento ao legislativo.

Além disso, somente o judiciário é capaz de contrapor-se a algumas características intrínsecas do poder legislativo que representam obstáculos à eficácia do Estado democrático. O exemplo mais claro disso é que um legislativo caracterizado por uma proporcionalidade representativa injusta relutará em reformar-se para resolver esse problema. Os legisladores beneficiados pela falha lutarão com todas as suas forças contra as mudanças necessárias para saná-la. Ademais, os políticos podem procurar abrigo em leis que proíbam críticas “injustas” a autoridades governamentais. Por sua vez, os legisladores que já estão no poder podem tentar impedir que os opositores financiem suas campanhas ou que nem sequer consigam candidatar-se; enquanto as minorias impopulares podem não ter influência política suficiente para combater as leis que as discriminam. Por fim, a simples inércia do processo legislativo – o fato de que revogar uma lei existente é tão difícil quanto promulgar uma nova²⁵ – faz com que muitas leis obsoletas continuem vigentes e causem problemas ocasionais. Graças à sua posição de domínio no Partido Democrata e ao sistema de superioridade hierárquica por tempo de serviço vigente no Congresso, os deputados e senadores do Sul conseguiram, até a década de 1960, impedir a aprovação de leis em defesa dos direitos civis fortemente apoiadas pela maioria dos norte-americanos. O resultado disso foi um impasse legislativo que só o judiciário federal seria capaz de resolver, mediante a invocação do poder de controle judicial de constitucionalidade.

25. Não raro é *mais* difícil, porque a lei pode ter criado ou fortalecido um grupo de interesse que sairá muito beneficiado se ela continuar em vigor.

Opondo-se totalmente àqueles que afirmam que o controle judicial de constitucionalidade é antidemocrático, John Hart Ely, entre outros, alega que a revisão judicial pode tornar o governo *mais* democrático²⁶. Em resposta, Jeremy Waldron assinala que, quando uma questão democrática é resolvida de forma não democrática (por exemplo, quando um juiz lança mão do controle judicial de constitucionalidade), a liberdade política sai enfraquecida, ainda que o juiz tenha resolvido a questão da maneira correta. Mas a força desse argumento se extingue na ambiguidade do termo “democrático”. Suponhamos que o Congresso aprovasse uma lei que restringisse o direito de voto a pessoas com renda igual ou superior a um milhão de dólares. O Congresso eleito pelo novo sufrágio não poderia ser caracterizado como “democrático” sob a justificativa de que a restrição fora adotada democraticamente. Não existe nenhuma teoria amplamente aceita sobre quais regras e instituições específicas relativas ao processo de votação, à divisão em municípios, aos procedimentos legislativos, às qualificações dos legisladores, à frequência das eleições e coisas do gênero são necessárias para que o resultado do processo legislativo seja “democrático”. Quando os candidatos concorrem no âmbito municipal e não no estadual, o legislativo pode não refletir as preferências da maioria, e isso ocorre independentemente do efeito de distorção provocado pelos grupos de interesse sobre o processo democrático. Uma maioria de eleitores em uma maioria de municípios elegerá uma maioria de legisladores. Porém, uma maioria dentro de uma maioria pode facilmente representar uma minoria (por exemplo, 60% de 60% é só 36%). Além disso, deixando de lado a questão da representatividade, não devemos ser idealistas a respeito do processo legislativo. Para Waldron, não se trata de uma “competição indigna por benefícios pessoais” (p. 304), mas sim de “um cenário tumultuado em que homens e mulheres de espírito elevado de-

26. Ver nota 10 acima e o texto a que esta se refere.

batem com paixão e veemência sobre que direitos possuímos, quais são as demandas da justiça e o que vem a ser o bem comum; sendo que, em suas divergências, não são movidos por interesses pessoais, mas pelo desejo de acertar” (p. 305). Essa imagem do processo legislativo é tão irreal quanto aquela que pinta o judiciário como um mar de rosas. A verdade está entre esses dois polos e provavelmente mais próxima do primeiro. Além disso, nada garante que pessoas com diferentes perspectivas sejam “capazes de aglutinar essas perspectivas para produzir decisões melhores do que aquelas que seriam tomadas no plano individual” (p. 72). Essa afirmação é refutada pela concepção realista (implícita em boa parte no que Waldron tem a dizer sobre os limites da razão no que concerne à conciliação de divergências fundamentais) segundo a qual a troca de ideias entre pessoas que guardam divergências desse tipo só tenderá a consolidar essas divergências. Apresentaremos a comprovação empírica desse fato no Capítulo 11.

Dados os argumentos *a favor* do controle judicial de constitucionalidade, a argumentação teórica contra este deve ser considerada inconclusiva. A questão é empírica, e sua solução empírica tem sido protelada, em parte devido a uma perda de interesse dos cientistas políticos pelo direito, mas sobretudo devido à natureza especulativa da história virtual (mais sobre o assunto nos Capítulos 1 e 5). Sabemos o que a Suprema Corte efetivamente fez. Ignoramos, no entanto, o que o poder legislativo *teria feito* se a Suprema Corte não tivesse reivindicado para si o poder de controle judicial de constitucionalidade. Mas podemos fazer algumas suposições bastante plausíveis. A segregação racial oficial nas escolas públicas do Sul não terminaria tão rapidamente se a Suprema Corte não tivesse decidido o caso *Brown vs. Board of Education*, embora certamente tivesse terminado muitos anos atrás. Sem dúvida, muitas assembleias legislativas estaduais continuariam até hoje viciadas por distorções de proporcionalidade representativa, não fosse o caso *Baker vs. Carr* e aqueles que se lhe seguiram. Além dis-

so, os estados de Connecticut e Massachusetts teriam mantido, ao menos por algum tempo, as leis que proibiam a venda de contraceptivos, não fossem as decisões da Corte que invalidaram essas leis. Vários estados, por fim, ainda teriam leis extremamente restritivas em relação ao aborto.

O que esses exemplos têm em comum e o que dá confiabilidade aos cenários não factuais traçados a partir de seus respectivos contextos é o uso de princípios constitucionais novos para invalidar leis há muito existentes. Quando essas leis foram adotadas, não havia fundamento algum para considerá-las inconstitucionais. As assembleias legislativas que as promulgaram não estavam protegidas das consequências de seus atos pelo controle judicial de constitucionalidade e não teriam hesitado em agir por medo de serem acusadas de violar a Constituição. Portanto, ainda que não existisse o controle judicial de constitucionalidade, as leis teriam sido promulgadas na mesma ocasião e da mesma forma que o foram. Além disso, por pura inércia do processo legislativo, teriam durado mais tempo (em alguns casos, muito mais tempo) se a Corte não tivesse exercido seu poder para derrubá-las.

Nos casos mais complicados, a legislação foi aprovada, por assim dizer, a despeito da Constituição. Exemplo disso são as leis federais que proibiam a queima da bandeira dos Estados Unidos, invalidadas pela Suprema Corte. Não sabemos se, caso não existisse o controle judicial de constitucionalidade, o Congresso teria ainda assim aprovado leis tão questionáveis do ponto de vista constitucional. Teria havido mais oposição no Congresso se os oponentes não tivessem encontrado no judiciário uma forma de respaldo.

Poderíamos examinar os casos nos quais o controle judicial de constitucionalidade parece, de fato, ter feito alguma diferença e nos perguntarmos se, tudo somado, esses casos tornaram o país melhor em algum sentido consensual. A tarefa seria hercúlea e também implicaria uma desconfortável (e até desorientadora) mudança de foco, das consequências jurídicas para as consequências práticas. O

caso *Brown vs. Board of Education* foi um marco jurídico e, no plano dos princípios, um triunfo da razão no que concerne ao bem público. No que diz respeito a suas consequências, porém, a decisão foi menos importante, podendo-se até mesmo concebê-la como secundária. A segregação não foi extinta em muitas escolas (na prática, houve poucos casos em que se recorreu à justiça para fazer cumprir os direitos de uma minoria qualquer) até a promulgação das leis antidiscriminação na década de 1960. Por sua vez, a promulgação dessas leis parece ter ocorrido muito mais em decorrência do movimento não legalista pelos direitos civis (um movimento de *desobediência civil* à lei) liderado por Martin Luther King Jr. do que de qualquer coisa que a Suprema Corte tenha feito ou afirmado. Sem dúvida o caso *Brown* pode ter encorajado um pouco (quicá bastante) os negros do Sul e seus partidários no Norte a dar o próximo passo em direção à igualdade. Isso, contudo, também é conjectura. Para alguns estudiosos do período, a reação violenta do Sul à decisão do caso *Brown* tornou os nortistas mais solidários com os movimentos pelos direitos civis, o que não teria acontecido se os eventos tivessem se desenvolvido de outra forma²⁷. Se correta, essa crença ilustra os desígnios da lei das consequências involuntárias – e, quanto mais acreditar no poder dessa “lei”, menos confiança poderá ter um juiz de que uma postura ativista de sua parte tenderá, em termos gerais, a ter consequências positivas. A intervenção esporádica do judiciário em disputas sociais ou políticas incrivelmente complexas (com os limitados instrumentos de que dispõe para reformar a sociedade) está frequentemente fadada a trazer consequências imprevistas. Um exemplo recente disso é a declaração de nulidade parcial, pela Suprema Corte, das leis federais que regem o financiamento de campanhas eleitorais²⁸, que criou o paradoxo de que uma pessoa rica pode gastar quantias ilimita-

27. Tushnet, nota 19 acima, p. 146.

28. Ver *Buckley vs. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976) (*per curiam*).

das com sua própria candidatura, mas não pode dar mais de mil dólares a um candidato provavelmente muito mais qualificado que ela. Outro exemplo é a confirmação, por essa mesma Corte, da lei que criava o cargo de procurador especial²⁹ (hoje felizmente extinta), da qual decorreu o fiasco do *impeachment* de Clinton.

Como mostra o livro de William Eskridge sobre o tratamento dispensado aos homossexuais pelo direito norte-americano, o avanço desses indivíduos em direção à cidadania plena, a exemplo do que acontece com outros grupos impopulares, tem dependido muito mais dos próprios esforços e da expressão das forças sociais que do direito constitucional. Os juízes se mostram relutantes em reconhecer os direitos dos homossexuais, ainda que, ao aplicarem as proteções jurídicas gerais (inclusive do direito constitucional) a esses indivíduos, tenham promovido a causa da igualdade³⁰. O movimento feminista também parece dever muito pouco à Suprema Corte (ou ao judiciário em geral), que só descobriu um direito constitucional à igualdade dos sexos quando esse movimento já andava a passos largos. Muito mais decisivas para o feminismo foram as transformações do papel das mulheres na sociedade decorrentes dos avanços tecnológicos: o surgimento de melhores métodos de contracepção, a redução do índice de mortalidade infantil, o aumento da produtividade no lar decorrente do aperfeiçoamento dos utensílios domésticos e a diminuição da importância da força física no mercado de trabalho. O caso *Roe vs. Wade* por certo fez aumentar a quantidade de abortos realizados nos Estados Unidos, mas talvez não muito, pois a taxa de abortos legais já vinha subindo rapidamente na época em que o caso foi decidido³¹. Além disso, o caso

29. Ver *Morrison vs. Olson*, 487 U.S. 654 (1988), discutido em Posner, nota 1 acima, pp. 217-25, 227-30.

30. Ver Eskridge, nota 6 acima, cap. 3.

31. Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?* pp. 178-80 (1991). Rosenberg é um dos poucos cientistas políticos contemporâneos que conduzem uma análise empírica sistemática de uma das mais importantes fases da história do sistema jurídico norte-americano.

também reanimou o movimento do “direito à vida”, o qual logrou impedir o financiamento federal das cirurgias e intimidar muitos dos profissionais que proviam o serviço. De todo modo, mesmo que *Roe vs. Wade* tenha causado o aumento do número de abortos, ninguém pode afirmar com certeza se é bom ou mau haver tantos abortos como há nos Estados Unidos.

Nos períodos em que os valores constitucionais estiveram seriamente ameaçados, a Corte tendeu a omitir-se; e em outras ocasiões (no momento atual, por exemplo) suas intervenções no direito constitucional tendem a carecer de embasamento ou coerência. Pode-se ver a Suprema Corte contemporânea como uma instituição que impede, de forma não sistemática, a adoção de soluções experimentais para os problemas sociais. Entre os diversos experimentos sociais frustrados pela Suprema Corte em nome da Constituição, podemos citar a proibição das formas de expressão motivadas pelo ódio e da pornografia na Internet; a exigência de que um indivíduo comprove residência no estado para que possa usufruir dos programas de assistência social ali vigentes (medida que visa a inibir o afluxo de indigentes em estados com leis generosas de promoção do bem-estar social); a limitação do número de mandatos que os parlamentares podem exercer; o poder de veto unilateral de qualquer uma das casas do Congresso a regulamentações administrativas; o veto parcial; a exigência de adaptação das prisões e demais instituições públicas às práticas das minorias religiosas; e a limitação do papel do dinheiro nas campanhas políticas. Nunca saberemos se essas propostas experimentais são boas ou ruins se elas forem recusadas antes que se conheçam seus resultados. Talvez os juízes devessem refletir sobre a advertência de Isabel a Ângelo em *Medida por medida*: “É grande coisa/ Ter de um gigante a força, mas tirânico/ Como um gigante usá-la.”³²

Os juristas e estudiosos que veem com ceticismo o controle judicial de constitucionalidade não “provaram” que esse

32. Segundo Ato, Cena 2, versos 111-114.

poder é, em termos gerais, algo ruim. Não provaram nem mesmo que ele não é, em termos gerais, uma coisa boa. A única coisa que conseguiram demonstrar é que sabemos muito pouco sobre essa importante prática do sistema jurídico norte-americano e, por implicação, sobre o sistema como um todo. Talvez precisemos de um livro como este, que explora o potencial de outras disciplinas além do direito, para nos ajudar a compreender e aperfeiçoar o sistema jurídico.