

Capítulo 4. Críticas Contemporâneas ao Judicial Review

À primeira vista, o controle de constitucionalidade exercido de maneira concreta, como nos Estados Unidos, carrega consigo um conteúdo político menor do que aquele realizado abstratamente, nos moldes europeus. Isto porque, no primeiro caso, os membros da Suprema Corte atuam como juízes, decidindo de acordo com as circunstâncias do caso concreto colocado diante de si, enquanto no segundo, para usar a expressão de Kelsen¹⁴², sua atuação é comparada a de um “legislador negativo”, que examina a constitucionalidade de uma determinada norma abstratamente, cotejando-a apenas em tese com o texto constitucional. Mas, na prática, não é o que acontece. Como aponta Michel Rosenfeld, paradoxalmente, a jurisdição constitucional estadunidense possui uma atuação mais política – e, portanto, mais sujeita a críticas – do que a jurisdição européia¹⁴³.

Percebe-se na literatura acerca do *judicial review* que são duas as principais objeções feitas à prática: a dificuldade contramajoritária enfrentada pelos juízes (não eleitos) da Suprema Corte e, mais recentemente, a supremacia judicial, que coloca seus pronunciamentos acima das opiniões emitidas por outros órgãos do governo. Vejamos ambas.

4.4.1 A dificuldade contramajoritária

¹⁴² KELSEN, Hans, *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153.

¹⁴³ ROSENFELD, Michel. “Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, nº 4, 2004, pp. 633-668.

Criticar a atuação da Suprema Corte ou mesmo a própria existência do *judicial review* não é exclusividade dos estudiosos atuais. Desde o seu surgimento o instituto desperta polêmica, em especial pelo seu caráter “contramajoritário”¹⁴⁴, consistente na origem não democrática dos juízes, que, não obstante, possuem poder para invalidar normas aprovadas pelos representantes do povo, estes sim democraticamente eleitos.

Mas não é em qualquer espécie de casos que se revela presente a objeção contramajoritária. Isto porque, pode-se dizer que 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 constitucionais¹⁴⁵.

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 a Suprema Corte invalida uma determinada norma estadual por violação ao artigo 8º da Constituição norte-americana (que dispõe sobre as competências do Congresso Federal), não existe qualquer dificuldade em estabelecer o seguinte raciocínio: a Constituição estabelece as competências do Congresso; um determinado Estado da Federação usurpou uma dessas competências ao editar uma determinada norma; logo, fácil concluir que a norma estadual é inconstitucional e deve ser anulada.

No entanto, a dificuldade contramajoritária surge no momento da aplicação de uma norma constitucional da segunda espécie, cujo conteúdo não possa ser definido objetivamente, sem a influência das concepções materiais (subjetivas) do julgador¹⁴⁶. É aí que se questiona a legitimidade dos juízes para fazer tais

¹⁴⁴ A autoria do termo é creditada a Alexander M. Bickel (v. BICKEL, Alexander, op. cit.).

¹⁴⁵ Cf. ROSENFELD, Michel. “Constitutional Adjudication in Europe and the United States”, op. cit, p. 637.

¹⁴⁶ 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. Cf. ATRIA, Fernando. “El Derecho y la Contingencia de lo Político”, in *Doxa* nº 26, 2003. Destaca-se o seguinte trecho: “Se os direitos constitucionais expressam *conceitos*, então, eles são efetivamente ‘normas comuns’, mas são normas cuja aplicação não decide o conflito. Para decidir o conflito, os conceitos que aparecem no art. 19 da constituição devem ser complementados por uma concepção destes direitos. Mas esta concepção não está na constituição, porque a constituição é (ou deve ser) neutra entre as diversas concepções

escolhas, em face de sua origem não-democrática. Ao determinar o conteúdo destas normas, obrigatoriamente se estará fazendo uma opção política (no sentido de que a mesma não é determinada pelo direito) por uma das possíveis interpretações que o texto permite¹⁴⁷. A origem não-democrática dos juizes faz com que sua legitimidade para resolver questões deste segundo tipo seja questionada.

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 composição majoritária da Suprema Corte em determinado período. Por exemplo, entre 1890 e 1937, quando a Suprema Corte era majoritariamente conservadora, e os poderes políticos eram 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. Entre os anos de 1937 e 1968, entretanto, os papéis se invertem, 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

(*precisamente* porque é, ou deve ser, ‘nossa’, comum). Portanto, se utilizamos a aplicação judicial da constituição para dirimir o conflito político, então estamos exigindo do juiz que complemente o conteúdo do art. 19 com *sua própria concepção* de direitos fundamentais. Mas então o juiz deixa de ser um terceiro imparcial, cuja neutralidade a respeito do conflito das partes era, lembre-se, a melhor garantia de que seu juízo seria correto.” (p. 332, tradução livre, grifos no original. As referências ao art. 19 dizem respeito à Constituição chilena.). No original: “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.”

¹⁴⁷ Cf. ROSENFELD, Michel. “Constitutional Adjudication in Europe and the United States”, op. cit., 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”. Em tradução livre: “A jurisdição, tanto da *common law*, como a da *civil law*, assim, envolve um componente legal, bem como um componente político – ‘legal’ significando a aplicação de um regra ou *standard* preexistentes e ‘político’ significando escolher um entre vários princípios ou políticas plausíveis com a finalidade de resolver uma matéria constitucional”. Outro autor que reconhece abertamente

exaltando a atuação judicial e os conservadores a criticando¹⁴⁸. Agora as coisas parecem mudar novamente, completando-se o ciclo: a Suprema Corte tem um perfil conservador, e os autores progressistas voltam seus esforços para a crítica à sua atuação¹⁴⁹.

A dificuldade contramajoritária, no entanto, não conseguiu dar origem a uma posição consistente contra a prática do *judicial review*. Prevaleceu a concepção de que a proteção aos direitos individuais, inclusive daqueles assegurados a grupos minoritários, justifica a presença de um órgão não político, inclusive contra manifestações da maioria¹⁵⁰. Mas isto não quer dizer que as críticas deixaram de existir. Apenas mudaram o seu foco.

4.4.2 A supremacia judicial

Um aspecto que até pouco tempo não era lembrado pelos estudiosos do *judicial review* estadunidense¹⁵¹, em estudos recentes passou a receber muito mais

o caráter político da Suprema Corte é Richard Posner, juiz da Corte de Apelação do 7º Circuito e professor da Universidade de Chicago. Cf. POSNER, Richard. Op. cit.

¹⁴⁸ 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, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*, cit.

¹⁴⁹ Cf., a respeito, FRIEDMAN, Barry. “The Cycles of Constitutional Theory”, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, 2004, especialmente pp. 157/164. O autor manifesta preocupação com o caráter científico de teorias desenvolvidas para aplicação somente em determinado quadro político, por exemplo, quando há predominio 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.

¹⁵⁰ Sobre a legitimidade do *judicial review*, consultar, em português, BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., pp. 51-62.

¹⁵¹ V. FRIEDMAN, Barry. “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”. *New York University Law Review*, vol. 73, nº 2, maio de 1998, 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 countermajoritarian 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 countermajoritarian difficulty without tracing the growth of judicial supremacy*” (p. 24). 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

atenção por parte da doutrina: a idéia de supremacia judicial. 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”¹⁵². A escolha dos autores aqui expostos deve-se precisamente ao fato de abordarem esta temática (da supremacia judicial) em trabalhos recentes e que provocam intensa discussão. Não se pretende esgotar a análise das críticas existentes, sabendo-se que importantes nomes ficaram de fora da pesquisa realizada¹⁵³.

Um dos autores que criticam a supremacia judicial é 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

compreender a atual obsessão com a dificuldade contramajoritária sem investigar o desenvolvimento da supremacia judicial”.

¹⁵² Cf. GRIFFIN, Stephen M. “Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights”, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 4, nº 2, jan. de 2002, pp. 281-313. Disponível para download em <http://www.law.upenn.edu/conlaw/thetablecon.html>, acesso em 05/06/04. “*It has been apparent for some time that the traditional argument over whether judicial review is countermajoritarian 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?*” (p. 281). Em tradução livre: “Ficou evidente há algum tempo que o argumento sobre o fato de o *judicial review* ser 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?”

¹⁵³ A ausência mais relevante, possivelmente, é a de Cass Sunstein, respeitado autor e professor da Universidade de Chicago. Em trabalho de 1997, o professor Sunstein defende a tese do “minimalismo judicial”, segundo a qual os membros da Suprema Corte, ao decidirem os casos que lhes são apresentados, devem abster-se de resolver as questões mais amplas envolvidas no caso, limitando-se a dizer o estritamente necessário para a decisão tomada. Mais do que propor esta abordagem, Sunstein argumenta que os *Justices* efetivamente agem desta forma no dia-a-dia da Suprema Corte. V., a respeito, SUNSTEIN, Cass H. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. Optamos por deixar este autor à margem de nossa análise, em primeiro lugar, porque o ataque à supremacia judicial não é sua preocupação central, na medida em que sua descrição da Suprema Corte faz um juízo positivo das “virtudes passivas” que ela exerce ao permitir maior deliberação sobre determinadas matérias, fomentando, assim, a democracia. De fato, uma das virtudes alegadas para sua teoria minimalista é que ela permite aos juízes não adotar uma teoria constitucional ampla, não se preocupando com a legitimidade do papel exercido pela Suprema Corte (idem, pp. 08-10). Mas a principal razão para não o inserir neste panorama é que sua descrição do trabalho da Suprema Corte não parece realista, já que este tribunal, em geral, busca decidir questões amplas – justamente aquelas que, segundo Sunstein, deveriam ser evitadas. Para uma análise crítica da teoria de Sunstein, v. NAGEL, Neil S. “A Theory in Search of a Court, and Itself: Judicial Minimalism at the Supreme Court Bar”, in *Michigan Law Review*, vol. 103, nº 8, ago. de 2005. Nagel, após analisar decisões tomadas durante o ano de 2003, conclui que “a sugestão de que o minimalismo judicial triunfou na Suprema Corte durante o ano de 2003 é, com poucas exceções, descritivamente falsa” (idem, p. 2001, tradução livre). No original: “*the suggestion that judicial minimalism triumphed at the Supreme Court during the October 2003 Term is, with few exceptions, descriptively false*”.

sua inserção no panorama estadunidense atual¹⁵⁴. 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*¹⁵⁵. Sua afirmação pela Suprema Corte deu-se em 1958, no caso *Cooper v. Aaron*¹⁵⁶, no qual se estabeleceu que “o judiciário federal é supremo na exposição do direito constitucional”¹⁵⁷.

O ponto central desenvolvido pelo autor no ataque à supremacia judicial é o de que o movimento pelos direitos civis criou 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 direitos¹⁵⁸. 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 constitucionais importantes”¹⁵⁹. O reflexo deste fator na atuação do Judiciário é claro, sendo exposto pelo autor da seguinte maneira:

A 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 apóiam o *judicial review*, sempre foi importante destacar o papel histórico que a Suprema Corte desempenhou na proteção dos direitos dos americanos contra os excessos da democracia majoritária. É claro, estudantes atentos da aplicação judicial da Declaração de Direitos sabem que as decisões da Corte protegendo esses direitos são amplamente um fenômeno do século vinte. Ainda assim, não há dúvidas que decisões da Corte protegendo valiosos direitos constitucionais precedem o movimento pelos direitos civis. Mas esta realidade não mostra que a Corte nos estava protegendo contra a democracia. Ela mostra, sim, que a Corte

¹⁵⁴ Os textos, todos de autoria de GRIFFIN, Stephen M., são: “Review essay: has the hour of democracy come round at last? The new critique of judicial review”, in *Constitutional Commentary*, vol. 17, nº 3, inverno de 2000, pp. 683-701 (book review); “Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights”, op. cit., e “The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights”, op. cit.

¹⁵⁵ Cf. GRIFFIN, Stephen M. “The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights.”, op. cit.

¹⁵⁶ 358 US I (1958).

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

¹⁵⁸ Idem, ibidem, p. 284 e segs.

¹⁵⁹ Idem, ibidem, 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.”

estava apta a proteger alguns direitos em uma era na qual os Estados Unidos ainda não tinham conquistado o status de uma democracia de direitos.¹⁶⁰

À medida que os poderes políticos, democraticamente eleitos, também passam a atuar na proteção dos direitos, o Poder Judiciário perde o seu principal diferencial em relação aos outros dois, que era justamente a melhor sensibilidade às demandas das minorias oprimidas pelo processo deliberativo democrático¹⁶¹. 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, começam a trabalhar para que os seus ocupantes ajam da mesma maneira que eles o fariam.

Tem início, assim, o processo de politização das indicações para juízes federais (especialmente para a Suprema Corte), que atinge 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, passa a refletir as concepções dominantes na arena política, deixando de ser um poder independente contraposto aos demais¹⁶².

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

¹⁶⁰ Idem ibidem, 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.*”

¹⁶¹ 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, Stephen M., “Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights”, op. cit., pp. 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).

¹⁶² Cf. GRIFFIN, Stephen M., “The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights”, op. cit., pp. 32/43.

“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. Nas palavras do autor

o *judicial review* deve estar disponível para os casos que são realmente matérias de julgamento, na medida em que atinjam apenas os litigantes. Além disso, é consistente com a idéia de democracia de direitos que o *judicial review* esteja disponível para aqueles casos, hoje em dia um tanto raros, nos quais possa ser demonstrado que as avenidas da mudança política estão fechadas¹⁶³.

Mais radical neste ponto é Mark Tushnet. Em sua principal obra de crítica ao *judicial review*¹⁶⁴, o professor da Universidade de Georgetown, filiado ao *Critical Legal Studies*, apresenta uma forte crítica ao sistema praticado. Seu principal questionamento também se refere à idéia de supremacia judicial. Defendendo uma posição populista¹⁶⁵, o que ele tenta fazer é imaginar um mundo no qual a tarefa de emitir opiniões constitucionais seja mais amplamente distribuída do que atualmente. O monopólio da Suprema Corte acerca do que seja o direito constitucional faz com que as opiniões emitidas fora dela não tenham qualquer validade, a não ser que a própria Corte as adote.

Para isso Tushnet introduz uma distinção entre o que ele chama de “constituição grossa” (*thick constitution*) e “constituição delgada” (*thin constitution*). Aquela seria composta por provisões detalhadas acerca da organização do governo que, apesar de importantes, são indiferentes ao público,

¹⁶³ GRIFFIN, Stephen M. “The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights”, op. cit., 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.”

¹⁶⁴ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Op. cit.

¹⁶⁵ O termo empregado é *populist constitutional law* e a definição fornecida pelo próprio autor é a seguinte: “Ela [a teoria] é *populista* porque distribui a responsabilidade pelo direito constitucional amplamente. Em uma teoria populista de direito constitucional, a interpretação constitucional feita pelas cortes não tem peso normativo algum decorrente do fato de ser feita por cortes.”, tradução livre. No original: “*It is populist because it distributes responsibility for constitutional law*

ou seja, não costumam gerar controvérsias populares¹⁶⁶. Esta, por sua vez, é composta pelas garantias fundamentais de igualdade, liberdade de expressão e liberdade. Este conteúdo está previsto especialmente na Declaração de Independência e no Preâmbulo da Constituição.

A questão enfrentada por Tushnet é a de como esta Constituição é interpretada fora dos tribunais federais, em especial em comparação com a habilidade do Congresso Nacional em realizar tal interpretação. E sua conclusão é que, embora os parlamentares não raciocinem da mesma maneira que os juízes, eles também atuam na direção de promover o significado dos valores constitucionais, ainda que sem o estilo formal característico do mundo jurídico¹⁶⁷.

Tushnet critica, ainda, o medo que os liberais têm de deixar o povo decidir questões controversas, preferindo tentar fazer a Suprema Corte decidi-las a buscar o apoio popular por meio da aprovação de leis ou de emendas constitucionais¹⁶⁸. O desenvolvimento de tal teoria passa ainda pela análise política da forma como os liberais têm defendido o papel da Suprema Corte na defesa dos direitos fundamentais. Esta defesa feita pelos liberais os fez perder seu caminho, na medida em que a Corte deixou de proteger tais direitos (por exemplo, a liberdade de religião e as políticas de ação afirmativa em favor dos afro-americanos) para fazer prevalecer os interesses dos grupos majoritários. E, mesmo quando as posições liberais prevalecem na Suprema Corte, tais como o aborto e o direito de liberdade de expressão no universo cibernético, essas decisões têm um efeito negativo, consistente na reação dos conservadores que as contra-atacam apoiando legislações que restrinjam tais direitos, ou seja, que sejam capazes de superá-las ou de reduzir o seu impacto. Além disso, e mais importante, eles tentam influenciar o processo de indicação de juízes, garantindo, no futuro, apoio judicial às suas posições¹⁶⁹.

Trabalhos posteriores do mesmo autor deixam claro que o tema não se esgotou com *Taking the Constitution Away from the Courts*. Sua atenção volta-se para modelos fracos de controle de constitucionalidade (*weak-form judicial*

broadly. In a Populist theory of constitutional law, constitutional interpretation done by the courts has no special normative weight deriving from the fact that it is done by the courts”.

¹⁶⁶ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Op. cit., pp. 09-11.

¹⁶⁷ Cf. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Op. cit., cap. 3.

¹⁶⁸ Cf. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*, Op. cit., pp. 177-181.

review)¹⁷⁰, como o canadense, o neozelandês e o britânico, nos quais o pronunciamento dos tribunais não é necessariamente vinculante para o Poder Legislativo¹⁷¹.

No Canadá, isto se dá por meio da chamada “cláusula não-obstante” (*notwithstanding*), prevista na seção 33 da Constituição canadense, que permite ao Legislativo, por meio de uma maioria qualificada, aprovar uma lei, não-obstante a sua colisão com a Declaração de Direitos constante do mesmo texto¹⁷².

Já no Reino Unido, existe uma obrigação para as Cortes de analisarem a compatibilidade das leis com as normas contidas na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Porém, os tribunais não possuem o poder de declarar tais normas inválidas. Sua declaração de incompatibilidade tem por efeito apenas permitir ao ministro responsável pela aprovação da lei acionar um procedimento mais célere a fim de sanar a incompatibilidade por meio da aprovação de uma nova lei¹⁷³.

¹⁶⁹ Cf. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Op. cit., caps. 7 e 8.

¹⁷⁰ Cf. TUSHNET, Mark. “Nonjudicial Review”, in *Georgetown University Law Center 2002 Working Paper Series in Public Law and Legal Theory – Working Paper n° 298007*, disponível para download em <http://papers.ssrn.com/abstract=298007>, acesso em 19/11/2005, TUSHNET, Mark. “Alternative Forms of Judicial Review”, in *Michigan Law Review*, vol. 101, ago. de 2003, pp. 2781/2802, TUSHNET, Mark. “Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism”, in *Law and Philosophy*, vol. 22, 2003 e TUSHNET, Mark. “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights - and Democracy - Based Worries”, in *Wake Forest Law Review*, vol. 38, 2003.

¹⁷¹ Segundo Tushnet, “duas coisas distinguem a forma forte de judicial review de sua forma fraca. Primeiro, a legislatura tem o poder de repudiar a especificação da corte. Segundo, o processo interativo de especificação e revisão pode ocorrer em um período relativamente curto”, cf. TUSHNET, Mark. *Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism*, Op. cit., p. 369, tradução livre. No original, “*Two things distinguish weak- from strong-form judicial review. First, the legislature has the power to repudiate the court’s specification. Second, the interactive process of specification and revision can occur over a relatively short period.*”

¹⁷² Sobre o controle de constitucionalidade canadense e a cláusula não-obstante, consultar FIELD, Martha. “The differing federalisms of Canada and the United States”, in JACKSON, Vicki e TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. Nova York: Foundation Press, 1999, FLEMMING, Roy B., KRUTZ, Glen S, SCHWANK, Jennifer Renee. *Agenda Setting on the Supreme Court of Canada*, trabalho apresentado na quarta Conferência Anual sobre Estudos Científicos de Política Judicial, entre 21 e 23 de outubro de 1999, College Station, Texas. Disponível em <<http://www.law.nyu.edu/lawcourts/pubs/workingpaperarchive/flemming.pdf>>, acesso em 25 de junho de 2005, GARDBAUM, Stephen. “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, n° 4, 2001, pp. 719-727.

¹⁷³ Sobre o controle exercido no Reino Unido após o *British Human Rights Act*, de 1998, cf. TUSHNET, Mark. “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights - and Democracy - based Worries”>, op. cit., p. 819, MCGOLDRICK, Dominic. “The United Kingdom’s Human Rights Act 1988 in Theory and Practice”, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, out. de 2001 e GARDBAUM, Stephen. “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, n° 4, 2001, pp. 732-739.

Na Nova Zelândia, por sua vez, a tarefa das cortes é meramente interpretativa, devendo proceder à leitura das leis de acordo com a Declaração de Direitos de 1990, mas sem poder negar validade àquelas normas que colidirem com esta Declaração¹⁷⁴.

Contudo, tais modelos, para Tushnet, não parecem capazes de resolver a tensão entre democracia e direitos. Apesar de reconhecer a necessidade de observar o desenvolvimento de uma experiência recente, que surgiu apenas na década de 1980, sua impressão é a de que a estabilidade a longo prazo das formas fracas de controle é improvável, podendo degenerar tanto em uma supremacia parlamentar como em um modelo forte de controle^{175,176}.

Mais recentemente, com efeito, o professor de Georgetown radicalizou seu argumento, defendendo a edição de uma emenda constitucional abolindo o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário estadunidense¹⁷⁷. Desta maneira, os democratas deveriam se preocupar em ganhar apoio popular e, conseqüentemente, legislativo para suas propostas, e não confiar na Suprema Corte para fazê-las prevalecer. Acabar-se-ia, assim, com posições oportunistas,

¹⁷⁴ Cf. GARDBAUM, Stephen. “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, n° 4, 2001, pp. 727-732 e TUSHNET, Mark. “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights - and Democracy - based Worries”, op. cit., p. 819.

¹⁷⁵ TUSHNET, Mark. “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights - and Democracy - based Worries”, op. cit., p. 814. Destaca-se: “(...) a forma fraca de controle de constitucionalidade pode degenerar em um retorno à supremacia parlamentar ou evoluir para uma forma forte de controle, e existem evidências de que um ou outro acontecerá, às vezes ambos. A promessa de que o controle fraco possa na prática reduzir substancialmente preocupações baseadas na democracia sobre o *judicial review*, portanto, poderá não ser cumprida”, tradução livre. No original: “(...) *weak-form judicial review may degenerate into a return to parliamentary supremacy or escalate into strong-form judicial review, and that there is some evidence that it will do one or the other, and sometimes both. The promise that weak-form review may in practice substantially reduce democracy-based concerns about judicial review, that is, may not be fulfilled.*”

¹⁷⁶ Para uma defesa dos modelos canadense e britânico, v. PERRY, Michael J. “Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?”, Wake Forest University School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper n° 03-02, fev. 2003, disponível para download em <http://ssrn.cmo/abstract_id=380283>, acesso em 15/05/2005 e, ainda, ROACH, Ken. “Dialogue or Defiance: Legislative Reversals of Supreme Court Decisions in Canada and the United States”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n° 2, abril de 2006. Neste artigo o autor afirma que o uso da cláusula não-obstante aliado a outros mecanismos, como a possibilidade de submissão de consultas abstratas à Suprema Corte, dão ao Canadá mais espaço para diálogo entre as cortes e os legisladores do que existe nos Estados Unidos, configurando-se uma alternativa a modelos extremos de supremacia legislativa ou judicial.

¹⁷⁷ TUSHNET, Mark. “Democracy v. Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution?”, in *Dissent Magazine*, vol. 51, n° 2, primavera de 2005, disponível para *download* em <<http://dissentmagazine.org/mentest/archives/2005/sp05/tushnet.htm>>, acesso em 20/09/05.

que defendem o ativismo judicial sempre que este seja favorável às suas posições ideológicas, repudiando-o nos demais casos¹⁷⁸.

Longe de ser apenas um delírio isolado de um autor radical, a proposta de Tushnet é levada a sério, merecendo comentários de dois dos mais importantes constitucionalistas dos Estados Unidos, Lawrence Tribe e Jeremy Waldron¹⁷⁹. A resposta do primeiro aduz ao fato de que bons argumentos na política não são garantia de vitória, sendo intransponível a necessidade de proteção das minorias, que poderiam ser oprimidas pelos detentores do poder. Faz uso, ainda, do dado estatístico de que em quase todo o mundo as nações, progressivamente, optaram por copiar a experiência estadunidense, conferindo a juízes o papel de proteger o funcionamento da democracia constitucional¹⁸⁰. Acrescenta, por fim, a necessidade de dirimir conflitos entre os diferentes ramos do poder e o argumento de que retirar o papel atribuído à Suprema Corte não irá fomentar a deliberação pública acerca de matérias constitucionais, pelo contrário¹⁸¹.

Era de se imaginar que os comentários oferecidos por Jeremy Waldron, autor neozelandês que leciona na Universidade de Columbia, e cujos trabalhos acerca do *judicial review* possuem um tom acentuadamente crítico, baseando suas objeções no já conhecido argumento democrático¹⁸², fossem mais acolhedores à tese defendida por Tushnet. Mas Waldron, embora reconheça que sua primeira reação àquela proposta foi de aplaudi-la, afirma, em seguida, que sua segunda reação foi defensiva, já imaginando a resposta que os defensores da prática executada pela Suprema Corte iriam oferecer¹⁸³.

O principal argumento em defesa do *judicial review* imaginado por ele consiste no dever de fundamentação que as Cortes possuem ao defender seus pontos de vista, o que não é imposto aos parlamentares. Desta maneira, o discurso jurídico seria o mais adequado ao enquadramento de questões sobre direitos.

¹⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 5.

¹⁷⁹ Cf. TRIBE, Lawrence H., WALDRON, Jeremy e TUSHNET, Mark. “On Judicial Review”, in *Dissent Magazine*, vol. 51, nº 3, verão de 2005, pp. 81/86.

¹⁸⁰ *Ibid.* p. 81.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 83.

¹⁸² Cf. WALDRON, Jeremy. “A Right-Based Critique of Judicial Review”, in *Oxford Journals of Legal Studies*, vol. 13, nº 1, 1993.

¹⁸³ Cf. TRIBE, Lawrence H., WALDRON, Jeremy e TUSHNET, Mark. “On Judicial Review”, in *Dissent Magazine*, vol. 51, nº 3, verão de 2005, p. 83

Mas o professor de Columbia não vê a realidade desta maneira, ressaltando que o Poder Legislativo possui, sim, o dever de fundamentar suas propostas, e elas serão posteriormente discutidas por ocasião das eleições. O exemplo do Reino Unido é usado por Waldron, que aponta conquistas como a legalização do aborto, da prostituição e da homossexualidade, bem como a abolição da pena de morte naquele país, obtidas sempre através da legislação, sem a interferência do Judiciário. Em tais casos, ainda é de se destacar que os derrotados em tais debates sempre tiveram amplo espaço público para defender seus pontos de vista, o que dificilmente ocorre quando se está diante de um procedimento jurisdicional¹⁸⁴.

Ainda que não concorde com tal defesa do *judicial review*, Waldron, em sua terceira reação, busca debater os detalhes da proposta radical de Tushnet. E mais uma vez é utilizado o exemplo britânico, desta vez como uma espécie do controle “fraco” de constitucionalidade (“*weak judicial review*”). Waldron afirma que este modelo possui a vantagem de deixar a decisão definitiva aos representantes do povo, permitindo ao Judiciário que chame a atenção da comunidade aos problemas trazidos pela legislação sob análise. Este arranjo institucional, conclui, parece oferecer o melhor dos dois mundos à democracia constitucional¹⁸⁵.

Tais argumentos, porém, não convencem Tushnet, que responde ao seu colega repetindo os argumentos de outro trabalho¹⁸⁶, embora reconheça que a adoção de uma forma fraca de *judicial review* ajudaria a diminuir as preocupações com princípios e estratégias existentes no controle atualmente exercido¹⁸⁷.

Com relação às objeções de Lawrence Tribe, Tushnet afirma que, embora suas contribuições à jurisdição constitucional não possam ser desprezadas, ele talvez esteja tão investido na instituição do *judicial review* que tenha aceitado uma descrição irreal da política ordinária, que enxerga o debate legislativo movido apenas por interesses e, portanto, inapto para a discussão sobre direitos. Desde que as minorias possuam direito de voto, argumenta Tushnet, a arena política será, no mínimo, tão efetiva quanto o Judiciário na defesa dos interesses daqueles grupos. Ele reconhece, entretanto, que, em casos envolvendo a repartição constitucional de poderes, parece temeroso deixar a resolução dos mesmos à política, e não ao

¹⁸⁴ Ibid., p. 84.

¹⁸⁵ Ibid., p. 85.

¹⁸⁶ Ver nota de rodapé 174.

¹⁸⁷ Ibid., p. 85.

direito. Entretanto, afirma que são casos excepcionais, raros a ponto de não justificar a manutenção de uma estrutura institucional do tamanho de um *judicial review* forte¹⁸⁸.

Não obstante tais críticas, fato é que o *judicial review* permanece extremamente ativo nos Estados Unidos, e o Judiciário consolidou-se como o intérprete supremo da Constituição. E, se muitos atualmente criticam a supremacia judicial, há autores de peso que, por diversos argumentos, a defendem.

Um importante artigo abordando diretamente o tema foi escrito por Larry Alexander e Frederick Schauer em 1997¹⁸⁹. Neste trabalho, os autores evitam uma abordagem empírica ou histórica, afirmando que a questão da deferência às decisões do Judiciário é pré-constitucional, na medida em que constitui um antecedente lógico da Constituição. Sua intenção, portanto, é fazer uma inquirição normativa sobre a determinação do intérprete supremo do texto constitucional¹⁹⁰.

Para tanto, os autores indagam, inicialmente, qual a função do direito. E, dentre inúmeras respostas sugeridas, identificam um recorrente: a função de determinação do que deve ser feito. O papel de coordenação exercido pelo direito produz benefícios inegáveis para a vida em comunidade, independentemente do conteúdo das normas ditadas. Em outras palavras, é preferível ter uma norma ruim a não ter norma alguma. O direito, assim, deve ser obedecido mesmo quando o agente discorda de seu conteúdo¹⁹¹.

Esta lógica não muda pelo fato de se tratar do direito constitucional, pelo contrário. Apesar de existir uma visão de que a função de determinação seja menos importante do que a correção da decisão alcançada no direito constitucional, por causa das importantes matérias com que lida, Schauer e Alexander argumentam que este ponto de vista superestima a correção das decisões, subestimando a função de determinação, que é igualmente importante em casos constitucionais e legais¹⁹². A determinação tem valor em si mesma,

¹⁸⁸ Ibid., p. 86.

¹⁸⁹ ALEXANDER, Larry e SCHAUER, Frederick. "On Extrajudicial Constitutional Interpretation", in *Harvard Law Review*, vol. 110, nº 7, maio de 1997, pp. 1359-1387.

¹⁹⁰ Ibid., pp. 1369-1370.

¹⁹¹ Ibid., pp. 1371-1372.

¹⁹² Ibid., pp. 1372-1373 e nota de rodapé nº 55, onde os autores citam (e criticam) o exemplo do caso *Seminole Tribe v. Florida* (116, S. Ct. 1114, 1996), no qual o *Chief Justice* Renquist sugeriu ser preferível uma vinculação ao precedente mais fraca em casos constitucionais.

algumas vezes possibilita comportamentos que de outra forma seriam inviáveis¹⁹³ e em outras gera maior grau de confiança na conduta a ser adotada¹⁹⁴.

Além do valor da determinação que o direito possibilita realizar, existe a tarefa de coordenar múltiplas visões sobre determinadas matérias, em benefício da coletividade. A coordenação e a solução de desacordos são razões para obedecer ao direito, independentemente de seu conteúdo¹⁹⁵. E uma das razões de existir uma constituição é justamente a uniformização de questões sobre as quais existe desacordo na sociedade. Nas palavras dos autores:

Nosso objetivo não é responder a argumentos sobre as funções de determinação e coordenação do direito ou as obrigações que elas geram. Mas nós conectamos esta linha de raciocínio jurídico com a questão da autoridade para a interpretação constitucional porque determinar imperativamente o que deve ser feito e coordenar na direção do bem comum o comportamento auto-interessado e estratégico dos agentes públicos é uma função tanto do direito constitucional como do direito em geral. Assim como a vinculação ao precedente reconhece o valor da determinação pelo propósito de determinar, também a constituição existe em parte por causa do valor de uniformizar decisões de matérias sobre as quais o povo tenha visões substantivas diferentes e prioridades pessoais. A decisão de criar uma única constituição escrita, e assim se afastar do modelo de supremacia parlamentar, é baseado na possibilidade de haver várias visões sobre questões fundamentais e ao perigo de deixar a resolução delas à variação dos destinos políticos.¹⁹⁶

Mas se não existe um único órgão autorizado a interpretar imperativamente a constituição, sua função de reduzir o desacordo existente não será

¹⁹³ O exemplo citado pelos autores é o da utilização de critério de raça para a formação dos distritos eleitorais. Neste caso, mesmo um método indesejável é preferível a não existir a determinação dos critérios para a formação dos distritos, o que inviabilizaria a eleição. Cf. ALEXANDER, Larry e SCHAUER, Frederick, cit., p. 1373.

¹⁹⁴ Aqui o exemplo utilizado refere-se à imprecisão de regras sobre liberdade de expressão, que pode levar a uma repressão excessiva da comunicação constitucionalmente protegida. Assim, é preferível ter padrões imperfeitos, mas bem determinados, que dêem confiança aos agentes de que o seu discurso é realmente livre, a ter um padrão melhor, mas mais indeterminado, que causará incerteza quanto esta questão. Cf. ALEXANDER, Larry e SCHAUER, Frederick, cit., p. 1373.

¹⁹⁵ Ibid., p. 1374.

¹⁹⁶ Ibid., p. 1376, tradução livre. No original: “*Our goal is not to reply arguments about the settlement and coordination functions of law or the obligations they generate. Yet we connect this line of jurisprudential thinking with the question of constitutional interpretive authority because it is as much a function of a constitution as of law in general to settle authoritatively what ought to be done, and to coordinate for the common good the self-interested and strategic behavior of individual officials. Just as a rule of precedent recognizes the value of settlement for settlement’s sake, so too does a constitution exist partly because of the value of uniform decisions in issues as to which people have divergent substantive views and personal agendas. The decision to create a single written constitution, and thus depart from a model of parliamentary supremacy, is based on the possibility of varying views about fundamental questions, and the undesirability of leaving their resolution to shifting political fortunes.*”

satisfatoriamente cumprida, já que qualquer decisão ou interpretação oferecidas poderão ser contestadas. Por isso os autores vêem como inescapável a necessidade de haver uma norma pré-constitucional que determine o que deve ser feito, atribuindo a algum órgão a função de interpretar o texto constitucional em última instância¹⁹⁷. Uma norma possível é a que confere este papel à Suprema Corte, mas isto não significa que seja a única opção. No entanto, é a que parece mais adequada, por três razões: (i) a Suprema Corte é menos suscetível aos excessos das forças majoritárias do que o Legislativo e o Executivo, (ii) os poderes políticos não são os mais indicados para delimitar os limites das suas próprias funções, e (iii) a determinação das questões deve ser feita não só entre as instituições (que devem respeitar a mesma regra) como ao longo do tempo, o que se garante com mais eficácia por meio da vinculação ao precedente, à qual somente o Judiciário está adstrito¹⁹⁸.

Evidentemente, a polêmica não se encerra. A intenção aqui não é exaurir o debate, mas apresentar os principais argumentos de cada lado, em uma controvérsia que parece não ter fim¹⁹⁹. O que se pretendeu destacar neste capítulo é aquela que vem a ser uma preocupação comum entre praticamente todos os estudiosos do *judicial review*, críticos ou defensores da prática, qual seja, a busca pelo modelo institucional que melhor proteja os direitos individuais dos cidadãos. Os trabalhos mais recentes de Griffin e Tushnet demonstram que a preocupação central deslocou-se da questão da legitimidade do Judiciário, refletida pela “dificuldade contramajoritária”, para a proteção aos direitos, debatendo-se o papel de cada um dos poderes nesta seara²⁰⁰. É neste contexto que surge o

¹⁹⁷ Ibid., pp. 1376-1377.

¹⁹⁸ Ibid., pp. 1377-1378 e nota de rodapé nº 80.

¹⁹⁹ V., respondendo a críticos e prosseguindo no debate, ALEXANDER, Larry e SCHAUER, Frederick. “Defending Judicial Review: A Reply”, in *Constitutional Commentary*, vol. 17, nº 3, 2000.

²⁰⁰ V. ALEXANDER, Larry e SCHAUER, Frederick. “Defending Judicial Review: A Reply”, in *Constitutional Commentary*, vol. 17, 2000, onde os autores indicam qual o debate que se encontra no centro das preocupações teóricas atuais: “um dos produtos mais valiosos deste intercâmbio entre nós e nossos críticos, nós esperamos e acreditamos, é que ele destaca a natureza da questão empírica que está no centro do debate entre nós e aqueles que atribuem ao Congresso o papel de único intérprete competente. (...) o debate pode servir de trampolim para o tipo de pesquisa empírica sobre esta questão que ainda tem que acontecer”, tradução livre. No original: “one of the most valuable products of this exchange between us and our critics, we hope and believe, is that it has sharpened the nature of the empirical question that lies at the center of the debate between us and those who would locate in Congress the role of the single authoritative interpreter. (...) the debate may provide the springboard for the kind of serious empirical research on this question that has yet to take place.”

questionamento à supremacia judicial e à suposta neutralidade das cortes ao lidar com matérias de direitos, bem como o interesse em modelos que propiciem maior interação dos poderes políticos e judicial em sua proteção.

Mesmo a defesa “positivista” do *judicial review*, ilustrada pelo trabalho de Schauer e Alexander, não deixa de se preocupar com a proteção aos direitos individuais. Apenas deve-se destacar que, para eles, o direito à segurança jurídica e à previsibilidade das condutas sociais, expressos na função de determinação do direito, possuem um valor maior do que para os autores que centram suas preocupações em questões de justiça e de correção no julgamento dos casos concretos.