

3

O Controle Forte de Constitucionalidade

Como já mencionado na Introdução, o constitucionalismo, a partir das últimas décadas do século XX, resgatou a função de proteção a direitos fundamentais para o centro de suas preocupações (ao lado da estruturação do estado e do governo). Ao mesmo tempo, parece ter sido alcançado algum consenso no sentido de ser necessário o desenvolvimento de mecanismos jurisdicionais que permitissem assegurar o exercício dos direitos constitucionalmente reconhecidos aos cidadãos.

O arranjo institucional fundamental nessa tentativa de proteger, pela via judicial, direitos constitucionalmente assegurados, foi desenvolvido pelos Estados Unidos, a partir da elaboração da Constituição de 1776. O controle de constitucionalidade, surgido com o julgamento do famoso caso *Marbury v. Madison*⁷⁰, baseia-se na idéia de que a interpretação da constituição é uma tarefa essencialmente atribuída aos juízes, que, portanto, devem ter a prerrogativa de invalidar, em caráter definitivo, atos emanados de poderes democraticamente eleitos que causem lesão a direitos constitucionalmente protegidos.

Apesar da clara objeção democrática que se pode levantar a respeito da prática do *judicial review* (denominada, na consagrada expressão de Bickel, de “dificuldade contramajoritária”)⁷¹, a noção de que direitos devem estar previstos em um documento jurídico dotado de valor superior ao reconhecido às leis ordinárias tornou-se quase uma verdade universal. Nascida nos Estados Unidos, a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis espalhou-se por todo o globo, especialmente ao longo da segunda metade do século XX.⁷²

Apesar de hoje o raciocínio desenvolvido pelo juiz Marshall parecer quase intuitivo, os dois pressupostos sobre os quais ele se assenta – supremacia e rigidez constitucionais – nem sempre foram suficientes para justificar o poder de anulação de atos legislativos reconhecidos aos juízes. Na França, por exemplo,

⁷⁰ 5 U.S. 137 (1803).

⁷¹ BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch*.

⁷² TATE, C. N. e VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*.

apesar de ambos estarem presentes desde a primeira constituição daquele país (1791), a sobreposição do controle de constitucionalidade à soberania do legislador não foi reconhecida senão em meados do século XX. Mesmo nos Estados Unidos, há quem defenda, como Larry Kramer, que tal concepção não estava presente na origem da Constituição, sendo uma criação bem posterior dos próprios juízes.⁷³

Este capítulo pretende apresentar, brevemente, as características principais do controle forte de constitucionalidade, tomando como tipos ideais dois dos países que ajudaram o modelo a se consagrar: Estados Unidos e Alemanha. Para isso, será analisado, primeiramente, como se formou, nos Estados Unidos, o conceito do constitucionalismo jurídico. Em seguida, serão examinados seus elementos característicos, que permitiram que o modelo se desenvolvesse e alcançasse o sucesso das últimas décadas.

Em seguida, serão descritos, em linhas gerais, os dois grandes sistemas de fiscalização de constitucionalidade das normas: o estadunidense, exercido de forma difusa pelos diversos juízes e tribunais do país na apreciação de casos concretos; e o germânico, derivado do modelo austríaco, em que há um tribunal especializado que possui o monopólio no exercício do controle de constitucionalidade, feito especialmente de forma abstrata.

3.1 O Constitucionalismo Jurídico

A idéia de que direitos fundamentais merecem proteção especial é comum a qualquer forma de constitucionalismo, como ressalta Giovanni Sartori.⁷⁴ No entanto, reuni-los em um documento único, dotado de características especiais que o diferencia das demais normas de determinado ordenamento jurídico, e atribuir ao judiciário a missão de déi-los respeitar são características peculiares do constitucionalismo jurídico. Richard Bellamy, com precisão, destaca que:

A idéia de direitos fundamentais é central para o constitucionalismo jurídico. Constituições fazem muita coisa além de assegurar direitos. Mas provavelmente nada tem sido tão influente para levar o constitucionalismo para os caminhos do modelo jurídico em vez do político do que a ênfase nos direitos, seu

⁷³ KRAMER, Larry. *The People Themselves*.

⁷⁴ SARTORI, G. "Constitutionalism: a Preliminary Discussion", *passim*.

entrenchamento em um documento constitucional e sua interpretação e elaboração por uma corte suprema ou constitucional. É este foco nos direitos que confere ao constitucionalismo contemporâneo seu perfil jurídico, de acordo com o qual o objetivo de uma constituição é corporificar a substância do direito fundamental, em vez de fornecer uma estrutura fundamental para a atividade legislativa.⁷⁵

O ponto de partida para a compreensão modelo jurídico de constitucionalismo é que nele a constituição é vista como um documento propriamente jurídico, não como uma declaração política. Mais do que isso, a constituição é vista como uma norma jurídica dotada de hierarquia superior quando confrontada com outras normas jurídicas. Para que isso seja possível, é preciso reconhecer que o responsável pela elaboração de uma constituição não é o mesmo responsável pela elaboração das demais normas do ordenamento jurídico, sob pena de se configurar uma verdadeira ditadura dos mortos sobre os vivos.

A doutrina francesa procura explicar este ponto com base na idéia de “poder constituinte”. A doutrina iniciada por Joseph Siéyès vê nele uma forma de manifestação pura da soberania popular, relegando ao legislador – ainda que democraticamente eleito – o papel secundário de um poder constituído, limitado pela vontade suprema de seu criador.⁷⁶

Rejeitando a utilização de conceitos desenvolvidos por autores europeus, Bruce Ackerman procura explicar o constitucionalismo estadunidense dizendo tratar-se de um modelo dualista. Nele, as decisões democráticas podem ser tomadas de duas formas distintas: pelo povo ou pelo governo. As decisões tomadas pelo povo são mais raras, ocorrem apenas sob condições especiais e demandam um esforço de convencimento bem maior, já que necessitam de amplo apoio popular. São, em decorrência dessas características, uma forma legislativa superior (“*higher lawmaking*”) à forma ordinária.

⁷⁵ BELLAMY, R. *Political Constitutionalism*, p. 15, tradução livre. No original: “*Central to legal constitutionalism is the idea of constitutional rights. Constitutions do many things beyond enshrining rights. But probably nothing has been so influential in driving constitutionalism along the paths of legal rather than political thought than the emphasis on rights, their entrenchment in a constitutional document and their interpretation and elaboration by a supreme or constitutional court. It is this rights focus that gives contemporary constitutionalism its whole juridical cast, whereby a constitution’s task is viewed as being to embody the substance of fundamental law rather than to provide a fundamental structure for law-making.*”

⁷⁶ SIEYÉS, E. J. *A Constituinte Burguesa*.

Já as decisões rotineiras são tomadas pelo governo, que responde pelos seus atos nas urnas. Há incentivos para que se leve em consideração o interesse público mais geral, e não apenas aquele de determinados grupos. Mas, mesmo quando o sistema ordinário de tomadas de decisões funciona bem, os julgamentos feitos diretamente pelo próprio povo (nos momentos em que expressa sua vontade por meio daquele procedimento mais difícil) condicionam a atuação do governo. Se este quiser alterar uma decisão tomada pelo povo, deverá recorrer a ele próprio e déia fi-lo de que aquela é a melhor alternativa, adotando, para tanto, o caminho de deliberação mais rigoroso.⁷⁷

Trazendo para o campo do direito constitucional, o que Ackerman quer dizer é que, numa democracia dual, deve haver diferença de hierarquia entre duas espécies de normas: as normas constitucionais, superiores, que refletem a vontade do povo, e as normas ordinárias, inferiores, que refletem, de forma imediata, a vontade dos governantes. Mas é importante assinalar, antes de se afirmar tratar-se de uma verdade universal, que a teoria por ele desenvolvida é declaradamente pensada dentro do contexto estadunidense. Diversos fatores particulares podem sugerir não se tratar de uma teoria adequada a outras realidades.⁷⁸

Apesar das diferentes expressões, a déia central presente tanto na déia francesa de poder constituinte como na democracia dual de Bruce Ackerman é a mesma: constituições são produzidas por uma força especial, distinta daquela que elabora as leis ordinárias, o que lhes atribui duas características que são consideradas justamente como os pressupostos para o modelo de controle forte de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais.

Quanto à supremacia constitucional, ela pode ser apontada como uma decorrência lógica da distinção entre poder constituinte e poder constituído (ou, para usar as expressões de Ackerman, entre vontade do povo e vontade dos governantes). Afinal, se as deliberações mais importantes são tomadas por procedimentos que refletem de forma mais próxima a vontade popular, é evidente

⁷⁷ ACKERMAN, B. *We the People: Foundations*, p. 6-7.

⁷⁸ Dois pontos podem ilustrar a ressalva feita: o primeiro consiste no *pedigree* ostentado pela Constituição da Filadélfia, que foi precedida de um amplo debate sobre a melhor forma de organizar o governo, do qual participaram grandes nomes da história daquele país. Outro é o grau de dificuldade exigido para a aprovação de emendas constitucionais, que lhes atribui semelhante *pedigree* democrático, inexistente em países, como o Brasil ou a Índia, em que a alteração constitucional é obtida de forma relativamente simples.

que esta deve possuir um valor normativo superior àquelas normas elaboradas pelos governantes eleitos.

Além disso, o tipo de matéria geralmente tratado pelas constituições – organização do estado e do governo, o que inclui o poder de elaborar novas normas – naturalmente leva ao reconhecimento dessa posição privilegiada das normas constitucionais. Tal concepção, diretamente associada ao constitucionalismo jurídico, tornou-se, nas últimas décadas, amplamente predominante, como reconhece Richard Kay:

À medida que o século XX chega ao fim, o triunfo do constitucionalismo parece quase completo. Praticamente todos os estados do mundo possuem uma constituição escrita. A grande maioria desses admite que a constituição controla os órgãos do estado. E, pelo menos em muitos deles, essa constituição é, de fato, invocada com sucesso por tribunais para declarar atos estatais inválidos porque inconsistentes com a constituição. Este desenvolvimento é geralmente reconhecido como um tributo a uma déia essencialmente americana. Embora haja uma variação considerável no conteúdo substantivo e no maquinário estrutural do constitucionalismo em diversos países, a déia central, forjada na fundação dos Estados Unidos, do poder público controlado pela aplicação de uma lei superior está presente em todos os lugares em que é proclamado um governo constitucional.⁷⁹

A reverência ao texto produzido por delegados das antigas colônias inglesas, um conjunto de homens que incluía um grupo notável, até hoje referido como os pais fundadores (*founding fathers*) da nação norte-americana, sempre foi utilizada para justificar a posição de supremacia hierárquica reconhecida àquela norma. Com efeito, até hoje ainda é bastante influente a corrente doutrinária que defende que a constituição deve ser interpretada de acordo com a intenção original de seus redatores, conhecida como “originalismo”.⁸⁰

Na doutrina déia fi, o raciocínio desenvolvido por Hans Kelsen é perfeitamente adequado para ilustrar a noção de supremacia constitucional.

⁷⁹ KAY, R. “American Constitutionalism”, p. 16, tradução livre. No original: “As the twentieth century comes to a close, the triumph of constitutionalism appears almost complete. Just about every state in the world have a written constitution. The great majority of these declare the constitution to be law controlling the organs of the state. And, in at least many states, that constitution is, in fact, successfully invoked by courts holding acts of the state invalid because inconsistent with the constitution. This development is generally thought to be a tribute to an especially American idea. Although there is considerable variation in the substantive contents and structural machinery of constitutionalism in various countries, the central idea, forged in American founding, of public power controlled by enforcement of a superior law is present everywhere constitutional government is proclaimed.”

⁸⁰ Sobre originalismo, consultar MORALES, C. M. *Originalismo e Interpretação Constitucional* e BRITO, M. N. “Originalismo e Interpretação Constitucional”, in SILVA, V. A. (org). *Interpretação Constitucional*.

Segundo o mestre austríaco, o Direito deve ser compreendido como um conjunto de normas que buscam seu fundamento da validade na norma que lhe é imediatamente superior. Para evitar o regresso ao infinito, o ápice dessa pirâmide é ocupado pela constituição (que, por sua vez, possui seu fundamento de validade em uma norma hipotética fundamental, que enorme controvérsia despertou e continua despertando na teoria do direito).⁸¹

Sendo assim, a constituição condiciona a validade de todas as demais normas de determinado ordenamento jurídico. Logicamente, se houver um conflito entre normas de hierarquia distinta, deverá prevalecer aquela que ocupa a posição mais elevada na pirâmide.⁸² Normas de hierarquia inferior que conflitem com a constituição, portanto, deverão ter negada sua validade.

Mas apenas o reconhecimento de que a constituição é uma norma jurídica dotada de supremacia não é, por si só, suficiente para explicar a existência do controle jurisdicional de constitucionalidade das demais normas. É preciso, ademais, que esteja presente uma segunda característica: a rigidez constitucional.

A classificação de uma constituição como rígida tem por referência o grau de dificuldade exigido pela própria constituição para a aprovação da legislação ordinária. Se o procedimento previsto para a alteração da constituição (visto como elemento necessário para que ela possa se adaptar às transformações sociais) tiver o mesmo grau de dificuldade exigido para a aprovação das leis em geral, a constituição em questão será classificada como flexível. Já se o procedimento de emenda foi mais rigoroso do que o exigido para alteração das leis ordinárias, ela será classificada como rígida.⁸³

A rigidez constitucional é considerada elemento necessário à existência do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis porque, sendo flexível a constituição, uma norma ordinária que dela divergisse teria força suficiente para déia fi-la. Em outras palavras, se o *quorum* exigido para a aprovação de uma emenda constitucional fosse idêntico àquele exigido para a elaboração de uma lei ordinária, em vez de se falar em conflito poder-se-ia falar em alteração da

⁸¹ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito* e SGABI, A. *Hans Kelsen (Ensaios Introdutórios)*.

⁸² Sobre este e os demais critérios para resolução das antinomias, consultar BOBBIO, N. *Teoria do Ordenamento Jurídico*.

⁸³ Deixam-se de lado aqui classificações alternativas, como as que subdividem as classificações em superrígidas, semirrígidas e imutáveis, por considerar que se aplicam apenas a casos pontuais e têm pequeno valor explicativo para o ponto que se deseja desenvolver.

constituição, pela aplicação do critério cronológico para solução da antinomia em questão.⁸⁴ Não por acaso, constituições flexíveis são cada vez mais raras de serem encontradas, tendo a rigidez tornado-se amplamente predominante.

3.2

O surgimento do controle forte de constitucionalidade nos Estados Unidos

Baseando-se especialmente na supremacia constitucional, John Marshall, presidente da Suprema Corte entre 1801 e 1835, desenvolveu o raciocínio fundamental do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Este foi, portanto, uma criação jurisprudencial, na medida em que a constituição estadunidense de 1787 em momento algum confere ao poder judiciário a faculdade de declarar inválidos atos legislativos ou executivos que sejam com ela incompatíveis.

A decisão em questão, amplamente conhecida, foi tomada em 1803, por ocasião do julgamento do caso *Marbury v. Madison*.⁸⁵ Em discussão estava o direito de William Marbury de tomar posse no cargo de juiz de paz, para o qual havia sido indicado nos últimos momentos do governo presidencial de John Adams. O problema é que não houve tempo hábil para sua posse e o Secretário de Estado do novo governo de Thomas Jefferson, James Madison, sob orientação do presidente, recusara-se a dá-lo.⁸⁶

Para responder à questão colocada por Marbury, que pretendia obrigar Madison a dá-lo por meio de decisão judicial, Marshall dividiu sua decisão em três partes: na primeira, analisa a questão de fundo, qual seja, se Marbury tinha ou não direito à nomeação; na segunda, enfrenta a questão da competência da Suprema Corte para decidir a questão como instância originária; e, na terceira, traça a distinção qualitativa entre o direito constitucional e o direito ordinário que

⁸⁴ BARROSO, L. R. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 24.

⁸⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁸⁶ Para uma descrição dos fatos envolvidos, consultar PAULSON, S. “Constitutional Review in United States and Austria: Notes on the Beginnings” e IRONS, P. *A People's History of the Supreme Court*, cap. 9.

lhe permitirá reconhecer o poder de invalidar normas que se afigurem inconstitucionais.⁸⁷

Respondendo às três questões, Marshall afirmou que (i) Marbury tinha direito a ser nomeado por Madison, mas (ii) a lei que atribuía à Suprema Corte competência para julgar originariamente aquele caso violava o artigo 3º da constituição norte-americana, que só autoriza a ampliação das competências recursais daquele tribunal (não as originárias) e, portanto, (iii) a norma processual deveria ser declarada inválida e, conseqüentemente, a Suprema Corte não poderia determinar que Madison fosse devidamente empossado no cargo para o qual fora nomeado.

Embora tecnicamente a forma de raciocínio pareça estranha, na medida em que Marshall enfrenta a questão de mérito antes de decidir uma preliminar sobre sua própria competência para julgar o caso, politicamente a decisão é compreensível. Isso porque Marshall era alinhado com os federalistas (como Adams e o próprio Marbury), mas sabia que eventual decisão favorável ao autor da ação corria o sério risco de ser solenemente desrespeitada pelo governo republicano de Jefferson. Enfrentar o mérito da ação antes de decidir pela sua incompetência, portanto, foi uma forma de dizer que Marbury estava certo, mas sem afrontar o governo que se encontrava no poder.⁸⁸

O raciocínio então desenvolvido por Marshall apresentou os principais argumentos favoráveis à instituição do *judicial review*.⁸⁹ Alguns deles são contingentes, ou seja, dizem respeito apenas ao direito constitucional dos Estados Unidos. Já outros pretendem ser universais e podem ser utilizados para justificar a prática do controle de constitucionalidade em qualquer estado que possua uma constituição escrita.

Dentre os argumentos contingentes, o primeiro decorre do artigo 3º, seção 2, primeiro parágrafo, da Constituição americana, que afirma que o poder judiciário emana da Constituição e é em nome dela exercido.⁹⁰ Além disso, o artigo 6º,

⁸⁷ PAULSON, S. op. cit., p. 227-228.

⁸⁸ PAULSON, S. "Constitutional Review in United States and Austria: Notes on the Beginnings", p. 228.

⁸⁹ TROPER, M. "Marshall, Kelsen, Barak and the constitutional fallacy", p. 24-25.

⁹⁰ Constituição dos Estados Unidos da América, artigo 3º, seção 2, par. 1. O texto original é o seguinte: "*The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; to all*

segundo parágrafo, estabelece a cláusula de supremacia da constituição, usando a expressão “*supreme Law of the Land*”.⁹¹ E, finalmente, Marshall refere-se ao juramento feito pelos juízes de que irão atuar em conformidade com a constituição.⁹²

Mais três argumentos, estes de escopo mais geral, são utilizados por Marshall na defesa do *judicial review*. Michel Troper considera dois deles pouco convincentes: o primeiro, de que o controle de constitucionalidade seria inerente a qualquer estado que possua uma constituição escrita – o que vai de encontro ao fato de diversos Estados dentro dos próprios Estados Unidos possuírem constituições escritas, sem reconhecer ao judiciário o poder de invalidar normas legislativas, além de ignorar disposições como a contida na constituição francesa de 1791, que expressamente proíbe os juízes de interferirem com a atividade dos legisladores.⁹³

O segundo argumento consiste na natureza do poder judiciário, a quem competiria, em caso de conflito, qual seria a norma aplicável. Com isso, caso houvesse colisão entre uma norma ordinária e uma norma constitucional, o papel do juiz seria exatamente o de determinar qual delas seria aplicável. Novamente, como destaca Troper, não é por isso que o controle de constitucionalidade deveria ser necessariamente adotado – basta pensar, mais uma vez, no caso francês, em que o juiz, mesmo convencido da inconstitucionalidade de uma lei ordinária, é obrigado a dá-la.⁹⁴

Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; to Controversies to which the United States shall be a Party; to Controversies between two or more States; between a State and Citizens of another State; between Citizens of different States; between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.”

⁹¹ Constituição dos Estados Unidos da América, artigo 6º, par. 2º. O texto original é o seguinte: “*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.*”

⁹² Constituição dos Estados Unidos da América, artigo 6º, par. 2º. O texto original é o seguinte: “*The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution; but no religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States.*”

⁹³ TROPER, M. “Marshall, Kelsen, Barak and the constitutional fallacy”, p. 26.

⁹⁴ Ibid.

Finalmente, o argumento central a favor do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos legislativos erigido por John Marshall consiste no já mencionado princípio da supremacia da constituição. Este raciocínio pode ser decomposto da seguinte forma:

- (a) a Constituição é uma norma superior;
 - (b) qualquer lei contrária à Constituição é nula, não podendo ser considerada propriamente lei; e
- obter-se a lei é nula, não deve ser aplicada.

A despeito de críticas, como as que serão vistas mais adiante, é inquestionável que a obra de Marshall pode ser classificada como um absoluto sucesso, capaz de convencer constituintes ao redor de todo o mundo acerca das vantagens do *judicial review of legislation*. Mas também não se pode ignorar que esta prática, mesmo em seu país de origem, sofreu transformações que a fortaleceram de maneira que possivelmente sequer seu idealizador poderia imaginar.

Inicialmente, dois fatores contribuía para conter o escopo do controle jurisdicional de constitucionalidade. O primeiro deles era uma postura de deferência da Suprema Corte em relação à fiscalização das normas editadas pelo Congresso. Por se tratar de uma federação, os Estados Unidos possuem dois níveis de instâncias legislativas: a federal e as estaduais. É a constituição quem determina a repartição de competência entre elas, e, por praticamente meio século, a Suprema Corte – órgão de cúpula do judiciário – limitou-se a declarar a nulidade de normas estaduais. Com efeito, depois de *Marbury v. Madison* (que, em 1803, declarou a inconstitucionalidade de lei federal), apenas no malsinado julgamento do caso *Dred Scott*⁹⁵, em 1857, é que a Corte voltou a declarar uma lei federal inconstitucional.⁹⁶ E, neste caso particular, de forma desastrosa.⁹⁷

Além disso, Larry Kramer destaca que a compreensão que se tinha da constituição nos primeiros anos de sua vigência era essencialmente política, não jurídica. Por isso, muitos juízes não se sentiam confortáveis para declarar a

⁹⁵ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

⁹⁶ PAULSON, S. “Constitutional Review in United States and Austria: Notes on the Beginnings”, p. 237.

⁹⁷ O caso *Dred Scott* marcou a chancela judicial do sistema escravagista nos Estados Unidos. Para uma análise completa, ver GRABER, M. *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil* e IRONS, P. *A People's History of the Supreme Court*, cap. 13.

inconstitucionalidade de normas materialmente incompatíveis com a constituição. Apenas depois de uma mudança de perspectiva, segundo a qual se juridiciza o texto constitucional, é que os tribunais passaram a atuar de forma mais agressiva na fiscalização da constitucionalidade das leis.⁹⁸

Pode-se concluir, acompanhando Stephen Griffin, que a supremacia judicial, que hoje caracteriza o *judicial review* estadunidense, foi sendo adquirida com o passar dos anos, não sendo exatamente uma peculiaridade presente desde a sua origem.⁹⁹ No entanto, não se pode negar que ela adquiriu enorme prestígio e, hoje, parece ser a concepção amplamente hegemônica – o que não a imuniza de diversas críticas.¹⁰⁰

Antes de se analisar como a prática da fiscalização jurisdicional de constitucionalidade das leis espalhou-se pelo continente europeu, ali sofrendo transformações bastante relevantes a respeito da forma como é exercida, será feita uma análise dos procedimentos utilizados para seu exercício nos Estados Unidos. Este exame baseia-se em algumas variáveis que permitirão identificar seus elementos centrais e simplificar sua comparação com outros sistemas: fundamento normativo, legitimidade ativa, competência para julgamento e efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

3.2.1

O *judicial review* nos Estados Unidos

O primeiro grande sistema de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade das leis surgiu nos Estados Unidos, em 1803. Este modelo foi exportado para alguns países, tais como o Brasil, que o acolheu por ocasião da promulgação de nossa primeira constituição republicana (1891) e até hoje o mantém em vigor, ainda que coexistindo com um sistema abstrato e concentrado, inspirado no modelo austríaco, predominante na Europa continental.

⁹⁸ KRAMER, Larry. *The People Themselves*”.

⁹⁹ GRIFFIN, S. M. “Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights”, p. 281-313.

¹⁰⁰ Ver 3.5, *infra*.

3.2.1.1

Fundamento normativo

Como dito acima, o papel do judiciário de realizar o controle de constitucionalidade das normas legais foi implantado nos Estados Unidos por meio de uma rica construção doutrinária e jurisprudencial, desenvolvida a partir do início do século XIX¹⁰¹. Não existe fundamento constitucional ou legal expresso conferindo ao Judiciário o papel de intérprete supremo da Constituição. Foi, portanto, a própria Suprema Corte estadunidense quem delimitou sua atuação como guardiã dos valores constitucionais, alcançando, assim, um papel central na democracia daquela nação.

3.2.1.2

Legitimidade ativa

Nos Estados Unidos inexistente qualquer forma de controle abstrato da legislação, de forma que o acesso à jurisdição somente se dá através da apreciação de algum caso concreto que seja levado ao conhecimento do judiciário. Esta doutrina é conhecida como *case or controversy* e está implícita no artigo 3º da constituição (que trata do poder judiciário). Por conta dela, veda-se a possibilidade de consultas abstratas a tribunais federais.

Mas, desde que demonstre haver interesse e utilidade na provocação do judiciário, a legitimidade ativa para suscitar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de determinada norma é reconhecida a qualquer litigante, seja ele pessoa física, jurídica ou ente governamental. É preciso, apenas, que a norma impugnada tenha relação direta com a violação a algum direito que lhe seja reconhecido.

Além disso, é preciso que o litigante supere alguns óbices relacionados à doutrina de “*case or controversy*”, os quais podem impedir a apreciação da

¹⁰¹ O debate sobre a instalação do controle de constitucionalidade, na verdade, começou nas últimas décadas do século XVIII, nas Supremas Cortes estaduais, alcançando a Suprema Corte federal no começo do século XIX. Sobre o tema, v. KRAMER, L. “Foreword: We The Court”, p. 33-60.

questão pelo judiciário. Nesse sentido, a controvérsia deve ser real e a decisão deve ter eficácia no momento em que for pronunciada. Esta característica, chamada nos Estados Unidos de *mootness*, está relacionada à necessidade de provimento jurisdicional. Ou seja, se, por alguma razão, a decisão que se buscava anteriormente perder a utilidade para a parte reclamante (seja pela alteração da lei, seja pelo pagamento da obrigação que se buscava, por exemplo), o caso não será mais julgado¹⁰².

Outro requisito que se coloca para a apreciação da questão é que a causa esteja “madura” (*ripe*), isto é, não seja um julgamento prematuro ou abstrato. Esta situação seria o oposto do requisito analisado acima (*mootness*): enquanto ali o caso seria trazido ao conhecimento do judiciário tarde demais (não existiria mais o interesse no provimento jurisdicional), aqui a questão seria levantada cedo demais (ainda não existiria tal interesse)¹⁰³. Desta forma, não basta uma ameaça hipotética a algum direito, sendo necessária sua efetiva violação para que a questão possa ser analisada.

3.2.1.3

Competência

O controle de constitucionalidade nos Estados Unidos é classificado como difuso, uma vez que todos os órgãos dotados de competência jurisdicional têm a prerrogativa de declarar a nulidade de um ato normativo que contrarie a constituição. Evidentemente, a atuação mais destacada nessa seara compete à Suprema Corte, órgão de cúpula do judiciário estadunidense, cuja jurisprudência irá vincular todos os demais juízes e tribunais daquele país.

¹⁰² Cf. NOWAK, J. E. et al. *Constitutional Law*, p. 59-68. Este requisito, como notam os autores, muitas vezes é mitigado, como aconteceu no paradigmático caso *Roe v. Wade*. Naquela oportunidade, a corte decidiu pela inconstitucionalidade de leis que proibissem a prática do aborto. O caso de *Jane Roe*, que foi julgado pela Suprema Corte, seria em princípio *moot*, na medida em que a gestação da Autora já teria se encerrado há tempos. Porém, o recurso foi julgado, sob a alegação de que a recorrente poderia engravidar novamente e, mais uma vez, desejar abortar. De qualquer forma, o argumento não convence, uma vez que esta segunda possibilidade reflete um interesse hipotético, que também não poderia ser analisado, como se verá a seguir. O fato é que, em determinados casos, a regra é flexibilizada para evitar que questões importantes não deixem de ser julgadas pela Suprema Corte.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 68-70.

A Suprema Corte é o único órgão de justiça cuja implantação foi prevista pela Constituição dos Estados Unidos (artigo 3º). A criação dos demais órgãos jurisdicionais foi delegada pelo poder constituinte ao Congresso Nacional. Com relação à competência da Suprema Corte, o mesmo artigo 3º da Constituição estabelece que ela julgará todos os casos que envolvam embaixadores, ministros e cônsules, bem como casos nos quais um estado seja parte. Atribui, também, competência recursal para todos os demais casos julgados pelas cortes de hierarquia inferior, nos termos da legislação ordinária¹⁰⁴.

Em alguns casos, a apreciação do recurso pela Suprema Corte é obrigatória, enquanto em outros ela possui um poder discricionário para decidir se analisa ou não a controvérsia colocada diante de si. Em relação aos primeiros, utiliza-se a expressão *appellate jurisdiction*, enquanto aos segundos chama-se *certiorari jurisdiction*.¹⁰⁵ Ao longo da história, e especialmente depois de uma revisão feita em 1988, fortaleceu-se o controle discricionário (via *certiorari*), em detrimento do controle obrigatório, tido como um direito do jurisdicionado¹⁰⁶.

Com tais óbices à análise de questões constitucionais pela Suprema Corte, torna-se extremamente difícil para o cidadão comum conseguir acessar a jurisdição do principal tribunal de seu país. As demais instâncias, no entanto, permanecem à disposição para decidir todas as questões que lhes são submetidas, podendo, no exercício de suas funções, invalidar normas legislativas ou executivas que se mostrem contrárias ao texto constitucional.

3.2.1.4

Efeitos

Muito embora a decisão da Suprema Corte seja tomada sempre em relação a um caso ou controvérsia concretos, não se pode dizer que a decisão opere efeitos

¹⁰⁴ NOWAK, J. E. et al. *Constitutional Law*, p. 22

¹⁰⁵ Sobre o writ of certiorari, em perspectiva comparativa com a repercussão geral do recurso extraordinário no Brasil, ver BERMAN, J. G. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: Origens e Perspectivas*.

¹⁰⁶ NOWAK, J. E. et al. op. cit., p. 27-28. Destaca-se a seguinte passagem: “As a result, virtually all review to the Supreme Court now occurs when the Supreme Court, in its discretion, decides to accept a case. The Court has almost complete control of its docket, with review by discretion, by certiorari”.

apenas *inter partes*. Isso porque, no sistema de *common law*, que vigora nos Estados Unidos, os precedentes têm força vinculante (*stare decisis*). Desta forma, sendo a Suprema Corte a mais alta instância judiciária do país, predomina o entendimento de que suas decisões são tidas como vinculantes não só para todas as cortes inferiores do Judiciário, mas também para as autoridades administrativas, inclusive o Presidente e o Congresso. A interpretação dos preceitos constitucionais fornecida pela Suprema Corte, portanto, é considerada definitiva, não sendo submetida a qualquer espécie de controle.¹⁰⁷

3.3

Expansão e transformação do *judicial review* na Europa

O reconhecimento aos juízes do poder de invalidar normas elaboradas pelo legislador não foi, em um primeiro momento, fonte de inspiração para os europeus. Os ingleses, como será visto a seguir, permaneceram ligados ao dogma da soberania do parlamento. Os franceses, em sentido semelhante, proibiam expressamente o controle jurisdicional de atos administrativos e legislativos, conforme disposição contida na Constituição de 1791. Os juízes, assim, permaneciam “escravos da legislatura”.¹⁰⁸

Se França e Inglaterra permaneceram imunes à introdução do *judicial review* (pelo menos até bem pouco tempo atrás), o mesmo não se pode dizer do restante da Europa continental. Especialmente após a 2ª Guerra Mundial, diversos países criaram tribunais especializados na guarda da constituição, tais como Áustria (que o restabeleceu em 1945), Itália (1948), Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978) e Bélgica (1985).¹⁰⁹

A assimilação do *judicial review* em países de sistema romano-germânico, com tradição jurídica bastante diferente da estadunidense, no entanto, não se deu sem com importantes adaptações. A experiência inicial deu-se na Áustria, com a

¹⁰⁷ Sobre a força vinculante dos precedentes nos Estados Unidos, ver MACCORMICK, N. e SUMMERS, R. *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, cap. 11. Em português, consultar CAMPOS MELLO, P. P. *Precedentes – O Desenvolvimento Judicial no Direito Constitucional Contemporâneo*.

¹⁰⁸ SWEET, A. S. “Why Europe Rejected American Judicial Review – and Why it May Not Matter”, p. 2744 e segs.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 2745.

constituição de 1920, redigida por Hans Kelsen, que havia sido nomeado consultor jurídico do Chanceler Karl Renner. E, de todas as partes da Constituição, a mais cara ao seu redator era exatamente a que tratava do controle de constitucionalidade.¹¹⁰

Em conhecidos artigos escritos sobre quem deveria ser o guardião da constituição, Kelsen argumenta que uma garantia jurisdicional do texto fundamental é necessária para assegurar o estado de direito, ou seja, o governo das leis. Mas, para ele, a adoção de um controle descentralizado, como o estadunidense, levaria ao caos – isso por força da ausência do *stare decisis* no mundo romano-germânico e, conseqüentemente, do risco de haver decisões divergentes sobre o mesmo tema em matéria constitucional.¹¹¹

Para resolver o problema e viabilizar a adoção do controle jurisdicional de constitucionalidade na Áustria, então, Kelsen sugere a criação de um tribunal específico, que detenha o monopólio do poder de declarar inconstitucional determinada norma. E, diferente do que ocorre nos Estados Unidos, com poder para declarar a inconstitucionalidade em tese, e não tendo por referência determinado caso concreto.¹¹²

Mas aquela que talvez tenha sido a experiência mais bem sucedida com a adoção desse modelo de controle de constitucionalidade na Europa parece ser a Alemanha, notadamente após a 2ª Guerra Mundial. Por esta razão, é esta experiência que será utilizada para descrever as características desse modelo forte de controle de constitucionalidade das leis.

3.3.1

Controle de constitucionalidade na Alemanha

Originalmente, as Cortes européias, seguindo a fórmula idealizada por Kelsen, exerciam o controle de constitucionalidade apenas de leis em tese, ou seja, por meio do controle abstrato. Com o passar do tempo, entretanto, foram sendo introduzidas formas de controle concreto, sem que isso importasse no fim do

¹¹⁰ PAULSON, S. “Constitutional Review in United States and Austria: Notes on the Beginnings”, p. 232.

¹¹¹ CAPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade no direito comparado*, p. 76-80

¹¹² KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional*, p. 144-148.

controle concentrado. Hoje esta possibilidade existe quase que na totalidade dos países europeus que possuem Tribunais Constitucionais, inclusive na Áustria, berço do modelo abstrato, que somente começou a analisar recursos individuais (casos concretos) em 1975¹¹³.

Apesar de a Lei Fundamental alemã ser datada de 1949, apenas dois anos depois o Tribunal Constitucional foi criado, por um ato do legislador ordinário. Suas competências estão previstas no artigo 93 da Lei Fundamental alemã, e incluem, no que tange ao controle de constitucionalidade, a fiscalização abstrata e concreta das normas federais e estaduais (dos *Länder*)¹¹⁴. O Tribunal Constitucional é composto por 16 membros, divididos em 2 Senados (ou Salas) com 8 membros cada.

3.3.1.1

Fundamento normativo

Diferente do que ocorre nos Estados Unidos, a prática do controle de constitucionalidade na Alemanha tem fundamento na própria Lei Fundamental de 1949. O artigo 93, que trata das competências do Tribunal Constitucional Federal, assim dispõe:

Artigo 93

[Competência do Tribunal Constitucional Federal]

(1) O Tribunal Constitucional Federal decide:

1. sobre a interpretação desta Lei Fundamental em controvérsias a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão superior da Federação ou de outros interessados, dotados de direitos próprios pela presente Lei Fundamental ou pelo regulamento interno de um órgão federal superior;
2. no caso de divergências ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a presente Lei Fundamental ou da compatibilidade da legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitem o Governo Federal, o governo de um Estado ou um quarto dos membros do Parlamento Federal;
 - 2 a. no caso de divergências, se uma lei corresponde aos requisitos do artigo 72 §2, por requerimento do Conselho Federal, do governo de um Estado ou da *déia* fica Legislativa de um Estado;
3. no caso de divergências sobre direitos e deveres da Federação e dos Estados, especialmente a respeito da execução de leis federais pelos Estados e do exercício da fiscalização federal;
4. em outras controvérsias de direito público entre a Federação e os Estados, entre diversos Estados e dentro de um Estado, sempre que não exista outra via judicial;

¹¹³ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*, p. 50.

¹¹⁴ MENDES, G. F. *Jurisdição Constitucional*.

4 a. sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20 §4, 33, 38, 101, 103 e 104;

4 b. sobre os recursos de inconstitucionalidade de municípios e associações de municípios contra a violação por uma lei do direito de autonomia administrativa, estabelecido no artigo 28; no caso de leis estaduais, no entanto, apenas se o recurso não puder ser interposto no respectivo Tribunal Constitucional Estadual;

5. nos demais casos previstos na presente Lei Fundamental.

(2) O Tribunal Constitucional Federal decide, além disso, por petição do Conselho Federal, do governo de um Estado ou da *déia* *fica* Legislativa de um Estado, se, no caso do artigo 72 §4, não subsiste a necessidade de uma regulamentação por lei federal, segundo o artigo 72 §2, ou se o direito federal já não poderia mais ser aplicado nos casos do artigo 125^a §2, primeira frase. A constatação de que a necessidade já não existe ou que o direito da Federação não deva ser aplicado, substitui uma lei federal aprovada segundo o artigo 72 §4, ou segundo o artigo 125^a §2, segunda frase. A petição, conforme a primeira frase, só é admissível, quando um projeto de lei segundo o artigo 72 §4 ou segundo o artigo 125^a §2, segunda frase, tenha sido rejeitado no Parlamento Federal ou não tenha sido debatido e votado no prazo de um ano ou se um projeto de lei correspondente foi rejeitado no Conselho Federal.

(3) O Tribunal Constitucional Federal atuará, além disso, nos casos que lhe forem conferidos por lei federal.¹¹⁵

Vale notar que a redação atual deste artigo deixa claro ser possível ao Tribunal Constitucional verificar a compatibilidade de normas ordinárias com o texto da Lei Fundamental tanto em abstrato quanto em concreto. A segunda modalidade não constava da redação original da Lei Fundamental, tendo aparecido somente com o recurso constitucional (*verfassungsbeschwerde*), cujo fundamento normativo original residia no § 93 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional e posteriormente foi incorporado nas alíneas 4^a e 4b do artigo 93 da Lei Fundamental, acima transcrito, por meio de emenda datada de 1969.¹¹⁶

Além do artigo 93, também existe a possibilidade de controle concreto de constitucionalidade na forma prevista no artigo 100, segundo o qual um tribunal, quando se deparar com um caso cujo julgamento dependa da aplicação de lei que se entenda inconstitucional, deve submeter a questão ao Tribunal Constitucional para que este a decida. Assim dispõe a referida norma:

Artigo 100

¹¹⁵ Foi consultada versão em português da lei fundamental disponível em http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf, acesso em 03/11/2012.

¹¹⁶ KOMMERS, D. P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, p. 14-15

[Controle concreto de normas]

(1) Quando um tribunal considerar uma lei, de cuja validade dependa a decisão, como inconstitucional, ele terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da constituição de um Estado, ou à decisão do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental. Isto também é aplicável, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental pela legislação estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal.

(2) Quando surgirem dúvidas num litígio, se uma norma do direito internacional público é parte integrante do direito federal, gerando diretamente direitos e deveres para o indivíduo (artigo 25), o tribunal terá de solicitar a decisão do Tribunal Constitucional Federal.

(3) Se, na interpretação da Lei Fundamental, o tribunal constitucional de um Estado quiser divergir de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal ou do tribunal constitucional de um outro Estado, ele deverá submeter a questão à decisão do Tribunal Constitucional Federal.

3.3.1.2**Legitimidade ativa**

A legitimidade ativa para a provocação do controle de constitucionalidade na Alemanha varia de acordo com a modalidade a ser utilizada. Quando se tratar de fiscalização abstrata, a legitimidade é reconhecida ao Governo Federal, ao governo de um Estado ou a um quarto dos membros do Parlamento Federal (artigo 93 (2)).

Já a propositura do recurso constitucional é facultada a qualquer pessoa, incluindo-se neste conceito todas as pessoas naturais e jurídicas alemãs (muito embora exista jurisprudência permitindo a apreciação de recurso interposto por corporação estrangeira acerca do direito a um julgamento justo¹¹⁷), não havendo sequer necessidade de representação por advogado. O artigo 93 (1), 4b permite também aos municípios e associações de municípios ajuizarem recursos constitucionais contra lei federal que viole sua autonomia administrativa.

A amplitude da legitimidade ativa para a propositura do recurso constitucional faz com que seu julgamento seja a principal atividade do Tribunal Constitucional alemão, respondendo por aproximadamente 97% de todas as causas julgadas pela corte¹¹⁸. Como afirma uma ex-presidente do Tribunal

¹¹⁷ KOMMERS, D. P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, p. 14-15.

¹¹⁸ LIMBACH, J. "Función y significado del recurso constitucional en Alemania", p. 67-89.

Constitucional, “*el recurso constitucional convierte a los ciudadanos y ciudadanas en guardianes de la Ley Fundamental*”¹¹⁹.

Já com relação ao controle concreto exercido na forma do artigo 100, a iniciativa deverá ser do tribunal que considerar a norma inconstitucional e necessitar de tal declaração para poder decidir o caso que lhe foi submetido a exame.

3.3.1.3

Competência

Como se pode notar, a jurisdição constitucional alemã é sempre concentrada no Tribunal Constitucional, seja quando exercida de forma abstrata, seja exercida em casos concretos. Não existe, portanto, controle difuso de constitucionalidade.

Com relação ao controle surgido a partir de casos concretos, este pode aparecer de duas maneiras distintas. A primeira delas trata do caso em que o Tribunal Constitucional é provocado a partir de uma questão surgida na análise de um litígio concreto. Se um tribunal inferior entender que uma determinada lei, aplicável na resolução de um caso concreto, é inconstitucional, ele deve remeter os autos ao Tribunal Constitucional, para que este resolva apenas a matéria de índole constitucional e devolva o feito para ser decidido em sua instância originária, respeitando-se a decisão proferida pela corte superior. O fundamento normativo desta espécie de controle incidental encontra-se no artigo 100 (1) da Lei Fundamental.

Porém, diz-se que esta espécie não é classificada como propriamente controle concreto, já que o Tribunal Constitucional não decide sobre a constitucionalidade ou não da norma em relação àquele caso específico, analisando apenas se ela, em abstrato, é compatível com a Lei Fundamental. Independentemente da sua decisão, o processo é devolvido para o tribunal originário, que deverá decidá-lo de acordo com a orientação dada pelo Tribunal Constitucional¹²⁰.

¹¹⁹ Ibid., p. 68.

¹²⁰ Neste sentido, ROGEIRO, N. *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, p. 217-218.

Além dessas duas hipóteses de controle de constitucionalidade provocado a partir de casos concretos, há, evidentemente, o caminho natural para a provocação do Tribunal Constitucional, qual seja, por meio de ação abstrata, similar, em nosso direito, à ação direta de inconstitucionalidade. Neste caso, a ação é proposta diretamente no Tribunal Constitucional, sem passar por qualquer outra instância jurisdicional.¹²¹

3.3.1.4

Efeitos

Em regra, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma pelo Tribunal Constitucional alemão torna a referida norma nula (total ou parcialmente). Independentemente da modalidade adotada no caso específico (abstrata ou concreta), tais decisões são vinculantes para os órgãos constitucionais da Federação e dos Estados Federados e para todos os tribunais e autoridades públicas (art. 31 (1) da Lei do Tribunal Constitucional), tendo ainda força de lei e sendo publicadas no Boletim Oficial do Estado (art. 31 (2) da Lei do Tribunal Constitucional).

Por declarar a nulidade da norma desde a sua origem, a regra é que a decisão opere efeitos retroativos. Esta é a previsão genérica, que consta do art. 78 da Lei do Tribunal Constitucional. Entretanto, desde a sua origem, o Tribunal adota diversos outros tipos de decisão, procurando minimizar o efeito da retirada da ordem jurídica de uma norma que durante algum tempo foi tida como válida e aplicável, gerando efeitos concretos na sociedade.

A primeira destas técnicas é a declaração parcial de nulidade qualitativa (ou sem redução de texto), que se refere a uma constelação de casos não previstos no texto normativo. Não há modificação no texto legal, apenas excluem-se determinadas situações não indicadas expressamente pelo legislador nas quais a norma não será constitucional, havendo uma redução do âmbito de aplicação da norma, mas não a sua invalidação.

Outra técnica adotada pelo Tribunal Constitucional é a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, que ocorre quando, apesar de

¹²¹ Sobre o controle abstrato na Alemanha, ver MENDES, G. F. *Jurisdição Constitucional*.

existir inconstitucionalidade no caso, o Tribunal Constitucional não declara a nulidade da norma. A norma, apesar de inconstitucional, permanece sendo válida e eficaz. Em geral, é aplicada nos casos em que existe um benefício incompatível com o princípio da igualdade e não cabe ao Tribunal decidir pela supressão do benefício ou pela inclusão dos grupos excluídos (por razões orçamentárias).

Outro argumento para a utilização da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade é baseado nas *déjà* *fa* jurídicas da declaração de nulidade, ou seja, casos em que a retirada de certa norma do ordenamento jurídico provocaria uma “lacuna jurídica ameaçadora”. A declaração de nulidade levaria a uma minimização, e não otimização, da vontade constitucional. Nestes casos, a simples declaração de nulidade não resolveria o problema, ao revés, o agravaria.

Outra criação da jurisprudência constitucional alemã é a “interpretação conforme à Constituição”, hipótese na qual o Tribunal Constitucional declara qual dentre diversas possíveis interpretações revela-se compatível com a Lei Fundamental.

Por fim, em casos nos quais uma norma ainda não seja inconstitucional, mas apresente uma inevitável tendência a, futuramente, violar a Lei Fundamental (seja por alteração das relações fáticas existentes, seja pelas relações jurídicas, como, por exemplo, a ocorrência de mutações constitucionais), o Tribunal recorre a uma técnica chamada “apelo ao legislador”. Com esta decisão, o Tribunal não declara a inconstitucionalidade da lei, mas exorta o Poder Legislativo a promulgar outra norma, em substituição àquela que tende a se inconstitucionalizar, podendo, inclusive, fixar prazo para tanto¹²².

3.4

Síntese do controle forte de constitucionalidade

Como já visto, o controle forte de constitucionalidade consiste no poder atribuído aos juízes para invalidar, em caráter definitivo, normas elaboradas pelos legisladores democraticamente eleitos. Tal poder decorre do reconhecimento da

¹²² Sobre todas as técnicas de decisão aqui mencionadas, v. MENDES, G. F. *Jurisdição Constitucional*, p. 223-286 e, mais resumidamente, FAVOREU, L. *As Cortes Constitucionais*, p. 71-72.

Constituição como uma norma suprema e rígida, capaz de condicionar a atuação dos órgãos de governo formal e materialmente.

A partir dessa idéia central, diversos mecanismos para o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis foram desenvolvidos por diferentes países. Em linhas gerais, os dois grandes sistemas consolidados podem ser exemplificados pela forma como o controle é exercido nos Estados Unidos e na Alemanha.

Nos Estados Unidos o controle de constitucionalidade não tem previsão na constituição; decorre, em verdade, de uma construção jurisprudencial feita pela Suprema Corte em 1803. Naquele país, qualquer cidadão pode questionar, desde que demonstre interesse para tanto, a validade de norma que afete direito seu constitucionalmente assegurado (controle concreto). Além disso, todos os órgãos jurisdicionais possuem competência para, constatando a inconstitucionalidade do diploma legislativo, pronunciar sua respectiva nulidade. E tal decisão, embora aparentemente afete apenas as partes envolvidas naquele caso, forma um precedente que deverá ser necessariamente observado em casos futuros (*binding effect*) e respeitado pelas demais cortes (*stare decisis*), de forma que, na prática, produz efeitos para além dos envolvidos.

Já na Alemanha a própria Lei Fundamental cuidou de prever a possibilidade de invalidação de atos legislativos que fossem contrários às suas disposições. No entanto, o questionamento é feito apenas por órgãos político-jurídicos indicados na própria constituição (ressalvada a hipótese do recurso constitucional, que está ao alcance dos cidadãos comuns) e é apreciado, com exclusividade, pelo Tribunal Constitucional. O exame é, então, feito em abstrato e sua decisão possui força de lei, invalidando, em caráter geral, a norma ordinária incompatível com a constituição.

3.5

Críticas ao constitucionalismo jurídico

Como visto anteriormente, o reconhecimento do poder judiciário como responsável pela fiscalização da compatibilidade dos atos normativos infraconstitucionais com a lei fundamental de um determinado país é observado

em um número cada vez maior de sistemas jurídicos. Os argumentos favoráveis a esta prática são bastante conhecidos, podendo ser resumidos no seguinte esquema: o papel atribuído ao Judiciário de guardião da Constituição é deíca fica a do caráter normativo de hierarquia superior das constituições escritas; se uma constituição é norma jurídica dotada de supremacia em relação às demais normas, e se o papel dos juízes é exatamente o de aplicar as normas, logicamente eles não devem deí-lo quando constatarem uma incompatibilidade entre a legislação infraconstitucional e as normas fundamentais de um determinado sistema jurídico.

Embora o raciocínio pareça muito lógico e convincente, desde o seu surgimento (ou até antes disso) o *judicial review* desperta intensa polêmica, em especial pelo seu caráter “contramajoritário”.¹²³ Afirma-se que, dada a origem não democrática dos juízes, eles não possuiriam legitimidade para invalidar normas aprovadas pelos representantes do povo (parlamentos), estes sim democraticamente eleitos.

Mas não é em qualquer espécie de caso que se revela presente a objeção contramajoritária. Isto porque a jurisdição constitucional possui dois componentes, um técnico-jurídico, relacionado à aplicação do direito vigente em uma determinada ordem jurídica, e outro político, decorrente do conteúdo aberto de diversas normas constitucionais.¹²⁴

Em casos da primeira espécie é mais fácil identificar o texto legal objetivamente aplicável para a resolução da questão. Isso torna a declaração de inconstitucionalidade quase um exercício de subsunção. Assim, por exemplo, quando um tribunal invalida uma determinada norma estadual por usurpação de competência constitucionalmente atribuída à União, não existe qualquer dificuldade em estabelecer o seguinte raciocínio: a Constituição estabelece as competências da União; um determinado Estado da Federação usurpou uma dessas competências ao editar determinada norma; logo, fácil concluir que a norma estadual é inconstitucional e deve ser anulada.

A dificuldade contramajoritária surge com força precisamente no momento da aplicação de uma norma constitucional da segunda espécie, cujo conteúdo não

¹²³ A autoria do termo é creditada a Alexander M. Bickel, na já clássica obra *The Least Dangerous Branch*, publicada originalmente em 1961.

¹²⁴ ROSENFELD, M. “Constitutional Adjudication in Europe and the United States”, p. 637.

pode ser definido objetivamente, ou seja, sem a influência das concepções materiais (subjetivas) do julgador.¹²⁵ É aí que se questiona a legitimidade dos juízes para fazer tais escolhas, em face de sua origem não-democrática. Ao determinar o conteúdo destas normas, obrigatoriamente estaria sendo feita uma opção política (no sentido de não ser determinada pelo direito) por uma das possíveis interpretações que o texto permite.¹²⁶ A origem não-democrática dos juízes leva ao questionamento de sua legitimidade para resolver questões deste segundo tipo.

Uma vez que as críticas baseadas na dificuldade contramajoritária são centradas justamente no componente político da jurisdição exercida pela Suprema Corte, é natural que, do ponto de vista da posição político-ideológica de seus autores, sua origem varie de acordo com a orientação predominante no Judiciário. Nos Estados Unidos, por exemplo, entre 1890 e 1937, quando a Suprema Corte era majoritariamente conservadora e os poderes políticos mais progressistas, as críticas mais agudas à atuação da Corte vinham do espectro político da esquerda, enquanto a direita conservadora elogiava o seu caráter preservacionista e antidemocrático.

¹²⁵ Fernando Atria, por exemplo, cita os direitos fundamentais como normas deste tipo. O professor chileno afirma que o *conteúdo* das normas definidoras de direitos fundamentais somente pode ser aplicado a um caso concreto se o julgador complementar aquela norma com sua própria *concepção* acerca de seu significado. É neste momento que aparece o conteúdo político da jurisdição constitucional. Ver ATRIA, F. “El Derecho y la Contingencia de lo Político”. Destaca-se o seguinte trecho: “*Si los derechos constitucionales expresan conceptos, entonces, ellos son efectivamente ‘normas comunes’, pero son normas cuya aplicación no adjudica el conflicto. Para adjudicar el conflicto los conceptos que aparecen en el art. 19 de la constitución deben ser complementados por una concepción de esos derechos. Pero esa concepción no está en la constitución, porque la constitución es (o debe ser) neutral entre las diversas concepciones (precisamente porque es, o debe ser, ‘nuestra’, común). Por lo tanto, si utilizamos la aplicación judicial de la constitución para dirimir el conflicto político, entonces estamos exigiendo al juez que complemente el contenido del art. 19 con su propia concepción de los derechos fundamentales. Pero entonces el juez deja de ser un tercero imparcial, cuya neutralidad respecto del conflicto de las partes era, recuérdese, la mejor garantía de que su juicio sería correcto.*” (p. 332, grifos no original. As referências ao art. 19 dizem respeito à Constituição chilena).

¹²⁶ ROSENFELD, M. “Constitutional Adjudication in Europe and the United States”, p. 637. Destaca-se a seguinte passagem: “*Both civil law and common law adjudication thus involve a legal as well as a political component – where ‘legal’ means the application of a preexisting rule or standard and ‘political’ means choosing one from among many plausible principles or policies for the purposes of settling a constitutional issue*”. Outro autor que reconhece abertamente o caráter político da Suprema Corte é Richard Posner, juiz da Corte de Apelação do 7º Circuito e professor da Universidade de Chicago. Ver POSNER, R. “Foreword: A Political Court”.

Entre os anos de 1937 e 1968, entretanto, os papéis se inverteram, com a Corte de Warren claramente progressista e o Executivo (especialmente nos estados) conservador. A doutrina constitucional, da mesma maneira, inverteu os papéis, com trabalhos de acadêmicos liberais exaltando a atuação judicial e os conservadores a criticando.¹²⁷ Agora a situação se inverte novamente, completando-se o ciclo: a Suprema Corte tem um perfil conservador, e os autores progressistas voltam seus esforços para críticas à sua atuação.¹²⁸

A dificuldade contramajoritária, no entanto, não é a única perspectiva a partir da qual a prática do *judicial review* é criticada. Outro aspecto, que até pouco tempo não era lembrado pelos estudiosos da prática, passou a receber muito mais atenção por parte da doutrina contemporânea: a idéia de supremacia judicial.¹²⁹ A tendência mais recente parece ser a de que esta se torne o principal objeto das críticas à atuação da Suprema Corte, tomando o espaço antes ocupado pela “dificuldade contramajoritária”.¹³⁰

¹²⁷ Uma exceção parece ser Alexander Bickel. O autor de “The Least Dangerous Branch”, embora fizesse uma crítica ao ativismo judicial, ressaltando as “virtudes passivas” da Suprema Corte, o fazia com a intenção de preservar o legado deixado pela Corte de Warren na proteção dos direitos civis. Seu medo era que o ativismo irrestrito comprometesse a sustentabilidade, a longo prazo, daquelas decisões. V., a respeito, BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch*.

¹²⁸ Conferir, a respeito, FRIEDMAN, B. “The Cycles of Constitutional Theory”, especialmente p. 157/164. O autor manifesta preocupação com o caráter científico de teorias desenvolvidas para aplicação somente em determinado quadro político, por exemplo, quando há predomínio dos conservadores, defendendo a tese de que as teorias constitucionais deveriam ao menos possuir uma pretensão de cientificidade, que possibilitasse sua aplicação em qualquer situação.

¹²⁹ FRIEDMAN, B. “The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, p. 24, de onde se extrai a seguinte passagem: “*In discussing the role of the judiciary vis-à-vis the other branches of government, present-day scholarship tends to focus almost entirely upon two of the factors giving life to counter-majoritarian criticism: democratic values and the lack of public faith in the determinate nature of judicial review. In so doing, that scholarship omits a critical part of the story, perhaps one so ingrained we take it for granted. The omitted element is the idea of judicial supremacy. It is impossible to understand today’s obsession with the counter-majoritarian difficulty without tracing the growth of judicial supremacy.*”. Em tradução livre: “Ao discutir o papel do judiciário vis-à-vis os outros ramos do governo, estudiosos de hoje tendem a focar quase que exclusivamente em dois dos fatores que dão vida à crítica contramajoritária: valores democráticos e a falta de fé pública na natureza determinada do *judicial review*. Ao fazer isso, esses estudiosos omitem uma parte crítica da história, talvez uma tão arraigada que nós tomemos como certa. O elemento omitido é a idéia de supremacia judicial. É impossível compreender a atual obsessão com a dificuldade contramajoritária sem investigar o desenvolvimento da supremacia judicial”.

¹³⁰ GRIFFIN, S. M. “Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights”, p. 281, de onde se extrai: “*It has been apparent for some time that the traditional argument over whether judicial review is counter-majoritarian is played out. Indeed, the most sophisticated works of recent scholarship avoid this old dispute entirely. They ask a different question: what kind of judicial supremacy can be justified in a democracy that respect rights?*”. Em tradução livre: “Ficou evidente há algum tempo que o argumento sobre o fato de o *judicial review* ser

Os autores que criticam a supremacia judicial não negam a importância do Judiciário na proteção do texto constitucional e, principalmente, dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos. Apenas questionam se esta deve ser a última palavra sobre tais matérias, defendendo uma participação mais intensa dos demais poderes na garantia de tais prerrogativas.

Neste grupo de autores, pode-se citar o professor da Universidade de Tulane, Stephen M. Griffin, que, entre os anos de 2000 e de 2003, publicou uma série de três artigos abordando a temática do *judicial review* e sua inserção no panorama estadunidense atual.¹³¹ Seu ataque à supremacia judicial começa pela constatação de que esta característica desenvolveu-se apenas no século XX, não fazendo parte da concepção de *judicial review* que vigorava à época de seu aparecimento, com *Marbury v. Madison*.¹³² Sua afirmação pela Suprema Corte dá-se apenas em 1958, no julgamento do caso *Cooper v. Aaron*, no qual se estabeleceu que “o judiciário federal é supremo na exposição do direito constitucional”.¹³³

O ponto central desenvolvido pelo autor no ataque à supremacia judicial é o de que o movimento pelos direitos civis teria criado nos Estados Unidos o que ele chama “democracia de direitos” (*democracy of rights*). Nesta espécie de democracia, os poderes políticos, atentos às reivindicações da sociedade no sentido da proteção aos direitos individuais, encampam o discurso da proteção a tais direitos¹³⁴. Como salienta Griffin, “na democracia americana contemporânea, todos os ramos de governo estão preocupados de maneira consistente com os direitos, e, genericamente falando, atuam para criar, promover e aplicar direitos

contramajoritário esgotou-se. De fato, os trabalhos acadêmicos recentes mais sofisticados evitam esta velha disputa inteiramente. Eles formulam uma questão diferente: que tipo de supremacia judicial pode ser justificada em uma democracia que respeite direitos?”

¹³¹ Os textos, todos de autoria de GRIFFIN, S. M., são: “Review essay: has the hour of democracy come round at last? The new critique of judicial review”, “Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights”, e “The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights”.

¹³² GRIFFIN, S. M. “The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights”.

¹³³ 358 US 1 (1958), tradução livre. No original: *the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution*”

¹³⁴ GRIFFIN, S. M. op. cit., p. 284 e segs.

constitucionais importantes”.¹³⁵ O reflexo deste fator na atuação do Judiciário é claro, sendo exposto pelo autor da seguinte maneira:

Uma democracia de direitos é, portanto, uma conquista recente e valiosa. Historicizar o conceito de democracia tem implicações significativas para o argumento tradicional sobre a legitimidade do *judicial review*. Da perspectiva daqueles que deia o *judicial review*, tem sido sempre importante apontar para o papel histórico da Suprema Corte na proteção aos direitos dos americanos contra os excessos de uma democracia majoritária. É claro que estudantes cuidadosos da aplicação judicial do *Bill of Rights* sabem que as decisões da Corte protegendo esses direitos são amplamente um fenômeno do século XX. Mas, ainda assim, não há dúvidas de que decisões da Corte protegendo direitos precedem o movimento dos direitos civis. Mas isso não mostra realmente que a Corte nos tem protegido contra a democracia. Mostra, em vez disso, que a Corte estava pronta para proteger alguns direitos em uma era na qual os Estados Unidos ainda estavam por adquirir o status de uma democracia de direitos.¹³⁶

À medida que os poderes políticos, democraticamente eleitos, também passam a atuar na proteção a direitos fundamentais, o Poder Judiciário perde o seu principal diferencial em relação aos outros dois, que era justamente sua maior sensibilidade às demandas das minorias oprimidas pelo processo deliberativo democrático.¹³⁷ Isto ocorre não só porque os poderes políticos encampam o discurso de proteção aos direitos, mas também porque os seus titulares (especialmente do Executivo), percebendo a força do Judiciário na configuração dos direitos individuais e, conseqüentemente, na política eleitoral, começaram a trabalhar para que os seus ocupantes ajam da mesma maneira que eles.

¹³⁵ Ibid., p. 288, tradução livre. No original: “(...) in contemporary American democracy, all branches of government are concerned consistently with rights and, generally speaking, act to create, promote and enforce important constitutional rights.”

¹³⁶ Ibid., p. 292, tradução livre. No original: “A democracy of rights is thus a recent and valuable achievement. Historicizing the concept of democracy has significant implications for the traditional argument about the legitimacy of judicial review. From the perspective of those who support judicial review, it has always been important to point out the historic role the Supreme Court has played in protecting the rights of Americans against the excesses of majoritarian democracy. Of course, careful students of judicial enforcement of the Bill of Rights know that Court decisions protecting these rights are largely a phenomenon of the twentieth century. Still, there is no doubt that Court decisions protecting valuable constitutional rights antedate the civil rights movement. But this reality does not show that the Court has been protecting us against democracy. It shows rather that the Court was able to protect some rights in an era in which the United States had yet to achieve the status of a democracy of rights.”

¹³⁷ O autor reconhece que, em outras épocas, o *judicial review* teve um importante papel na proteção aos direitos. Seu ponto central é que, numa “democracia de direitos”, a proteção que antes vinha do Judiciário parte dos próprios poderes políticos. Na verdade, em diversos casos o Judiciário atua retirando direitos conferidos pelos outros poderes (v. GRIFFIN, S. M., “Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights”, p. 301/312, onde o autor demonstra retrocessos judiciais em matérias de ação afirmativa, critérios raciais na divisão dos distritos eleitorais e aplicação legislativa dos direitos conferidos pela 14ª Emenda à Constituição).

Teve início, assim, um processo de politização das indicações para juízes federais (especialmente para a Suprema Corte) que atingiu o seu ápice na era Reagan, quando foram montadas verdadeiras forças-tarefa para investigar as posições ideológicas de possíveis candidatos a cargos na magistratura federal. O judiciário, assim, passou a refletir as concepções dominantes na arena política, deixando de ser um poder independente contraposto aos demais.¹³⁸

Griffin, no entanto, não chega a defender a extinção do *judicial review*. Reconhecendo que o controle exercido pelo Judiciário teve um papel importante enquanto os Estados Unidos não se tornaram o que ele classifica como “democracia de direitos”, o que o autor propõe é a adequação a esta nova configuração democrática, na qual os direitos fundamentais ocupam o centro do debate e a qualidade deliberativa do sistema é bastante elevada. Desta forma, é preciso reconhecer que o Poder Legislativo possui aberturas mais adequadas às manifestações populares do que o Judiciário, o que coloca em cheque a supremacia judicial, mas sem implicar a extinção do controle.¹³⁹ Nas palavras do autor

(...) o *judicial review* tem de estar disponível para casos que sejam realmente justificáveis e que digam respeito apenas aos litigantes. Além disso, é consistente com a idéia de democracia de direitos que o *judicial review* esteja disponível para aqueles casos, hoje em dia raros, nos quais se possa demonstrar que a avenida da mudança política esteja fechada.¹⁴⁰

Além de Griffin, autores ligados a uma teoria constitucional procedimentalista parecem naturalmente tendentes a ver o *judicial review* com ressalvas, em função de seu matiz antidemocrático. É o caso de nomes como John Hart Ely, Carlos Santiago Nino e Jürgen Habermas.

John Hart Ely, autor de uma das principais obras de crítica ao *judicial review* no século XX, afirma que os tribunais só deverão intervir na legislação democraticamente aprovada quando a própria integridade do processo de

¹³⁸ GRIFFIN, S. M., “The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights”, p. 32-43.

¹³⁹ Para uma análise dos artigos de Stephen Griffin aqui citados, conferir BERMAN, J. G. “Stephen Griffin e a nova crítica democrática ao *judicial review*”.

¹⁴⁰ GRIFFIN, S. M. “The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights”, p. 74, tradução livre. No original: “*judicial review has to be available for cases that are truly matters of adjudication in that they concern only the litigants. Further, it is consistent with the idea of a democracy of rights that judicial review be available for those now somewhat rare cases where it can be shown that the avenues of political change are closed*”.

deliberação tenha sido violada, mas jamais para realizar escolhas substantivas.⁶²¹⁴¹
Assim, a intervenção do Judiciário no processo político não é sempre ilegítima, mas deve limitar-se aos casos em que os caminhos da democracia encontrem-se obstruídos ou quando seja necessário proteger determinados direitos de minorias contra as maiorias ocasionais.¹⁴²

Habermas aproveita-se da teoria procedimentalista de Ely para defender a legitimidade dentro de um paradigma republicano (não-liberal) da democracia. Afirma o jusfilósofo alemão que “o tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo de normatização jurídica se realize sob condições da *política deliberativa*, que fundam legitimidade”.¹⁴³ Mais adiante, conclui que

quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente.¹⁴⁴

Outro importante autor que questiona a legitimidade do *judicial review* é o argentino Carlos Santiago Nino, falecido precocemente em 1993. Nino afirma que defender a supremacia da palavra do Judiciário sobre o Legislativo implica um “elitismo epistemológico” injustificável, já que, para ele, é a democracia quem possui um valor epistêmico intrínseco, o que deve acarretar uma postura de deferência em relação às decisões tomadas por meio de amplo debate.

Ainda assim, Nino reconhece três situações em que seria legítimo o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis: (i) quando as regras do procedimento democrático não são cumpridas; (ii) quando estiver em jogo a autonomia pessoal (já que nestes casos a decisão isolada de um indivíduo sobre sua própria autonomia tem um valor epistêmico maior do que a decisão da coletividade); e (iii) quando se busca preservar uma prática social ou convenção dentro da qual a decisão opera, a fim de fazer prevalecer a constituição histórica.¹⁴⁵

¹⁴¹ ELY, J. H. *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*.

¹⁴² VIEIRA, O. V. “A Moralidade da Constituição e os Limites da Empreitada Interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein”, p. 240-246.

¹⁴³ HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade*, vol. I, p. 340.

¹⁴⁴ HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade*, vol. I, p. 346-347.

¹⁴⁵ NINO, C. S. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, cap. 7.

Griffin, Ely, Habermas e Nino têm em comum o fato de que, embora questionem a legitimidade do *judicial review*, terminam por aceitar a sua existência, ainda que apenas em situações específicas, como em razão da necessidade de se proteger direitos individuais (Griffin), os mecanismos democráticos (Ely e Nino), ou para proteger ambos, embora com moderação (Habermas).

Mais radical neste ponto é Mark Tushnet, cujo ceticismo em relação às teorias constitucionais tradicionais já foi examinado no capítulo 2. Em seus trabalhos mais recentes, ele chega a radicalizar seu argumento, defendendo a edição de uma emenda constitucional abolindo o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário estadunidense¹⁴⁶. Dessa maneira, os democratas deveriam se preocupar em ganhar apoio popular – e, conseqüentemente, o legislativo – para suas propostas, e não confiar na Suprema Corte para déi-las prevalecer. Acabar-se-ia, assim, com posições oportunistas, que defendem o ativismo judicial sempre que este seja favorável às suas posições ideológicas, repudiando-o nos demais casos.¹⁴⁷ Mais adiante, Tushnet, acompanhado de outros autores, começa a desenvolver um estudo sobre o modelo que parece capaz de apresentar uma resposta satisfatória para a polêmica em torno do *judicial review*: os sistemas de controle “fraco” de constitucionalidade desenvolvidos em alguns países, que será analisado mais adiante.¹⁴⁸

Além de Tushnet, outro importante autor que desenvolveu recentemente uma consistente crítica à supremacia judicial na interpretação da constituição é Jeremy Waldron. O neozelandês radicado nos Estados Unidos e professor da NYU, ao longo de sua trajetória acadêmica sempre questionou fortemente a prática do *judicial review*, centrado em um argumento levantado a partir de uma preocupação democrática: o poder de invalidação atribuído aos juízes não estaria em consonância com sociedades plurais, nas quais exista déia fic desacordo entre diversas concepções de direitos e de seu significado.¹⁴⁹ É exatamente a sua

¹⁴⁶ TUSHNET, M. “Democracy v. Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?”.

¹⁴⁷ TUSHNET, M. “Democracy v. Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?”, p. 5. Conferir, ainda, as respostas de dois importantes autores e a réplica de Tushnet em TRIBE, L. H. et al. “On Judicial Review”, p. 81/86.

¹⁴⁸ TUSHNET, M. *Weak Courts, Strong Rights*.

¹⁴⁹ WALDRON, J. *A Dignidade da Legislação*.

obra, e em especial o artigo publicado no Yale Law Journal, questionando a própria existência do *judicial review*, que se analisará.

Antes de qualquer coisa, importante assinalar que o questionamento de Waldron é voltado para uma forma específica de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis: aquele exercido na proteção a direitos fundamentais. Isto significa que o controle de constitucionalidade exercido com outras finalidades (como resolver conflitos federativos, por exemplo) não constitui o objeto da discussão proposta.

Para uma exposição clara dos argumentos, podem-se apresentar as duas principais idéias, intimamente conectadas, que dão suporte à prática do controle jurisdicional de constitucionalidade na forma analisada: (i) determinados direitos devem ser assegurados por um documento jurídico resguardado da atuação da vontade das maiorias; e (ii) O Judiciário, por estar protegido da influência das mesmas maiorias, deve ser o encarregado por zelar pelo respeito a tais direitos.

Waldron, no entanto, ataca ambos os pressupostos, mas sem abandonar uma teoria de direitos que os apresente como inerentes à democracia. Ele, no entanto, questiona tanto a necessidade/utilidade de se resguardar determinados direitos contra a vontade da maioria quanto a suposta vantagem que o Judiciário teria na sua proteção.

Em um texto publicado em 1993,¹⁵⁰ Jeremy Waldron estabelece um debate com seu antigo professor, Ronald Dworkin, tendo como pano de fundo a discussão que, à época, tomava corpo no Reino Unido, acerca da adoção de uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) britânica, acompanhada por mecanismos jurisdicionais de proteção a tais direitos.¹⁵¹ Enquanto o segundo defendia a adoção de um modelo próximo ao estadunidense,¹⁵² Waldron colocava-se no campo oposto, baseado em quatro argumentos: (i) não existe relação entre uma filosofia política protetora de direitos (*right-based position in political philosophy*) e o entrenchamento de tais direitos em uma declaração escrita e garantida pelo Judiciário, através do *judicial review*; (ii) os filósofos políticos devem adotar uma postura mais humilde a respeito da dificuldade que envolve a idéia de direitos

¹⁵⁰ WALDRON, J. "A Right-Based Critique of Constitutional Rights".

¹⁵¹ MARSHALL, G. "The United Kingdom Human Rights Act, 1998".

¹⁵² DWORKIN, R. *A Bill of Rights for Britain*.

fundamentais, o que levaria a uma hesitação antes de se defender uma lista canônica de direitos colocados além do escopo do debate político e de sua própria revisão; (iii) os filósofos devem ter especial atenção em relação ao processo mediante o qual as decisões são tomadas em uma sociedade marcada pelo desacordo, sendo necessária uma teoria de autoridade para complementar a teoria de direitos;¹⁵³ e (iv) a implantação do sistema proposto para o Reino Unido levaria a uma transformação dos tribunais no principal fórum de revisão e adaptação dos direitos fundamentais em face das transformações fáticas e controvérsias sociais, o que comprometeria o respeito aos direitos de participação democrática.¹⁵⁴

O primeiro ponto, de que não existe inferência necessária entre uma teoria baseada em direitos (*right-based theory*) e sua previsão em uma declaração escrita e rígida, tem por argumento central a idéia de que a preocupação com a proteção a direitos pode ser perfeitamente o fundamento de uma teoria, sem que isso diga algo a respeito de quais direitos serão protegidos, e nem de como se dará sua garantia. O mesmo acontece com o seu significado, uma vez que os direitos fundamentais muitas vezes possuem uma redação aberta a diferentes interpretações.¹⁵⁵

Waldron distingue, ainda, entre direitos morais, subjetivos e fundamentais.¹⁵⁶ Para o autor, a existência de uma obrigação moral não deve levar necessariamente à criação de um direito subjetivo correspondente. Para ilustrar o seu argumento, utiliza-se do exemplo do direito à moradia: a afirmação de que a população deve ter um “direito” à moradia não implica a defesa de que este direito seja assegurado por um tipo específico de procedimento jurisdicional ou burocrático. Ou seja, não necessariamente deve existir um direito subjetivo à moradia, ainda que se trate de uma obrigação moral de governos igualitários.¹⁵⁷

Da mesma maneira, a existência de um direito subjetivo não necessariamente deve levar à consagração deste mesmo direito em patamar

¹⁵³ WALDRON, J., op. cit. Destaca-se, na p. 19: “*Theories of rights need to be complemented by theories of authority, whose function it is to determine how decisions are to be taken when the members of a community disagree about what decision is right.*”

¹⁵⁴ Ibid., p. 19-20.

¹⁵⁵ WALDRON, J. “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, p. 20-23.

¹⁵⁶ A terminologia original fala em *moral rights*, *legal rights* e *constitutional rights*. As duas últimas expressões foram traduzidas livremente pelo autor por expressões que entendo correspondentes e de uso corrente na linguagem jurídica pátria.

¹⁵⁷ WALDRON, J. op. cit., p. 25.

constitucional (ou seja, ao seu entrenchamento em um documento jurídico de hierarquia mais elevada). Ao contrário, pode haver boas razões para não fazer isso.

Uma delas refere-se ao fato de que as expressões utilizadas em uma Declaração de Direitos tendem a ganhar vida própria, afastando-se do significado que se pretendia dar ao incluir determinado direito naquele documento. Cria-se assim uma rigidez interpretativa, e, embora o mesmo possa acontecer com direitos subjetivos estabelecidos na legislação ordinária, eventuais correções serão mais simples, já que não existe um procedimento especial de alteração, como ocorre com textos constitucionais.¹⁵⁸

Ainda mais importante do que este primeiro argumento é que o entrenchamento em um documento de hierarquia constitucional de direitos que sejam defendidos apenas por uma parte da população, mas rejeitados por outra parcela, equivale à adoção de uma postura de desconfiança em relação à minoria, o que não seria compatível com o respeito pela autonomia e responsabilidade daqueles cidadãos.¹⁵⁹

Este ponto já está intimamente ligado ao segundo argumento exposto por Waldron em sua crítica aos direitos fundamentais: é bastante comum, especialmente entre os filósofos políticos, a afirmação de que seus pontos de vista são os corretos, e qualquer opinião divergente é equivocada. Para ele, isto só seria possível se a tarefa de lidar com direitos fosse um trabalho simples, como se o seu significado fosse evidente. Mas não é o que acontece. Como ele mesmo afirma, “*o triste fato, contudo, é que estas certeza e simplicidade morais simplesmente não existem*”¹⁶⁰

De fato, quais os direitos que devem ser resguardados e a medida exata em que isso deve ser feito são questões sujeitas a intenso desacordo. E apenas através do debate é que as posições de cada filósofo poderiam ser fortalecidas (ou

¹⁵⁸ Ibid., p. 26-27. Destaca-se: *For these reasons, then, the proponent of a given right may be hesitant about embodying it in a constitutionally entrenched Bill of Rights. She may figure that the gain, in terms of an immunity against wrongful legislative abrogation, is more than offset by the loss in our ability to evolve a free and flexible discourse.*

¹⁵⁹ WALDRON, J. “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, p. 27-28.

¹⁶⁰ Ibid., p. 29, tradução livre. No original: “*the sad fact is, however, that this simplicity and moral certainty is simply unavailable*”.

abandonadas), o que significa que opiniões divergentes deverão ser respeitadas e levadas em consideração na construção da teoria de direitos defendida.¹⁶¹

Precisamente a questão do desacordo, para Waldron, vem sendo negligenciada pela filosofia política atualmente.¹⁶² A pluralidade das sociedades contemporâneas, nas quais existe intensa controvérsia sobre a forma de distribuir direitos entre grupos e indivíduos, torna necessário que uma teoria da justiça e de direitos seja complementada por uma teoria de autoridade. Em outras palavras, diante da multiplicidade de visões sobre o que a justiça exige e sobre quais direitos nós possuímos, devemos perguntar quem deverá decidir tais questões e mediante quais procedimentos. Uma das respostas possíveis, embora não a única, é decidir através da democracia majoritária.¹⁶³

O constitucionalismo de um modo geral, no entanto, estabelece limites para as decisões majoritárias. Assim, costuma-se dizer que as decisões podem ser tomadas pela maioria, desde que não violem direitos individuais. Este argumento peca, segundo Waldron, por não levar em consideração a possibilidade de haver desacordo político sobre os próprios direitos que deveriam ser preservados.¹⁶⁴ Dessa maneira, colocar uma determinada concepção de direitos acima de outra (defendida razoavelmente por outra parcela da população) não seria uma forma de proteger as minorias, mas sim de desrespeitar o direito de autodeterminação da maioria. Percebe-se que não há aqui o reconhecimento de que apenas uma resposta seria possível para questões envolvendo direitos, como defende Ronald Dworkin.¹⁶⁵

Evidentemente, para que o desacordo seja resolvido da maneira mais democrática possível, é necessário que sejam assegurados direitos de participação política (o que, inclusive, é feito por todas as teorias modernas de direitos).¹⁶⁶ Isto não significa, entretanto, que os direitos de participação, conseqüentemente,

¹⁶¹ Ibid., p. 31. “(...) *the debate has a point: to use collective interaction as a way of reaching towards complicated truth. Simple truths, self-evident truths may form in single minds, but complicated truths (in which category I include all propositions about individual rights) emerge, in Mill’s words, only ‘by the rough process of a struggle between combatants fighting under hostile banners’*”, nota de rodapé omitida.

¹⁶² Id., *ibid.*

¹⁶³ Ibid., p. 32.

¹⁶⁴ WALDRON, J. “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, p. 32-34.

¹⁶⁵ DWORKIN, R. *Levando os Direitos a Sério*, cap. 13 e ARANGO, R. *¿Hay Respuestas Correctas em El Derecho?*

¹⁶⁶ WALDRON, J. *op. cit.*, p. 36.

deverão ser os únicos resguardados contra a ação da maioria, como sugere John Hart Ely.¹⁶⁷ Isto porque os próprios direitos de participação estão sujeitos a intenso desacordo, o que levaria de volta à questão acerca da necessidade de se escolher um procedimento imperativo de decisão. Ainda que as decisões sejam tomadas por meio de um procedimento com o qual alguém tenha concordado, sempre há a possibilidade de se alterar o próprio procedimento, especialmente quando ele permanece aberto à possibilidade de revisão.¹⁶⁸

O último dos argumentos levantados por Waldron consiste no deslocamento para o judiciário das decisões envolvendo questões de direitos, o que implicaria um sério desrespeito ao princípio democrático. Neste ponto fica claro que o autor não é contrário à proteção de direitos, mas sim à sua colocação fora do alcance das maiorias e sob a proteção de um grupo de juízes não eleitos.

A dificuldade exigida para aprovar uma emenda constitucional, nos Estados Unidos, é apontada, assim, como decorrência de uma postura de desconfiança em relação aos demais cidadãos. Tamanha dificuldade, que visa a evitar alterações constantes, acaba por obstruir a adaptação da Declaração de Direitos às alterações sociais e às diferentes opiniões existentes sobre o tema.¹⁶⁹

O questionamento torna-se ainda mais grave porque, embora não seja reconhecido ao povo o poder de alterar os direitos constitucionalmente protegidos, é bastante comum que o Judiciário, por meio do exercício do *judicial review*, proceda às modificações que julgar necessárias. Como afirma Waldron,

A Suprema Corte não tem poderes para alterar o texto escrito do *Bill of Rights*. Mas os ministros assumem para si a tarefa de alterar a forma como o documento é interpretado e aplicado, e a forma como os direitos individuais são compreendidos imperativamente – em muitos casos com efeitos drásticos e abrangentes.¹⁷⁰

O neozelandês não aceita que o judiciário possa modificar o significado dos direitos livremente, enquanto os legisladores esbarram na dificuldade colocada pelo árduo procedimento exigido para a aprovação de emendas constitucionais. Ainda que se reconheça a imperfeição do sistema representativo (ou mesmo de

¹⁶⁷ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*.

¹⁶⁸ WALDRON, J. op. cit., p. 39-40.

¹⁶⁹ WALDRON, J. “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, p. 41.

¹⁷⁰ Id., *ibid.*, tradução livre. No original: “*The Supreme Court is not empowered to alter the written terms of the Bill of Rights. But the justices do undertake the task of altering the way in which the document is interpreted and applied, and the way in which individual rights are authoritatively understood – in many cases with drastic and far-reaching effects.*”

uma democracia direta plebiscitária), isso não significa o reconhecimento de qualquer vantagem do judiciário sobre tais mecanismos.¹⁷¹

Ao assegurar que as respostas às questões sobre direitos sejam dadas por mecanismos democráticos, e não por um judiciário não eleito, não se assegura que a resposta alcançada será a mais correta (nem se poderia déi-lo, em face do desacordo existente). Em contrapartida, qualquer resposta fornecida por outros mecanismos (ainda que materialmente mais correta) padecerá de um vício grave, por não respeitar as capacidades morais e políticas dos cidadãos.¹⁷²

As últimas objeções que Waldron rebate estão relacionadas à aceitação popular que a aprovação de uma Declaração de Direitos encontrava no início dos anos 1990 na Grã-Bretanha. À época, pesquisas indicavam que 71% da população acreditava que a democracia britânica seria melhorada com a incorporação de uma Declaração de Direitos. Mais uma vez, o autor analisado não se deixa levar pelo senso comum, desconectando a aprovação majoritária da democracia, como poderia acontecer com um ditador extremamente popular.¹⁷³

Nem mesmo a déia de pré-compromisso convence Waldron da conveniência de se entrincheirar direitos em um documento com hierarquia normativa constitucional. Essa déia, traduzida pela metáfora de Ulisses e as Sereias, explorada por Jon Elster,¹⁷⁴ consiste no auto-estabelecimento de limites em um momento de lucidez, a fim de evitar que, num momento posterior, tomado por alguma emoção que perturbaria a razão, seja tomada uma decisão prejudicial a si mesmo.¹⁷⁵

Os exemplos utilizados para demonstrar o acerto da noção de pré-compromisso, de acordo com Waldron, são irrealis. Além da fábula de Ulisses, que na história determinara à sua tripulação que o amarasse ao mastro da embarcação para evitar que fosse seduzido pelo canto das sereias, são usados os casos hipotéticos do sujeito que, ao chegar a uma festa na qual irá ingerir bebida alcoólica, entrega a chave do carro a um amigo, e daquele que esconde seus cigarros na tentativa de parar de fumar. O problema com tais exemplos, segundo

¹⁷¹ Ibid., p. 44-45.

¹⁷² Ibid., p. 46.

¹⁷³ Ibid., p. 46-47.

¹⁷⁴ ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens* e, revisitando sua teoria, ELSTER, Jon. *Ulises desatado: estudios sobre la racionalidad, precompromiso y restricciones*.

¹⁷⁵ WALDRON, J. "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", op. cit., p. 47.

Waldron, é que demonstram situações nas quais o certo e o errado estão muito claros, não havendo margem para dúvidas. Já questões envolvendo direitos, diferentemente, estão submetidas a um profundo desacordo. Como identificar, nesses casos, o que é certo e o que é errado?¹⁷⁶

Para tentar desconstruir o argumento baseado na idéia de pré-compromisso, Waldron fornece outro exemplo, que julga mais realista: uma pessoa que praticava uma determinada religião decide trocar de fé e tranca todos os livros da antiga crença em um quarto, entregando a chave a uma amiga e pedindo que nunca a devolva. Posteriormente, tomada pela dúvida, decide solicitar que a chave seja devolvida. Neste caso, a idéia de pré-compromisso pode ser utilizada como objeção à devolução da chave? Ou estará simplesmente impedindo que a pessoa exerça sua liberdade?¹⁷⁷

Após expor seus argumentos, Waldron conclui pela inconveniência de se entrincheirar direitos fundamentais em uma declaração rígida e colocada sob a proteção do Judiciário. Ele próprio resume as suas idéias na seguinte passagem:

No fim, acredito que a questão se resume nisso. Se um processo é democrático e resulta no resultado correto, não causa injustiça para ninguém. Mas se o processo não é democrático, é inerente e necessário que cause alguma injustiça, na sua operação, às aspirações de participação do cidadão comum. E ele causa *essa* injustiça, tiraniza *dessa* maneira, alcance ele o resultado correto ou não.¹⁷⁸

Se no primeiro artigo analisado o alvo principal de Jeremy Waldron era a constitucionalização de direitos, mais recentemente sua artilharia é dirigida para a garantia judicial de tais direitos. Seu ataque é feito a partir de dois argumentos principais, um primeiro bastante conhecido e um segundo pouco explorado: (i) a prática do *judicial review* é procedimentalmente antidemocrática; e (ii) não há

¹⁷⁶ Ibid., p. 47-48. Sobre pré-compromisso, ver também WALDRON, J. “Precommitment and Disagreement”.

¹⁷⁷ Ibid., p. 48. Concluindo, Waldron afirma, em tradução livre, que “*Respeitar o pré-compromisso de outrem pode ser visto como uma forma de respeitar sua autonomia apenas se uma linha clara puder ser desenhada entre o fenômeno mental aberrante que o pré-compromisso pretende superar, de um lado, e incerteza genuína, mudanças de opinião, conversões, etc., de outro lado*”. No original: “*Upholding another’s pre-commitment may be regarded as a way of respecting her autonomy only if a clear line can be drawn between the aberrant mental phenomena the pre-commitment was supposed to override, on the one hand, and genuine uncertainty, changes of mind, conversions, etc, on the other hand*”.

¹⁷⁸ WALDRON, J. “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, p. 50, grifos no original, tradução livre. No original: “*In the end, I think, the matter comes down to this. If a process is democratic and comes up with the correct result, it does no injustice to anyone. But if the process is non-democratic, it inherently and necessarily does an injustice, in this operation, to the participatory aspirations of the ordinary citizen. And it does this injustice, tyrannizes in this way, whether it comes up with the correct result or not.*”

razão para supor que os direitos serão protegidos de maneira mais efetiva pelas cortes do que pelas legislaturas. Há, assim, uma objeção procedimental e uma material que, juntas, demonstram a inconveniência de se manter um controle jurisdicional de constitucionalidade nos moldes do praticado nos Estados Unidos.¹⁷⁹

A crítica, no entanto, está condicionada à presença de quatro pressupostos, sem os quais o argumento contra o *judicial review* pode ser vencido. O próprio Waldron resume da seguinte maneira as condições necessárias para demonstrar seu ponto:

Estamos imaginando uma sociedade com (1) instituições democráticas que funcionem razoavelmente bem, incluindo uma legislatura representativa eleita com base em sufrágio adulto universal; (2) um conjunto de instituições judiciais, novamente em bom funcionamento, escolhida de forma não representativa para julgar processos individuais e aplicar a *rule of law*; (3) um compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade com a idéia de direitos individuais e das minorias; e (4) um desacordo persistente, substancial e de boa fé sobre direitos (i.e., sobre o que o compromisso com direitos realmente significa e quais suas implicações) entre os membros da sociedade que são comprometidos com a idéia de direitos.¹⁸⁰

A primeira condição exige a presença de um sistema político representativo, com sufrágio universal adulto e com eleições realizadas periodicamente e de maneira regular. Ademais, os representantes devem ser acostumados a lidar com questões difíceis envolvendo justiça e política social e devem existir salvaguardas do processo de deliberação, tais como uma estrutura bicameral, análises por comissões e diversos níveis de debates. Esta condição não possui relação com a qualidade das decisões tomadas por este corpo legislativo, sendo apenas requisitos procedimentais colocados pelo autor como necessários para a procedência do seu raciocínio.¹⁸¹

A segunda condição, que exige a presença de instituições judiciais (juízos, tribunais, cortes, etc.) em bom funcionamento tem por intenção apresentar um

¹⁷⁹ WALDRON, J. "The Core of the Case Against Judicial Review".

¹⁸⁰ WALDRON, J. "The Core of the Case Against Judicial Review", p. 1360, tradução livre. No original: "We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights."

¹⁸¹ Ibid., p. 1361-1362.

quadro no qual o judiciário seja capaz de desempenhar as funções atribuídas a si normalmente pelo *judicial review*. Duas observações são necessárias sobre este ponto. A primeira, de que Waldron imagina o exercício do *judicial review* dentro da tradição estadunidense, no qual ele é provocado sempre a partir de um caso concreto.¹⁸² A segunda refere-se ao fato de que os juízes, em sociedades como a descrita, são tradicionalmente selecionados entre os integrantes da elite social, o que poderá influenciar as suas próprias concepções de direitos.¹⁸³

A terceira condição estabelece a necessidade de que a maior parte da sociedade e dos seus agentes públicos seja comprometida com a idéia de direitos individuais e das minorias, próxima do consenso mundial sobre os direitos humanos que surge a partir do final da Segunda Guerra Mundial. Waldron, inclusive, admite que tais direitos estejam consolidados em uma declaração formal, embora não se comprometa com o seu entrincheiramento em um documento de hierarquia superior.¹⁸⁴ Com isso, o autor deixa claro que seu desacordo não é com a defesa dos direitos fundamentais, mas sim com a rigidez que normalmente os acompanha e com a supremacia da interpretação judicial nesta matéria.¹⁸⁵

Por fim, a quarta exigência é a de que exista, dentro da sociedade, um desacordo racional a respeito dos direitos que merecem ser resguardados. Isto significa que parte da população deve ter concepções de direitos conflitantes com aquelas defendidas por outros grupos, e isso sobre questões centrais, e não simplesmente marginais. E, importante destacar, sem que se negue o compromisso com os direitos; ao revés, apenas há o reconhecimento de que existem distintas concepções a seu respeito no seio da comunidade.¹⁸⁶

Colocadas as premissas, Waldron desenvolve seu argumento. O compromisso com os direitos, ao mesmo tempo em que existe desacordo quanto

¹⁸² Id., *ibid.* Como ele mesmo especifica, “*I will assume that we are dealing with courts that (1) do not act on their own motion or by abstract reference, but rather respond to particular claims brought by particular litigants; (2) deal with issues in the context of binary, adversarial presentation; and (3) refer to and elaborate their own past decisions on matters that seem relevant to the case at hand*”.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 1363-1364.

¹⁸⁴ WALDRON, J. “The Core of the Case Against Judicial Review”, p. 1365.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 1366. Nas palavras do autor, “*I am tired of hearing opponents of judicial review denigrated as being rights-skeptics. The best response is to erect a case against judicial review on the ground of a strong and pervasive commitment to rights*”.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 1367.

ao seu significado, leva à necessidade de determinação do seu conteúdo a fim de fornecer uma base para a ação comum.¹⁸⁷ A forma como o desacordo será resolvido é o que entra em discussão neste momento. O pensamento constitucional tradicional responde à questão dizendo que o Judiciário é que deve ser o encarregado de decidir tais questões, por diversas razões, expostas pelo próprio autor.

A primeira delas é que os legisladores não teriam como perceber questões de direitos ao aprovar leis gerais e abstratas, de maneira que seria positivo ter acesso a uma instância (Judiciário) que o fizesse na prática, tendo em vista casos concretos apresentados por cidadãos. A resposta para este argumento foi retirada do sistema de fiscalização branda de constitucionalidade adotado no Reino Unido (ver item 5.2.1), em que se reconhece ao judiciário poder para chamar a atenção para a questão de direitos, mas não para invalidar a legislação democraticamente aprovada.¹⁸⁸

O que ele não admite é que, estando os legisladores cientes da questão levantada pelo judiciário, caso a interpretação fornecida pelos primeiros seja diferente daquela feita pelo segundo, esta deverá prevalecer.¹⁸⁹ Em outras palavras, embora se reconheça um importante papel para o Judiciário na proteção de direitos, a sua supremacia interpretativa é colocada em xeque.

A decisão fundamental, então, será qual procedimento decisório (*decision-procedure*) deverá ser adotado para resolver as discussões sobre direitos. As razões que irão orientar a sua opção são divididas por Waldron em dois grupos: razões baseadas no resultado (*outcome-related*) e razões baseadas no procedimento (*process-related*).¹⁹⁰ Enquanto estas se destinam a assegurar a participação na tomada de decisões, sem preocupação quanto ao seu conteúdo, aquelas buscam assegurar que a resposta correta será obtida através de determinado procedimento.¹⁹¹

¹⁸⁷ Ibid., p. 1369.

¹⁸⁸ WALDRON, J. "The Core of the Case Against Judicial Review", p. 1370.

¹⁸⁹ Ibid., p. 1371.

¹⁹⁰ Neste trabalho traduziremos as expressões utilizadas por Waldron, respectivamente, por materiais e formais.

¹⁹¹ Ibid., p. 1372-1373. Dada a existência de desacordo, o autor reconhece que não há como assegurar a obtenção da resposta correta, limitando o seu significado àquele procedimento que mais provavelmente levaria à resposta correta.

O raciocínio mais evidente aponta para duas respostas distintas para a questão sobre quem deve resolver em definitivo desavenças sobre direitos. Aqueles que atribuírem mais peso às razões procedimentais optarão pela defesa do legislativo, na qualidade de representante legítimo da sociedade, enquanto os que tiverem uma preocupação maior com a resposta oferecida optarão por um sistema de *judicial review* forte, na medida em que os juízes seriam mais indicados a lidar com questões envolvendo direitos. Waldron, porém, questiona esta conclusão, ao afirmar que, enquanto as razões procedimentais claramente indicam a supremacia do legislador, as razões materiais (diferentemente do que geralmente se afirma) são, na melhor das hipóteses, inconclusivas.¹⁹² Ou seja, os juízes não seriam, de acordo com seu ponto de vista, melhores na tarefa de resolver o desacordo envolvendo direitos do que os representantes do povo.

Na busca pela melhor solução para as questões envolvendo direitos, o judiciário costuma ser apontado como a instância decisória mais adequada por não estar submetido à pressão política de ter que agradar à maioria. Waldron classifica esta afirmação como “*nonsense*” e destaca que todas as democracias limitam o voto de diversas maneiras (por exemplo, excluindo as crianças, assegurando canais para a sociedade expor seus pontos de vista e exigindo aprovação em duas casas legislativas).¹⁹³

Os argumentos principais a favor do judiciário são três: (i) o fato de que as questões de direitos são apresentadas àquele poder tendo por referência casos específicos, (ii) a vinculação da decisão judicial ao texto de uma declaração de direitos; e (iii) a fundamentação das decisões judiciais.¹⁹⁴ Nenhuma das três, no entanto, parece-lhe decisiva.

Com relação à primeira consideração, Waldron responde com a afirmação de que esta proximidade entre o juiz e o caso concreto é um mito, especialmente quando se alcançam as mais altas instâncias de apelação. A essa altura, os casos são decididos, basicamente, em termos gerais. Em contrapartida, o processo

¹⁹² Ibid., p. 1376: “*It is tempting to associate outcome-related reasons with the case for judicial review (and process-related reasons with the case against it). This is a mistake. It is true that many of the more important process-related reasons are participatory and therefore favor elective or representative institutions. But it does not follow that all or most outcome-related reasons argue the other way. Outcome-related reasons, as we shall see, cut in both directions.*”

¹⁹³ WALDRON, J. “The Core of the Case Against Judicial Review”, p. 1378.

¹⁹⁴ Ibid., p. 1379.

legislativo é aberto à consideração de casos individuais através de *lobby*, audiências públicas e debates.¹⁹⁵

Com relação ao entrincheiramento de direitos em uma declaração formal, embora costume ser dito que isso ajuda os litigantes a manter o foco sobre as questões de direitos abstratas em jogo, Waldron pensa o contrário. Afirma que as declarações não foram redigidas com o desacordo em mente, ou ainda, que foram feitas justamente como uma manobra para resolver o desacordo em um determinado sentido.¹⁹⁶

Um último argumento dirigido à colocação de direitos em uma declaração escrita faz referência àqueles direitos que não foram expressamente previstos: essa omissão pode ser interpretada como um juízo desfavorável em relação a tais direitos, de maneira que aqueles previstos serão vistos, naturalmente, como mais importantes do que os que não o foram.¹⁹⁷

Por fim, o último argumento material a favor do Judiciário na proteção de direitos reside no dever de fundamentação atribuído aos juízes, e que não estaria presente na atividade legiferante. Este argumento também não convence Waldron, para quem os legisladores também fundamentam suas escolhas, embora não sejam treinados da mesma maneira que os juízes para isso.¹⁹⁸

A fundamentação judicial fica comprometida pela sua vinculação ao texto da declaração de direitos a que faz referência, que pode não ser completa (como indica o exemplo estadunidense). Além disso, o desacordo acaba esquecido diante de discussões a respeito dos precedentes envolvendo casos semelhantes e de técnicas interpretativas, deixando-se, assim, de enfrentar a questão central dos casos. Enquanto isso, o legislador não precisa se preocupar em legitimar a sua própria decisão fazendo menção a textos legais ou às suas deliberações anteriores, o que lhe permite concentrar-se no mérito da discussão em tela, sem se perder em discussões marginais.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Ibid., pp. 1379-1380. Vale ainda lembrar o ponto já levantado, segundo o qual esta objeção poderia levar a um controle fraco de constitucionalidade, mas não a um *judicial review* moldado no paradigma estadunidense.

¹⁹⁶ Ibid., p. 1381.

¹⁹⁷ WALDRON, J. "The Core of the Case Against Judicial Review", p. 1382.

¹⁹⁸ Robert Alexy é um dos que legitimam a jurisdição constitucional com base neste ponto, aduzindo a uma "legitimação argumentativa", distinta da "legitimação representativa" dos legisladores. Ver, a respeito, ALEXY, R. *Teoria del Discurso y Derechos Constitucionales*.

¹⁹⁹ WALDRON, J. op. cit., p. 1383-1384.

Nas democracias, é preciso enfrentar duas questões difíceis a fim de legitimar a aceitação das decisões políticas: primeiramente, é preciso justificar por qual razão os cidadãos devem aceitar a visão da maioria dentre algumas centenas de representantes em matérias que os afetam; deve, além disso, ser enfrentada a questão de por que não deveria ser atribuído peso maior à opinião da minoria desses representantes. A resposta à primeira questão passa pela realização de eleições limpas, enquanto a segunda é superada pelo princípio majoritário, de ampla aceitação na teoria política.²⁰⁰

Ainda que os sistemas representativos e eleitorais sejam imperfeitos, caso funcionem razoavelmente bem (e esta é uma das condições para o argumento desenvolvido por Waldron), serão mais representativos do que qualquer judiciário, ainda quando seus membros sejam indicados por um dos poderes políticos (como acontece na Suprema Corte, nos EUA, e no STF, aqui no Brasil).²⁰¹

E, ainda vale destacar, as cortes, ao decidirem as questões de direitos, o fazem utilizando o mesmo princípio majoritário, com a diferença de que, em vez de algumas centenas de vozes, serão ouvidos apenas um punhado de cidadãos. Portanto, as razões procedimentais são colocadas a favor do legislativo, mesmo sem estabelecer um modelo perfeito, uma vez que, embora falível, comparativamente este modelo será sempre superior àquele que atribui ao judiciário a primazia de tomar tais decisões.²⁰²

O último argumento a favor do *judicial review* que Waldron enfrenta consiste na tradicional afirmação de que os juízes servem como protetores das minorias, que, sem a sua tutela, estariam submetidas à tirania das majorias. A confusão começa, segundo ele, com o fato de que sempre que um direito for negado a alguém que entenda possuí-lo, este poderá dizer que está sendo vítima da tirania da maioria. No entanto, se existe desacordo quanto à existência de um determinado direito, há duas respostas possíveis (ou o direito existe ou não), sendo que nenhuma delas pode ser considerada tirana.²⁰³

²⁰⁰ Ibid., p. 1387-1388.

²⁰¹ WALDRON, J. "The Core of the Case Against Judicial Review", p. 1390-1391.

²⁰² Ibid., p. 1391.

²⁰³ Ibid., p. 1395-1396.

Se se considerar tirania qualquer decisão equivocada a respeito de direitos, que acabe por prejudicar uma minoria, então será inevitável que ela ocorra. No entanto, a probabilidade de que seja evitada sob um sistema de controle jurisdicional, como já afirmado, não diminui.²⁰⁴

Outro ponto que merece destaque é a divisão feita entre duas espécies de minorias: as minorias tópicas (*topic minority*), que serão diretamente afetadas por aquele ponto, e as minorias decisoriais (*decisional minority*), compostas por aqueles que foram vencidos na deliberação acerca daquela questão. Uma vez que, de acordo com as condições preestabelecidas, nos encontramos em uma sociedade em que a preocupação com direitos individuais e das minorias é compartilhada pela maioria da população, não seria correto pensar que os indivíduos sempre raciocinarão de maneira individualista. Por esta razão, muitas vezes aqueles que serão afetados pela decisão (minorias tópicas) não serão exatamente os mesmos que votarão a favor daquele direito que lhes foi negado (minorias decisoriais).²⁰⁵

Levando-se em conta a possibilidade de a maioria estar com a razão, ou seja, sendo certo que as minorias não necessariamente têm os direitos que alegam possuir, a “tirania da maioria”, deve ser descrita apenas como a situação na qual as maiorias tópicas estão alinhadas com as maiorias decisoriais. E esta situação é exatamente a que não se espera quando as quatro condições colocadas no início do trabalho estão presentes em uma determinada sociedade, já que todos (inclusive os membros da maioria) se preocupam em preservar os direitos individuais, inclusive aqueles de grupos minoritários.²⁰⁶ As situações em que maiorias tópicas e decisoriais estão alinhadas nas sociedades que preenchem as quatro condições descritas serão extremamente raras.²⁰⁷

Uma vez que Waldron coloca quatro condições para o sucesso de seu ataque ao *judicial review* – e que se tratam de condições bastante exigentes, por sinal – faz-se necessário perguntar qual seria a resposta adequada à questão da proteção aos direitos em sociedades que não preenchessem todas as exigências formuladas.

²⁰⁴ Ibid., p. 1396.

²⁰⁵ WALDRON, J. “The Core of the Case Against Judicial Review”, p. 1397.

²⁰⁶ Ibid., p. 1398.

²⁰⁷ Ibid., p. 1401. Waldron utiliza os exemplos do aborto e das ações afirmativas, uma vez que em ambos os casos há integrantes contrários e favoráveis a tais direitos no interior dos grupos compostos pelas minorias tópicas (mulheres/afrodescendentes).

Neste caso, muito embora o argumento apresentado por Waldron não possa mais ser utilizado contra o *judicial review*, há outros pontos que devem ser levados em consideração e que podem tornar a prática, ainda assim, desnecessária ou mesmo indesejável. Pode ser, por exemplo, que o judiciário seja tão corrompido quanto o legislativo, ou não seja capaz de oferecer meios de melhorar a situação daquela sociedade.²⁰⁸

Uma hipótese em que o *judicial review* seria conveniente aparece quando as instituições representativas não estejam funcionando adequadamente. Mas, mesmo neste caso, uma possibilidade que merece ser levada a sério é a que indica que, neste caso, atribuir o poder aos juízes – que supririam, assim, as falhas dos legisladores – pode fazer com que estes últimos não se preocupem em melhorar a sua atuação, justamente por saberem que haverá alguém para reformar suas decisões.²⁰⁹

Outra questão enfrentada por Waldron em seu artigo refere-se à proteção de “minorias discretas e insulares” (*discrete and insular minorities*), aduzida pelo Justice Stone em importante julgamento²¹⁰ que inspirou toda a teoria desenvolvida por John Hart Ely no início dos anos 1980.²¹¹ Neste caso, em que determinados grupos são excluídos do processo de deliberação política, seria necessária a intervenção do Judiciário para proteger seus respectivos direitos e facilitar a representação de seus interesses.

Mais uma vez, a defesa do *judicial review* é refutada, seja por estar-se diante de um caso que não se enquadra nas condições propostas (os direitos das minorias não estariam sendo levados a sério pelo restante da comunidade), seja porque é possível que a existência de tais direitos esteja submetida a desacordo, como muitas vezes ocorre. E, ainda assim, há pouco que se possa falar a favor do *judicial review*, uma vez que nada assegura que os juízes serão realmente mais sensíveis aos argumentos levantados pela minoria.²¹²

Um último argumento apresentado por Waldron, este desenvolvido em um artigo mais recente, consiste no fato de que a interpretação dos direitos fundamentais está imersa em considerações de ordem moral e, no

²⁰⁸ Ibid., p. 1402.

²⁰⁹ WALDRON, J. “The Core of the Case Against Judicial Review”, p. 1403.

²¹⁰ United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. (1938).

²¹¹ ELY, J. H. *Democracy and Distrust*.

²¹² WALDRON, J. op. cit., p. 1404-1405.

desenvolvimento do raciocínio moral, os legisladores se encontrariam em uma posição privilegiada em relação aos juízes.²¹³ Esta vantagem se dá, em primeiro lugar, porque o raciocínio judicial jamais poderá ser elaborado da mesma maneira que um raciocínio moral puro, pois as normas jurídicas e os precedentes judiciais atuarão como fatores condicionantes da decisão. Além disso, os legisladores estariam em uma posição privilegiada pelo fato de pensarem nos direitos tendo por referência o bem estar de toda a sociedade, e não de indivíduos particulares.²¹⁴

Jeremy Waldron apresentou seu caso contra a prática do *judicial review* de maneira clara e convincente, a partir de uma objeção democrática bastante conhecida, mas poucas vezes tão bem explorada. Reconhece que a instituição pode ser útil em determinados casos, mas que em outras situações seu argumento não tem valor. A mesma honestidade que ele apresenta em seu texto é cobrada dos defensores do controle de constitucionalidade feito pelo Judiciário, em parágrafo abaixo transcrito:

Talvez haja circunstâncias – patologias peculiares, instituições legislativas defeituosas, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico – nas quais esses custos de ofuscação e usurpação sejam compensados. Mas os defensores do *judicial review* devem começar a argumentar a favor da prática francamente nessas bases – e dê-lo com um grau de humildade e vergonha a respeito das circunstâncias envolvidas – em vez de pregar amplamente como se ele fosse a epítome do respeito aos direitos e como um elemento normal e geralmente desejável em uma democracia constitucional moderna.²¹⁵

O debate, evidentemente, não se encerra por aqui, havendo defensores e críticos da provocativa exposição do neozelandês.²¹⁶ Mas um elemento não pode

²¹³ Waldron chega a afirmar explicitamente que qualquer teoria jurídica que não aceite a imbricação das questões morais com a definição do conteúdo dos direitos fundamentais deve ser classificada como “subdesenvolvida”. Ver WALDRON, J. “Refining the question about judges’ moral capacity”.

²¹⁴ Este argumento é especialmente válido para um sistema jurídico como o praticado nos Estados Unidos, mas é enfraquecido diante de sistemas de controle abstrato de constitucionalidade, como o que temos – cada vez mais fortalecido – no Brasil.

²¹⁵ WALDRON, J. “The Core of the Case Against Judicial Review”, p. 1406, tradução livre. No original: Maybe there are circumstances —peculiar pathologies, dysfunctional legislative institutions, corrupt political cultures, legacies of racism and other forms of endemic prejudice—in which these costs of obfuscation and disenfranchisement are worth bearing for the time being. But defenders of judicial review ought to start making their claims for the practice frankly on that basis—and make it with a degree of humility and shame in regard to the circumstances that elicit it—rather than preaching it abroad as the epitome of respect for rights and as a normal and normatively desirable element of modern constitutional democracy.

²¹⁶ Consulte-se, a título exemplificativo, defesas do *judicial review* em: FALLON Jr, R. H. “The Core of an Uneasy Case for Judicial Review”; ALEXANDER, L. “What is the Problem of Judicial Review”; WALUCHOW, W. J. *A Common Law Theory of Judicial Review*. Apoiando as críticas ao *judicial review*, veja-se HUTCHINSON, A. C. “A Hard Core Case Against

ser ignorado nesse contexto: até pouco tempo, quando se falava em proteção a direitos as alternativas existentes eram (i) o constitucionalismo jurídico, analisado neste capítulo, que se baseia na supremacia judicial na interpretação da constituição, ou (ii) o modelo inglês de supremacia parlamentar, defendido por Waldron, que será analisado no próximo capítulo. A partir das últimas décadas do século XX, no entanto, uma terceira alternativa se apresenta: o sistema fraco de controle de constitucionalidade, criação canadense que vem sendo exportada para outros lugares, que será objeto do capítulo 5.