

RESENHA

**Resenha da obra *A essência do Estado de Direito*, de David M. Beatty. São Paulo:
Martins Fontes, 2014, 349p.**

*Bruno Goulart Cunha*¹

O livro “A essência do Estado de Direito” é a primeira obra lançada no país e em língua portuguesa, do jurista e professor emérito da Faculdade de Direito, da Universidade de Toronto no Canadá, David M. Beatty. Como o próprio título sugere, o jurista canadense tem como objeto de investigação o Estado Democrático de Direito, mais precisamente, a tensão existente em seu interior entre a democracia e o direito, ou ainda, entre o direito e a política.

Abraham Lincoln definiu democracia como o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Nestes termos a democracia representa um avanço se comparada a outros modelos como a monarquia ou a teocracia, mas ainda assim não se pode dizer que ela não padeça de alguns males, inerentes à sua própria estrutura constitutiva. É que a vontade majoritária, quando absoluta e incondicional, pode apresentar-se como ameaça potencial à direitos e garantias individuais, notadamente de grupos minoritários.

Não por outro motivo, tendo em vista que o Estado moderno é democrático mas também é de direito, se tem empreendido nos últimos cinquenta anos a uma busca cada vez maior pelas cortes e pelos tribunais como forma de se controlar a atuação de políticos eleitos, membros dos outros dois poderes. Assevera Beatty que se vivencia uma época marcada pela fé das pessoas no Poder Judiciário (BEATTY, 2014, p.03). Ao Poder Judiciário ainda, foi conferida a prerrogativa de proferir a última palavra em termos de conflitos sociais e políticos. Esta prerrogativa é trabalhada no livro sob a face do controle judicial de constitucionalidade, fruto de contribuições do direito americano, austríaco e alemão, da adoção pelos estados modernos de uma Constituição escrita, rígida e suprema, e de uma declaração forte de direitos.

Neste ponto começa a emergir a questão a ser examinada no livro, como conciliar a atividade judicial, expressa através do controle de constitucionalidade, com a soberania popular? A questão é sensível porque o controle de constitucionalidade é feito tendo-se como

¹ Mestrando em Direito e Inovação pela UFJF.

parâmetro o texto constitucional, que não fornece orientações objetivas aos juízes sobre como resolver todas as questões práticas apresentadas em juízo. As Constituições, mesmo as mais prolixas, não delimitam estritamente os limites do direito à vida, à igualdade e à liberdade, por exemplo.

O grande risco do controle de constitucionalidade aparece aqui, no momento em que o magistrado delimita o conteúdo dos conceitos (vagos) presentes no corpo da Constituição com base em sua própria visão de mundo, sobre o que considera ser certo ou ser errado, justo ou injusto. Em tal hipótese, se observa o seguinte panorama: de um lado, uma norma legitimamente elaborada pelos representantes do povo, e de outro, um determinado dispositivo constitucional com alcance e conteúdo definido por uma interpretação particular, própria do julgador. Há que se ter em mente que os juízes, bem como as minorias, não detêm a “autoridade moral decorrente da soberania popular” (BEATTY, 2014, p.08).

Com a finalidade de se resguardar a própria integridade do Direito, faz-se necessário apresentar uma teoria que concilie, controle judicial de constitucionalidade e soberania popular, que explique o modo pelo qual o controle pode ser desenvolvido como uma atividade objetiva e imparcial, e que extirpe a concepção de que os juízes são guiados em suas decisões por suas próprias crenças e valores.

O primeiro passo consistiu em identificar quais são as principais teses que abordam o tema, expondo de que modo elas explicam o funcionamento do controle judicial de constitucionalidade, para então aferir se elas propõem um modelo no qual o subjetivismo é eliminado. Nesse ínterim foram abordadas a Teoria do Contrato, a Teoria do Processo e a Teoria Moral.

Em síntese apertada, os adeptos da Teoria do Contrato, denominados “originalistas”, dentre os quais se destacam Anotonin Scalia e Roberto Bork, preconizam que os juízes ao interpretarem a constituição, devem fazê-lo do mesmo modo pelo qual se deve interpretar um contrato, procurando preservar o sentido original do texto e a vontade e intenção daqueles que o redigiram. Por sua vez, os entusiastas da Teoria do Processo, dentre os quais destacam-se John Hart Ely, Cass Sustein, Patrick Monahan e Jürgen Habermas, defendem que o juízes devem estar voltados para a tarefa de se garantir a integridade do processo social de tomada de decisões, que tem de ser democrático e acessível a todas às pessoas e grupos, sem adentrarem em discussões morais ou de valor, que ao fim e ao cabo seriam de competência do povo e de

seus representantes. Por fim, a obra contém ainda uma análise do que o jurista denomina de Teoria Moral, que tem em Ronald Dworkin seu principal expoente. Segundo esta visão os juízes devem promover uma leitura moral da Constituição, de modo que o raciocínio moral é algo ínsito ao controle judicial de constitucionalidade.

Beatty reconhece a importante contribuição que as três teorias ofereceram ao debate, que busca, em última instância, entender o que é o próprio Direito. Afirma, todavia, que todas elas falharam na tentativa de “explicar e justificar convenientemente nossa decisão de conferir tanto poder aos tribunais” (BEATTY, 2014, p.61).

A fim de tentar mostrar o controle judicial de constitucionalidade como um procedimento neutro e objetivo, que não está fundado em procedimentos subjetivos de interpretação, o jurista propõe que se mude a perspectiva tradicional de abordagem do tema. Ao invés de se iniciar a análise pelo questionamento sobre “como a democracia e o direito deveriam ser” (BEATTY, 2014, p.62), para em seguida chegar em respostas a respeito de como devem decidir os juízes, Beatty propõe que se comece levando em conta as decisões que vem sendo produzidas pelos tribunais constitucionais, para em seguida deduzir quais são as implicações dessas decisões para a democracia (BEATTY, 2014, p.63). Ou seja, o jurista substitui a perspectiva tradicional de abordagem do tema, que é “de cima para baixo”, ou de dedução a partir de premissas, pelo método de trabalho mais utilizado pelos juristas da “*common law*”, que é de “de baixo para cima”, ou de indução. Logo, a teoria proposta David Beatty tem em seu núcleo o estudo da prática judicial.

Se o Capítulo 1, foi utilizado para pôr em termos a questão a ser trabalhada, pode-se dizer que os Capítulos 2, 3 e 4, contém análise de jurisprudência, extraída de tribunais constitucionais situadas em países diversos como África do Sul, Alemanha, Austrália, Botsuana, Canadá, Cingapura, Estados Unidos, Hungria, Índia, Israel, Japão, Nova Zelândia, Suíça e Zimbábue, e extraída também do Comitê de Direitos Humanos da ONU, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Justiça. As decisões tem como pano de fundo questões de caráter universal e atemporal, referentes a liberdade religiosa, igualdade, discriminação sexual, direitos dos homossexuais, fraternidade, direitos sociais e justiça distributiva.

A partir da análise de casos, David Beatty conclui que os “juízes não precisam se apoiar na história, na semântica nem na filosofia para saber se o ato do Estado respeita a Constituição

ou não” (BEATTY, 2014, p.308), nem mesmo devem basear suas decisões em interpretações gramaticais, nas intenções do legislador, no que dizem os precedentes ou na utilização do raciocínio analógico. De que modo então devem os juízes decidir, sem que o façam com base em suas próprias razões?

A resposta é estruturada em torno da correlação entre Pragmatismo e Princípio da Proporcionalidade. Ao longo do livro Beatty revela-se um adepto da corrente de pensamento denominada Pragmatismo Jurídico, chegando até mesmo a citar seus principais expoentes, como Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo, Richard Posner e John Dewey. No decorrer da obra percebe-se que o destaque que o Poder Judiciário vem ganhando nas sociedades modernas não é necessariamente um problema, o problema surge quando os juízes não conseguem exercer corretamente a atividade jurisdicional, quando se valem de técnicas interpretativas para julgar, que imprimem na decisão suas próprias crenças e valores.

O jurista entende que o controle judicial de constitucionalidade pode ser reduzido à aplicação do princípio da proporcionalidade (BEATTY, 2014, p.291), que seria um “critério universal de constitucionalidade” (BEATTY, 2014, p.294). A utilização do princípio consistiria um avanço, por determinar que o caso seja avaliado de forma objetiva, centrada nos fatos e nas partes, à luz dos “princípios em jogo”. O princípio da proporcionalidade seria um método neutro, lógico e justo mediante o qual a vigência e a legitimidade de uma lei seriam aferidas através de um procedimento rigoroso de avaliação de seus fins, meios e efeitos.

Na visão de Beatty a “proporcionalidade reflete uma concepção pragmática do direito” (BEATTY, 2014, p.322). A relação parece ser circular: a proporcionalidade reflete o pragmatismo e o juiz pragmático, analisando um caso de cada vez, otimiza a objetividade e a imparcialidade com que é capaz de julgar, ao se valer da proporcionalidade, atingindo o melhor resultado possível para o caso concreto.

A simbiose entre o princípio e a teoria parece perfeita, tanto é que o fato de se poder obter decisões diferentes mediante a utilização da proporcionalidade, não contraria o raciocínio pragmático, que preconiza que “os julgamentos são contextuais, contingentes e relativos às circunstâncias particulares em que se realizam” (BEATTY, 2014, p.344).

Em síntese, “A essência do Estado de Direito” é uma obra na qual o leitor é convidado a repensar o papel do juiz e da atividade judicial, e de como esta atividade é vital na proteção a direitos humanos. David Beatty desce às profundezas do Estado Moderno e atinge o “ponto

nevrálgico” no qual Democracia e Direito medem forças, e não se furta à tarefa de propor um ponto de equilíbrio, que concilie controle judicial de constitucionalidade e soberania popular: pragmatismo e proporcionalidade. Em meio a esta jornada, o leitor beneficia-se da originalidade de ideias, do diálogo que o autor estabelece com as teorias rivais e com grandes nomes do universo jurídico, e beneficia-se ainda, do competente estudo de direito comparado, no qual uma rica e vasta gama de jurisprudência é analisada em pormenores.