SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR

**DIÁLOGO INSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E ESTADO DE
DIREITO: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o
Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**

Tese apresentada como requisito parcial para
conclusão do Programa de Doutorado em
Direito do Estado da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do
Amaral Júnior

SÃO PAULO

2013

Antes de tudo agradeço aos meus pais pelo amor, carinho e todo o apoio que sempre me deram.

Pelas mesmas razões agradeço à minha família, irmãs, cunhados, sobrinhas e sobrinhos.

Aos amigos Alexandre Liberal, Eliardo França Teles Filho, Thiago Adjuto e Beatriz Bastide Horbach agradeço a inestimável colaboração e o companheirismo alegre de sempre.

Agradeço aos meus queridos amigos Duda, João Carlos, Rafael, Fábio, Guilherme, Rômulo pelos bons momentos.

Agradeço ao Ministro Gilmar Mendes pela disposição pronta ao diálogo, apesar de sua agenda sempre tão cheia, e pelo constante aprendizado que me proporciona.

Igualmente agradeço aos amigos da assessoria do gabinete pela amizade, companhia diária e produtiva troca de ideias.

Agradeço, sempre e especialmente, ao professor José Levi Mello do Amaral Júnior, exemplo de dedicação à vida acadêmica e de generosidade, sem seu apoio e estímulo, tantas vezes por mim não merecidos, eu não teria conseguido concluir essa e outras empreitadas. Tive a sorte e o prazer de conhecê-lo ainda durante minha graduação e espero continuar desfrutando sempre de seus ensinamentos e sobretudo de sua amizade. Muito obrigado!

Aos meus pais, Antônio Victor e Rita de Cássia, por tudo.

It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.

(John Marshall, em *Marbury v. Madison*)

When your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it, and then beat him for it. This is the way you make laws for your dog: and this is the way judges make laws for you and me.

(Jeremy Bentham, em *Truth v. Ashhurst; or Law as It Is, Contrasted with What It Is Said to Be*)

RESUMO

O controle judicial de constitucionalidade moderno nasceu nos Estados Unidos, a partir da decisão do caso *Marbury v. Madison*, em 1803. Desde então pode-se dizer que as atenções do meio acadêmico jurídico, especialmente no campo do direito constitucional, foram progressivamente voltando-se a essa prática, com vistas a melhor compreendê-la. A partir da segunda metade do século XX, o controle de constitucionalidade foi amplamente difundido e hoje está presente na grande maioria dos países democráticos. Mais recentemente, os debates sobre o tema convergiram para os excessos cometidos pelos órgãos incumbidos, em cada Estado, da tarefa de revisar a constitucionalidade da legislação. Foram colocados no centro das discussões não apenas o modo por meio do qual os órgãos de controle atuam, especialmente o Poder Judiciário, mas também a própria legitimidade do exercício dessa função, tendo em vista as tensões existentes entre o controle de constitucionalidade das leis por órgãos não representativos e os princípios democrático e do Estado de Direito. Dessa forma, a tese inicia-se buscando compreender as origens do *judicial review* na tradição do *common law* inglês; em seguida, procura desvendar como a tradição do direito inglês foi incorporada aos Estados Unidos e compatibilizada à sua constituição escrita; passa, então, a descrever as dificuldades que os autores modernos encontraram para justificar o exercício do controle judicial de constitucionalidade, tendo em vista a dificuldade contramajoritária que enfrenta; expõe, assim, algumas críticas ao que se convencionou chamar de supremacia judicial, tese que afirma competir ao Poder Judiciário proferir a última palavra sobre o significado da Constituição; e, por fim, reinserindo o debate no plano do constitucionalismo político, a tese explicita a noção de diálogo institucional e tenta imaginar os papéis institucionais que Cortes e Parlamentos exercem ou devem exercer nesse debate, com foco especialmente no Brasil e na relação entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional relativamente à interpretação da Constituição.

Palavras-chave: *Judicial review*. Controle de constitucionalidade. *Common law*. Diálogo institucional. Democracia. Estado de Direito.

ABSTRACT

This thesis focuses on the problems of the contemporary constitutional review in Brazil. It is widely recognised that constitutional review was established in 1803 with the landmark case *Marbury v Madison*. By the second half of the 20th century some form of constitutional review had been adopted by most western democracies. More recently the excesses of such a form of control of the legislative function have shifted the experts' attention to the phenomenon of judicial supremacy. Because it is most frequently performed by unelected officials, the procedures of judicial review have been put under scrutiny and its very legitimacy has been questioned. This tension between the majoritarian principle and the judicial function of constitutional review became known as the countermajoritarian difficulty. Although our main focus is on the Brazilian constitutional review, we start by going back to the beginnings of the judicial review within the common law tradition in order to understand the primitive structure of this function. Then we move on to its transplantation into American legal practice, which uses a written constitution as a basis for the judicial review. Next, we examine some of the contemporary uses of constitutional review, as depicted by its critics. Finally, we analyse the relations between the Supreme Court and the National Congress of Brazil in performing judicial review. We argue that in order to overcome the countermajoritarian difficulty, we must accept this constitutional function as a political one, which means moving beyond its judicial features and including other institutions, such as the Congress, in the process of judging whether or not statutes should be invalidated when they breach the constitution. We call this widening of the range of institutions capable of participating in the constitutional review "institutional dialogue".

Keywords: Judicial review. Common law. Institutional dialogue. Democracy. Rule of law.

RÉSUMÉ

Cette thèse se concentre sur les problèmes du contrôle de constitutionnalité au Brésil. C'est connu que le contrôle de constitutionnalité fut établi en 1803 à travers la célèbre décision *Marbury v Madison*. À la moitié du XXe siècle, une forme ou une autre de contrôle de constitutionnalité existait dans la plupart de pays occidentaux. Plus récemment, la fréquence dont les différents tribunaux réalisaient cette forme de contrôle a commencé à générer des débats sur la suprématie judiciaire. Puisque la majorité des institutions en charge de ce contrôle ne sont pas élues, la procédure et la légitimité de ce contrôle furent mises en question. L'émergence de la tension entre le principe démocratique et le contrôle de constitutionnalité a amené les experts à créer le terme « difficulté contre-majoritaire », qui sert à désigner précisément les problèmes de conciliation entre le pouvoir de déclarer une loi inconstitutionnelle et l'idée selon laquelle ce sont les représentants du peuple qui font les lois. Bien que le sujet de la thèse soit le contrôle de constitutionnalité au Brésil, la texte commence par l'étude du début du « judicial review » dans la tradition anglaise du common law, pour essayer de comprendre le sens et la structure originale de cette fonction. Puis, la thèse examine le transplant de cette structure de jugement aux Etats-Unis, où l'existence d'une constitution écrite change quelque peu la manière de procéder du contrôle. Ensuite, on étudie quelques uns des nouveaux usages du contrôle de constitutionnalité actuellement à travers, surtout ses aspects critiques. Finalement, on analyse comment l'Assemblée Nationale et la Cour Suprême brésiliennes réalisent l'interprétation de la constitution dans le cadre de ce contrôle. On soutient qu'une des manières de surmonter la « difficulté contre-majoritaire » c'est d'accepter la nature politique du contrôle de constitutionnalité des lois. En reconnaissant cette nature politique, on sera amené à aller au-delà des procédures judiciaires du contrôle et à comprendre le rôle des autres institutions, telle l'Assemblée Nationale, dans le processus de juger quand et comment une loi devrait être annulée sur le fondement de la violation à la constitution. On appelle cette extension de la participation au pouvoir de contrôle la constitutionnalité des lois « dialogue institutionnel ».

Mots-clés: Contrôle de constitutionnalité. Common law. Dialogue institutionnel. Démocratie. État de Droit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
PRIMEIRA PARTE	16
CAPÍTULO 1 – A TRADIÇÃO DO <i>COMMON LAW</i> E SUA INFLUÊNCIA NA PRÁTICA JUDICIÁRIA NORTE-AMERICANA	16
1.1. A noção original do <i>common law</i>	18
1.2. O <i>common law</i> como produto da razão especializada dos juristas	24
1.3. Edward Coke e o <i>Doctor Bonham's Case</i>	29
CAPÍTULO 2 – AS DIFERENÇAS HISTÓRICAS E TEÓRICAS ENTRE AS COMPREENSÕES INGLESA E AMERICANA DO <i>COMMON LAW</i>: A ORIGEM DO JUDICIAL REVIEW	44
2.1. O estabelecimento do princípio da Soberania do Parlamento no Reino Unido: a derrota da interpretação condutora ao <i>judicial review</i>	44
2.2. A incipiente prática do <i>judicial review</i> no período colonial.....	48
2.3. O Poder Judiciário na Constituição norte-americana e a fundamentação do <i>judicial review</i> : o caso <i>Marbury v. Madison</i>	56
SEGUNDA PARTE	73
CAPÍTULO 3 – CONSTITUCIONALISMO V. DEMOCRACIA: AS JUSTIFICATIVAS MODERNAS DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE	73
3.1. A dificuldade contramajoritária e a obra de Alexander Bickel	74
3.2. Tentativas de superação da dificuldade contramajoritária: ainda a tensão entre constitucionalismo e democracia	85
3.2.1. A abordagem procedimental do <i>judicial review</i> de John Hart Ely.....	86
3.2.2. A democracia dualista de Bruce Ackerman	90
3.3. A democracia constitucional na obra de Ronald Dworkin	96
3.3.1. O direito como integridade: a distinção entre argumentos de princípio e de política	97
3.3.2. A leitura moral da Constituição e a concepção constitucional de democracia	101

CAPÍTULO 4 – CRÍTICAS À SUPREMACIA JUDICIAL E A PROPOSTA DE REVALORIZAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO PELA TEORIA JURÍDICA	112
4.1. Objeções teóricas à supremacia judicial.....	113
4.1.1. As capacidades institucionais e o minimalismo judicial	115
4.1.2. A supremacia judicial e o constitucionalismo popular.....	120
4.2. Jeremy Waldron, a persistência dos desacordos morais e a importância do Poder Legislativo.....	123
4.2.1. Os desacordos morais razoáveis como circunstâncias da política	125
4.2.2. A dignidade da legislação, a regra da maioria e a física do consentimento: a importância dos procedimentos políticos decisórios	129
TERCEIRA PARTE.....	143
CAPÍTULO 5 – DIÁLOGO INSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO	143
5.1. A institucionalização do diálogo entre os poderes Legislativo e Judiciário no Canadá....	145
5.2. A relativização dos mitos da dificuldade contramajoritária e da supremacia judicial.....	155
5.2.1. A relativização da dificuldade contramajoritária no contexto norte-americano	156
5.2.2. A relativização da dificuldade contramajoritária no Brasil.....	162
5.3. Da supremacia judicial ao fato do diálogo institucional	167
5.3.1. O diálogo constitucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional	169
5.3.1.1. Superação de decisões constitucionais do STF por emenda constitucional	173
5.3.1.2. Superação de decisões constitucionais do STF por majorias legislativas simples.....	177
CONCLUSÃO.....	183
REFERÊNCIAS.....	187

INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho é o diálogo institucional entre os poderes legislativo e judiciário sobre a interpretação da constituição. Para os propósitos desse trabalho, no entanto, esse diálogo não deve ser visto de modo imediato ou apenas atual. A pesquisa busca compreender o modo como os poderes judiciário e legislativo estabeleceram-se e conquistaram seus espaços políticos desde o século XVII.

O foco do trabalho é jurídico, mas sem descurar do político. Assim, a pesquisa pretende compreender de modo autônomo o significado do sistema do *common law* na criação e na aplicação do direito na Inglaterra desde antes da Revolução Gloriosa, época em que foi decidido o *Dr. Bonham's case*. Esse caso será importante para o esclarecimento de algumas nuances do sistema de direito inglês.

A partir disso, bem compreendido o *common law* inglês e o significado da Revolução Gloriosa para esse sistema jurídico, o trabalho segue e procura desvendar como esse sistema jurídico foi incorporado pelas colônias inglesas da América do Norte. As principais peças para a compreensão são as relações entre as colônias e a coroa e as modificações que promovem no sistema do *common law*, ainda que de forma inconsciente.

Com a independência norte-americana, o foco passa ao país e à sua estruturação e a pesquisa procura entender as razões pelas quais os americanos estruturam como o fizeram o Poder Judiciário, bem como o que os founding fathers pensavam sobre a instituição do *judicial review*.

Ratificada a Constituição, o trabalho volta-se ao exame do surgimento do *judicial review* e de seu exercício em face de legislação federal. Analisa-se, então, o caso *Marbury v. Madison*, procurando compreender suas nuances políticas e jurídicas e, para tanto, faz-se a necessária contextualização histórica.

Entendidos os impactos dessa célebre decisão, a pesquisa volta-se ao exame das principais obras sobre o controle judicial de constitucionalidade de matriz norte-americano. São estudados os autores que tentaram criar uma justificativa para a prática do *judicial review*,

ante a objeção representada pela dificuldade contramajoritária. Acreditava-se nos benefícios do controle judicial de constitucionalidade, porém, os autores encontravam dificuldades em superar a objeção democrática.

São estudados autores clássicos como Alexander Bickel, até outros mais modernos como Cass Sunstein e Larry Kramer. O trabalho procura estudar as posturas justificadoras do controle judicial de constitucionalidade e também os autores críticos. As críticas variam em grau e intensidade. Há os autores que são contra a supremacia judicial no que concerne à interpretação da constituição e estudiosos que são contra a própria prática do *judicial review*.

Após o estudo dos críticos, a intenção do trabalho é verificar algumas posturas sobre a supremacia judicial e rever alguns pontos estudados nos capítulos anteriores sob o ponto de vista empírico. Dessa forma, a pesquisa serve-se de dados empíricos levantados e trabalhados por cientistas políticos para extrair suas próprias conclusões.

Por fim, busca-se entender as modernas teorias do diálogo institucional entre o poderes judiciário e legislativo. Examina-se o caso canadense, pois o país institucionalizou uma forma de diálogo na década de 80, mas o foco principal recai sobre os Estados Unidos, em razão da literatura utilizada e, sobretudo, sobre as práticas político-jurídicas brasileiras.

Faz-se uma avaliação das práticas dialógicas brasileiras para tentar enxergar as suas potencialidades, bem como seus reflexos sobre princípios como os da separação dos poderes, do estado de direito, da democracia, entre outros.

Utiliza-se o termo *judicial review* para designar o modelo de controle judicial de constitucionalidade, em especial de matriz norte-americana. A pesquisa é essencialmente bibliográfica e documental.

A ideia de diálogo institucional oferece várias oportunidades de pesquisa e possui muitas potencialidades. Esse trabalho começa a entrevê-las.

PRIMEIRA PARTE

CAPÍTULO 1 – A TRADIÇÃO DO *COMMON LAW* E SUA INFLUÊNCIA NA PRÁTICA JUDICIÁRIA NORTE-AMERICANA

Remonta ao período áureo de Atenas, a democracia vigente entre os séculos V e IV a. C., a primeira referência a algum tipo de controle de constitucionalidade das leis. Manoel Gonçalves Ferreira Filho relata ter havido uma espécie de ação judicial (denominada *graphe paranomon*), a ser proposta perante o tribunal dos heliastas (composto por cidadãos), em que se afigurava possível pleitear a anulação de leis contrárias ao Direito – entendido como fruto dos costumes ou identificado pela razão –, bem como a punição do cidadão proponente da referida medida e daquele que presidira a reunião em que ocorrera a votação de tal proposição¹.

Em *Constituição dos Atenienses*, obra cuja autoria é atribuída a Aristóteles, encontra-se a afirmação de que “*A graphe paranomon permitia que alguém fosse alvo de um processo por ter feito uma proposta contrária à constituição*”². Além disso, a obra faz referência à *eisangelia*, que também destinava-se a coibir a apresentação de proposições ilegais ligadas a

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: O estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6:

“É preciso, todavia, lembrar que, na Antiguidade, o Direito propriamente dito era concebido como algo transcendente às leis editadas pelo governante – as leis humanas. Mais do que isto, superior a tais leis.

Literariamente, isto se exprime no célebre diálogo entre Antígona e Cleonte, na tragédia de Sófocles. Tal Direito, posta de lado a sua revelação por um deus – no que criam os filósofos – ou era fruto dos costumes, ou era identificado pela razão como expressão da justiça. Assim, mais importante era o peso da experiência e da sabedoria do que o da vontade na sua definição.

Significativa a respeito desta concepção do Direito e de sua supremacia era a ação de “ilegalidade” – a *graphe paranomon* – instituto do direito ateniense do período áureo, o da democracia. Consistia numa ação judicial, a ser apreciada pelo tribunal dos heliastas, na qual se pleiteava a anulação da lei editada pela Assembléia dos cidadãos em contradição com o Direito, bem como a punição de seu proponente e de quem, presidindo à reunião, a houvera deixado votar”. É importante notar, e o fato será ressaltado adiante neste trabalho, que o parâmetro desse controle existente na antiguidade era o costume ou um Direito superior às leis humanas, mas que podia ser identificado pela razão”.

² ARISTÓTELES. *Constituição dos Atenienses*. Introdução, tradução do original grego e notas de Delfim Ferreira Leão. 2 ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 68.

denúncias de traição. Em ambos os casos, o acusado era intimado (*proklesis*) para comparecer diante do magistrado responsável pelo processo. O texto sustenta que esses institutos visavam moderar a capacidade decisória da assembleia, especialmente ante a preocupação de que a democracia viesse a derrubar-se a si mesma³.

Esses institutos da antiguidade, que vigoraram durante o período da democracia ateniense, revelam que já naquele tempo havia certa preocupação em controlar a deliberação democrática, ou até mesmo de coibi-la, quando seu resultado contrariasse a constituição de Atenas ou pudesse por em risco a própria democracia. Atenas, durante seu período democrático, conviveu com uma das organizações políticas mais avançadas de seu tempo e que mais influenciou as experiências estatais subsequentes.

José Luiz de Anhaia Mello também faz referência à *graphe paranomon* como um importante antecedente do que hoje se entende por controle de constitucionalidade. Afirmava tratar-se de instituto que tinha por finalidade contrastar os atos formais, lei (*nómos*) ou decreto (*pséfisma*), da *polis* ao costume, de modo que, prestigiando os costumes, a ideia é que seriam atendidos, ainda que obliquamente, os direitos dos cidadãos⁴. De modo um pouco mais detalhado e com alguma divergência com relação a Anhaia de Mello, Cappelletti aborda o assunto e informa o seguinte:

Distinguia-se, no Direito ateniense, entre o *nómos*, isto é, a lei em sentido estrito, e o *pséfisma*, ou seja, para usar um termo moderno, o decreto (...) a tendência de legisferar por *pséfismata*, isto é, por decretos, tornou-se dominante. Entretanto, era princípio fundamental aquele segundo o qual o decreto, qualquer que fosse o seu conteúdo, devia ser “legal, seja na forma, seja na substância”. Isto é. Ele devia, como seríamos tentados a dizer, nós, juristas modernos, ser *constitucional*, ou

³ ARISTÓTELES. Constituição dos Atenienses. Introdução, tradução do original grego e notas de Delfim Ferreira Leão. 2 ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 68-69.

⁴ MELLO, José Luiz de Anhaia. Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição – As Côrtes Constitucionais. Dissertação para concurso à cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1968, pp. 39-40:

“A teoria de que a guarda da Constituição só adquiriu contornos e sentido a partir das Constituições escritas e rígidas é verdadeira, em termos estritos. Pode-se, todavia, *grosso modo*, divisá-la mesmo na antiga Grécia, através da instituição dos “*grafon paranómon*” (...)

Essa instituição tinha por finalidade fazer o paralelo ou a contrasteação entre a lei ou o ato e o costume.

Normalmente, prevaleceria o costume, e mais em atendimento a este do que propriamente aos direitos dos cidadãos, que não deixavam de ser, ainda que indiretamente, prestigiados e atendidos”. Vale ressaltar que o autor, assim como o fez Ferreira Filho, ressalta que o principal parâmetro de controle eram os costumes.

seja, não podia estar em contraste com os *nómoi* vigentes – com as *leis constitucionais* vigentes.

A consequência da ilegalidade (ou, como nós gostaríamos de dizer, da inconstitucionalidade) dos decretos emanados da *Ecclesia* era dúplice. Por um lado, dela derivava uma responsabilidade penal para aquele que havia proposto o decreto, responsabilidade que se podia fazer valer dentro de um ano, mediante uma ação pública de ilegalidade, chamada *grafê paranómon*. Por outro lado, julga-se que derivasse, ainda, a *invalidade* do decreto contrario à lei, por força do princípio que se encontra afirmado em um trecho de Demóstenes, segundo o qual o *nómos*, quando estava em contraste com um *pséfisma*, prevalecia sobre este⁵.

Sobre a utilização desses institutos, em especial da ação judicial denominada *graphe paranomon*, as informações conhecidas não são muito esclarecedoras, tampouco é o objetivo desse trabalho escrutiná-las. A notícia da existência de alguma forma de controle de constitucionalidade na antiguidade, ainda que muito incipiente, pretende apenas demonstrar que a idéia de controle da legislação, utilizando-se como parâmetro os costumes ou a evocação de um Direito superior às leis humanas, mas identificável pela razão do homem, constitui uma característica do pensamento político-jurídico antigo, mas que também será encontrada em tempos mais recentes, conforme será analisado a seguir.

1.1. A noção original do *common law*

Em tempos mais próximos, identifica-se na tradição anglosaxônica do *common law* o caminho natural para se chegar à idéia de controle judicial de constitucionalidade das leis (o *judicial review*⁶). Esse caminho, no entanto, não foi percorrido sem percalços históricos e filosóficos e, sobretudo, houve muita discussão doutrinária acerca do significado de decisões alegadamente precursoras da noção de *judicial review*. Para se entender esse percurso faz-se necessário examinar, ainda que brevemente, a tradição jurídica do *common law*.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2 ed., 1984, pp. 49-51.

⁶ O termo *judicial review* será utilizado para designar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos exercido pelo Poder Judiciário. Este controle, conforme será demonstrado adiante, é influenciado pela tradição jurídica do *common law*.

As discussões sobre o *common law*, em geral, começam com a afirmação, por uma das partes engajadas no embate, de que o *common law* é, ou era, o costume comum tal como vivenciado pelos habitantes do Reino Unido⁷. Essa afirmação se torna possível a partir do século XII ou XIII, todavia, apenas no século XVII o tema ganha os contornos mais interessantes para o estudos modernos.

Para alguns estudiosos do *common law*, sua caracterização deveria ser mais precisa, apesar de uma compreensão minimamente adequada do assunto constituir-se verdadeiro quebra-cabeças⁸. Fazia-se, então, a distinção entre costumes que poderiam ser considerados, de modo geral, como compartilhados pelo povo inglês desde tempos imemoriais – cuja origem sequer poderia ser encontrada com segurança –, e aqueles outros que somente representariam hábitos de regiões particulares do Reino e, portanto, consistiriam em costumes locais, não generalizáveis e, assim, não formadores do *common law*. A antiguidade do costume e seu enraizamento na comunidade seriam determinantes de sua razoabilidade e adequação, até porque sua aplicação e aceitação teriam passado pelo teste do tempo⁹.

Havia desacordo entre os *common lawyers* sobre o significado da expressão *tempos imemoriais* para descrever a origem do *common law*. Coke, que era famoso por suas interpretações idiossincráticas do passado¹⁰, afirmava que as raízes do *common law* eram profundas e alcançavam os tempos de dominação romana, e até mesmo pré-romana, do Reino Unido¹¹. Hale, por outro lado, afirmava que o *common law* fora trazido pelos saxões e normandos, entre outros. Sua aceitação como direito no Reino Unido, todavia, dependeu de seu recebimento e de sua aprovação pela população e pelas autoridades aplicadoras do direito naquele país¹².

⁷ POSTEMA, Gerald J.. Philosophy of the *Common Law*. In: COLEMAN, Jules e SHAPIRO, Scott. *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 588-622, p. 590.

⁸ SCHAUER, Frederick. Is the Common Law Law? *California Law Review*, v. 77, 1989, pp. 455-71, p. 455.

⁹ POSTEMA, Gerald J.. Philosophy of the *Common Law*. In: COLEMAN, Jules e SHAPIRO, Scott. *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 588-622, pp. 590-91.

¹⁰ SHEPPARD, Steve. Introdução. In: *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*. Vol. 1. Ed. Steve Sheppard. Indianápolis: Liberty Fund, 2003, p. 11.

¹¹ COKE, Edward. *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*. Vol. 1. Ed. Steve Sheppard. Indianápolis: Liberty Fund, 2003, Part Two of the Reports.

¹² HALE, Matthew. *A History of the Common Law of England*. Ed. Charles M. Gray. Chicago: University of Chicago Press, 1971, p. 43.

Postema, com suporte em Hale, procura demonstrar que a imagem do *common law* com origens antigas ou imemoriais sustenta-se em três fatores principais. O *primeiro* afirma que o *common law* caracteriza-se por sua continuidade no tempo. Apesar de sofrer diversas alterações no curso da história, são essas mudanças que permitem que ele continue como uma ordem jurídica estável e coerente, mantendo, assim, sua integridade. Isso significa que por mais alterações que haja sofrido, o *common law* mantém-se o mesmo, pois é de sua natureza a continuidade em sua evolução.

O *segundo* fator a ser mencionado está conectado com a noção de continuidade afirmada. Quer dizer que a permanência no tempo do *common law* é dependente da integração de cada uma de suas partes ao todo. Ou seja, afirmar a existência imemorial do *common law* significa dizer que a validade e cogência de cada nova regra de direito é dependente não da proveniência da norma (de quem a promulgou ou criou, por exemplo), mas de sua efetiva recepção e aprovação no Reino Unido. Essa integração tornava-se evidente na medida em que novas regras eram incorporadas aos textos de doutrina e práticas que formam o *common law*¹³.

Ressalte-se que essa integração de costumes, legislação e decisões judiciais que veio a definir o *common law* não é simplesmente matéria de coerência e consistência lógica, mas antes de tudo é fruto de trabalho prático, inserido em seu contexto histórico. A integração dos elementos costume, legislação e decisões judiciais é tema inerente à prática jurídica porque apenas por meio da efetiva utilização (pelas pessoas em geral, bem como pelos profissionais do Direito e oficiais públicos) das regras e dados que surgem no sistema é que os referidos elementos vão integrando-se ao ordenamento. A empreitada é também histórica em razão do fato de que somente pelo decurso do tempo se pode ter certeza de que determinada regra ou prática foi efetivamente integrada ao *common law*.

Por *fim*, essa integração dever ser realizada de modo a acomodar as regras ou máximas que vão se incorporando ao *common law* à natureza da nação, ou seja, ao seu temperamento, de forma que possa tornar-se uma espécie de constituição ou estrutura normativa básica enraizada na mentalidade coletiva. Note-se que, diferentemente do entendimento de

¹³ POSTEMA, Gerald J.. *Philosophy of the Common Law*. In: COLEMAN, Jules e SHAPIRO, Scott. *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 588-622, p. 591.

Constituição inerente ao direito moderno (à tradição do *civil law*), no sentido de constituição de um governo e de suas estruturas, o *common law*, por esse processo de integração, terminava por se legitimar como uma constituição do povo mesmo (*constitution of the people*)¹⁴. Por sua relevância, merece transcrição a seguinte passagem:

The rules of law, at first rough and clumsy, are refined over time, softened to fit the contours of the community's daily life. Simultaneously, following the rules and practices shapes the dispositions, beliefs, and expectations of the people. Thus, what they took to be reasonable and practicable solutions of problems of social interaction depended on a sense of continuity of present practice with the past; but also, what counted as continuous with the past depended heavily on what were regarded by participants as reasonable projections from the arrangements and practices of the past to present conditions and problems. This also explains Hale's claim that common law was 'received and approved' in the kingdom. This was not a matter of mere expression of consent, but rather acceptance of it in virtue of and manifested in the law's integration into their lives.

Yet, for Hale, like all common lawyers, custom always had its status as law in and through the activities of the courts. But this raises the important question about *whose* custom is the custom of the common law, that of the people, or that of the courts?¹⁵

Uma forma de abordar a questão proposta no fim da transcrição é dada pela distinção entre *general customs* e *maxims*. Os primeiros, esses costumes gerais, eram conhecidos pelos advogados, de maneira geral, e pelo povo espalhado pelo reino; as *maxims* eram regras especiais de direito conhecidas apenas nas cortes reais (*king's courts*)¹⁶. É claro que havia uma relação entre os costumes praticados no reino e o direito ditado pelas cortes reais. O interessante é que essa relação legitima-se em via de mão-dupla, isto é, as decisões judiciais utilizam-se dos costumes gerais para legitimarem-se e, ao mesmo tempo, desenvolvem tais costumes tornando-os noutra coisa.

¹⁴ POSTEMA, Gerald J.. Philosophy of the *Common Law*. In: COLEMAN, Jules e SHAPIRO, Scott. *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 588-622, pp. 591-92.

¹⁵ POSTEMA, Gerald J.. Philosophy of the *Common Law*. In: COLEMAN, Jules e SHAPIRO, Scott. *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 588-622, p. 592.

¹⁶ ST. GERMAN, Christopher. Doctor and Student. Ed. por T. F. T. Plucknett e J. L. Barton. London: Selden Society. 1 ed, 1974, p. 59.

Desse modo, a atividade dos profissionais do direito nas Cortes de justiça modelam continuamente o *common law*, refinando-o pelo uso de técnicas argumentativas mais apuradas¹⁷. Schauer informa que “*any common-law rule is tentative, remaining continuously open to defeat in a particular case or subject to modification as new situations arise*”¹⁸. Assim, o *common law* segue em constante modificação, criação e reformulação por meio das decisões judiciais emanadas dos diversos juízes e tribunais, a partir dos casos que lhes são submetidos.

As decisões judiciais, no entanto, fazem as devidas referências aos costumes gerais no intuito de se mostrarem com eles congruentes, atribuindo a essa conexão sua validade e sua força vinculante. Assim, o *common law* não se identifica fielmente aos costumes gerais do reino, mas estes constituem a sua fonte de validade enraizada na nação, não somente por uma certa forma de derivação, mas como fonte atribuída e pelo esforço de congruência a que se submetem as decisões judiciais¹⁹.

Significa dizer que os juízes e tribunais no modelo do *common law* possuem uma importância incomensurável na criação ou sedimentação do direito, todavia, descrevem a atividade que exercem como se estivessem a descobrir o direito comum do reino, e não a criá-lo. Essa referência aos costumes e práticas da comunidade confere às decisões judiciais a necessária fonte de legitimidade para, de fato, construírem o Direito que regerá a nação. Desse modo, ainda que pouco se consiga vislumbrar acerca de como os costumes gerais imemoriais do povo inglês estaria a embasar determinadas decisões dos tribunais, estes sempre buscam fundamentá-las reconduzindo-as a tais costumes, em ordem a reinseri-las, as decisões, na cultura imemorial do povo, o que tem o condão de servir como fonte de legitimação da atividade judicial criadora do Direito.

É de se notar, assim, que a *ratio* das decisões judiciais é extremamente importante não apenas na construção do *common law*, senão também em sua legitimação como ordem jurídica

¹⁷ ST. GERMAN, Christopher. Doctor and Student. Ed. por T. F. T. Plucknett e J. L. Barton. London: Selden Society. 1 ed, 1974, p. 59.

¹⁸ SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 104-05.

¹⁹ POSTEMA, Gerald J.. Philosophy of the *Common Law*. In: COLEMAN, Jules e SHAPIRO, Scott. *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 588-622, p. 592.

de toda a comunidade que o adota. Nesse sentido, os defensores clássicos do sistema afirmavam que o *common law* não é outra coisa senão a razão comum prevalecente em dada comunidade. A razão seria a vida do Direito, todavia, não uma razão comum (*common reason*) ou uma razão natural a que todo e qualquer homem tem acesso, mas a razão artificial adquirida pelos operadores do direito, treinados por meio de longas horas de estudo, observação e experiência²⁰.

Em aparente contradição com o que Coke dissera séculos antes, Holmes abre sua obra sobre o tema afirmando que: “*The life of the law has not been logic: it has been experience*”²¹. Pragmaticamente, segue informando que muito mais do que por meio de silogismos, o *common law* foi formado a partir das necessidades sentidas em cada época, pela moral prevalecente, pelas teorias políticas que predominavam no cenário, pelas políticas públicas empreendidas, até mesmo pelos preconceitos compartilhados entre juízes e seus concidadãos. Tudo isso determinava a forma como os homens eram governados. Desse modo, para Holmes o Direito incorpora a história de uma nação, acompanhando seu desenvolvimento e, portanto, não se pode lidar com ele como se seus axiomas e corolários estivessem todos contidos em um livro de matemática. Para se saber o que é o Direito em dada comunidade é preciso conhecer o que ele foi e o que ele deverá ser no futuro²².

Está mencionado acima que Holmes apenas aparentemente entra em contradição com Coke porque, em verdade, ambos admitem que o *common law* é em grande medida, senão principalmente, experiência. A afirmação de Coke no sentido de que o *common law* é a razão e, sobretudo a razão artificial, que para ele é a razão jurídica apreendida por meio de estudo, observação e experiência, não destoa do que referido por Holmes. O relevante é que ambos convergem na definição desse sistema jurídico como fundamentado na experiência prática, em especial na atividade dos juízes.

²⁰ COKE, Edward. First Institute of the Laws of England. In: The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke. Vol. 2. Ed. Steve Sheppard. Indianápolis: Liberty Fund, 2003.

²¹ HOLMES, JR, Oliver Wendell. The Common Law. Kindle Edition. Louisiana: Quid Pro Books, 2010, p. 1.

²² HOLMES, JR, Oliver Wendell. The Common Law. Kindle Edition. Louisiana: Quid Pro Books, 2010, p. 1. A passagem está assim descrita no original: “*The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become*”.

Para tentar esclarecer esse ponto e aprofundar o estudo do *common law* na parte que interessa ao propósito desse primeiro capítulo, deve-se analisá-lo com a ênfase sobre a atividade jurídica ou judicial propriamente dita. Ou melhor, sobre as tentativas de fundamentar as práticas judiciais ante os obstáculos que lhes foram impostos.

1.2. O *common law* como produto da razão especializada dos juristas

Apesar de existirem opiniões em contrário, o *common law* não pode ser identificado ao direito natural sem ressalvas. Era comum afirmar-se durante a idade média que o fundamento último dos direitos era o direito natural, porém, o sistema do *common law* privilegiava a razão artificial atribuída aos juízes. O *common law* era, de fato, o direito tal como enunciado pelos juízes e tribunais e este estava em primeiro plano, considerados em segundo e terceiro planos, respectivamente, o direito legislado (*statute law*) e os costumes.

Conforme visto no tópico anterior, a razão comum (*common reason*) também era entendida como fundamento do *common law*, e este ponto ganha especial relevo para se entender o desdobramento dos acontecimentos adiante narrados. Deve-se voltar um pouco na história para se compreender o raciocínio que se pretende formular.

Importante corrente de estudiosos da história do *common law* afirmam que ele foi consequência de um triunfo administrativo, resultante de inovações institucionais introduzidas pelo Rei Henry II no fim do século XII. Isso porque seu antecessor, Henry I, ainda no início do referido século, vez por outra enviava juízes de sua confiança aos confins do reino para presidirem sessões de julgamento das Cortes locais. Tais juízes, todavia, ocasionalmente não apenas presidiam às sessões como também julgavam os casos em disputa eles próprios²³.

Essas ocorrências durante o reinado de Henry I foram o estopim para que seu sucessor estabelecesse as bases institucionais para o surgimento do *common law*. Henry II criou, então, a *curia regis* (Corte real) localizada em Westminster. Gradativamente esta Corte foi dividida em razão de suas funções. Assim, *The Exchequer* cuidava das disputas fiscais; o *Common*

²³ POSTEMA, Gerald J.. Classical Common Law Jurisprudence (Part 1). In: Oxford University Commonwealth Law Journal, Vol. 2, N. 2, 2002, pp.155-180, p. 158.

Bench solucionava a maior parte das questões em disputa (à exceção das matérias criminais); e o *King's Bench* focava-se nos processos criminais. Enquanto *The Exchequer* e o *Common Bench* permaneciam em Westminster, o *King's Bench* viajava com o Rei frequentemente.

Além disso, Henry II, de modo similar a Henry I, organizou uma espécie de justiça itinerante. Esses juízes visitavam regularmente diversas localidades do país não apenas presidindo sessões de julgamento das Cortes locais, mas também decidindo casos locais com esteio em princípios utilizados nas Cortes de Westminster, em Londres. Isso permitiu a presença da justiça real nas mais remotas localidades do reino. Assim, Henry II iniciou um processo de integração das várias espécies de cortes espalhadas no país em um sistema, pode-se dizer, judiciário nacional. Esses fatores somaram-se e permitiram a emergência do *common law* a partir de uma crescente centralização do sistema de Cortes de justiça, que viabilizaram a absorção dos direitos regionais ou locais pelo Direito nacional. Ou melhor, a substituição dos direitos locais pelos princípios ditados em Westminster²⁴.

Vez ou outra o próprio Rei utilizava-se de sua capacidade e poder de julgar e tomava assento nas Cortes, muito embora a tarefa de conhecer e julgar os litígios estivesse em larga medida nas mãos de oficiais especialmente treinados para tanto. A grande centralização estimulou a formação de um quadro de profissionais do Direito, tanto juízes designados pelo Rei quanto advogados, que desenvolveram suas próprias tradições com o passar do tempo. Assim, proclamaram-se, pouco a pouco, protetores dos costumes e da justiça contra todo e qualquer tipo de violação, até incluírem as violações provenientes do próprio Rei²⁵.

Dessa forma, os juízes comissionados pelo rei e investidos da competência de uniformizar os direitos das localidades com base no Direito ditado em Westminster paulatinamente começaram a conferirem-se a tarefa de impor o Direito ao próprio Rei. A idéia de integração do Direito promovida, conscientemente ou não, por meio de uma sobreposição

²⁴ POSTEMA, Gerald J.. Classical Common Law Jurisprudence (Part 1). In: Oxford University Commonwealth Law Journal, Vol. 2, N. 2, 2002, pp.155-180, p. 158. No original: “*In three important ways Henry II established the institutional base for the common law. First, he firmly established a permanent court in Westminster that sat in regular terms. Secondly, he organized the itinerant Justices in Eyre. They made regularly scheduled visits around the country not only presiding over cases at the local level, but actually deciding them on principles also used in the Westminster courts. Thirdly, Henry II began a process of integrating the wide variety of local courts (seignorial courts, county courts, hundreds courts, and the like) into the nationwide system*”.

²⁵ POSTEMA, Gerald J.. Classical Common Law Jurisprudence (Part 1). In: Oxford University Commonwealth Law Journal, Vol. 2, N. 2, 2002, pp.155-180, p. 159.

paulatina do direito dos juízes do rei aos direitos das localidades teve o condão de conferir alguma uniformidade ao *common law*, o que, por sua vez, permitiu certo controle do Direito pelo poder central, tornando, de uma vez por todas, o papel dos juízes verdadeiramente central na formação e consolidação do *common law*.

Várias são as formas de imbricação do direito com o juiz no modelo do *common law*. Isso é extremamente importante porque permite o controle do Direito pelos juristas, inicialmente ligados à coroa (ainda que conflitos entre eles viessem a surgir, conforme se examinará). Essa estreita aliança entre os juízes e o direito significava uma indispensável e insubstituível conexão entre a razão do direito e o saber dos juristas. Isso conferia ao *common law* o seu caráter misterioso ou oculto e, embora, conforme visto acima, a retórica produzida e disseminada pelos seus principais juristas remetesse o *common law* às suas alegadas raízes populares e costumeiras, na realidade esse direito era praticamente inacessível às pessoas comuns, de modo que constituía monopólio da corporação dos juristas²⁶.

A transmissão dos conhecimentos relativos ao *common law* fazia-se essencialmente de modo oral e as raríssimas fontes escritas desse direito eram redigidas em *law french*. A utilização desse idioma, se é que assim se pode denominá-lo, exacerbava o caráter oculto do *common law*, uma vez que o *law french* era composto por uma mistura de francês, de latim e de inglês, que era, e possivelmente permanece sendo, incompreensível por todos não iniciados e treinados juridicamente para compreendê-lo. O *law french* somente foi substituído pelo inglês como língua oficial a ser utilizada nos textos jurídicos em 1731, ou seja, cerca de 50 anos após a Revolução Gloriosa²⁷.

Pode-se afirmar, portanto, que a relação real entre o *common law* e a comunidade e seus costumes é, em verdade, apenas simbólica²⁸. O pensamento do *common law* alimentou esse simbolismo em vistas a legitimar-se e diminuir possíveis resistências aos seus princípios.

²⁶ HEUSCHLING, Luc. *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris. Dalloz, 2002, p. 187. Pela relevância do trecho, impende transcrevê-lo no original: “*L’imbrication si forte entre le droit e le juge, entre la raison du droit et le savoir des juristes, s’explique historiquement par le caractère “occulte” de la science du droit. Quoique l’on dise sur ses racines populaires, la common law fut d’un accès fort difficile pour le commun des mortels. En réalité, la corporation des juristes en monopolise la connaissance*”.

²⁷ HEUSCHLING, Luc. *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris. Dalloz, 2002, p. 187. O autor assim expressa seu pensamento: “*La transmission de la common law se fait essentiellement de manière orale et les rares sources écrites sont rédigées en law french, un mélange de français, de latin et d’anglais, qui est incompréhensible pour tout non-juriste*”.

²⁸ HEUSCHLING, Luc. *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris. Dalloz, 2002, p. 187.

Os *common lawyers* serviram-se, portanto, de uma retórica legitimadora de sua própria prática não condizente com a realidade fática experimentada por essa mesma prática, que se mostrava hermética, altamente técnica e inalcançável pelas pessoas comuns.

Desse modo, puderam desenvolver o *common law* judicialmente, com poucas resistências²⁹. Além disso, com o passar do tempo e o crescimento da amplitude do *common law*, tornou-se cada vez menos plausível imaginar que pessoas não treinadas juridicamente pudessem compreendê-lo adequadamente. Isto é, o *common law* era dominado pela corporação dos juristas, os quais, ao remeterem-no aos costumes imemoriais do povo inglês, mantiveram-no inalcançável pelos demais poderes seculares, situando-o acima deles. Nenner, afirmando a importância da *razão artificial* para o *common law*, expõe essa mesma conclusão com dura clareza:

(...) the separation of law from reason (*trata-se da razão comum*) provided the greatest assurance of keeping the law out of the hands of the amateur and, therefore, beyond his control. (...) By making the law a thing apart, the agreeable gulf between lawyer and layman might be preserved. It was enough that ever subject know what the law required him to do without understanding the evolution by which that obligation came to be (se é que era possível saber o que era a exigência do Direito). Distance would encourage respect³⁰.

No mesmo sentido, e até mesmo referindo-se a Nenner, Postema conclui que a noção de razão artificial, a que somente com muito estudo, treino e experiência se adquire, como formadora do *common law* escondia uma visão extremamente cética sobre a incapacidade de as pessoas comuns engajarem-se na deliberação jurídica e, assim, permitia o monopólio da razão prática jurídica a uma elite profissional: os juristas. É claro que os *common lawyers* tinham conhecimento e consciência do que esse raciocínio implicava em termos de

²⁹ CAENEGEM, R. C. Van. The Common Law Seen from the European Continent. In: Legal History: A European Perspective. London: Hambledon Press, 1991, pp. 165-183, p. 170.

³⁰ NENNER, Howard. By Colour of Law: Legal Culture and Constitutional Politics in England, 1660-1689. Chicago: University of Chicago Press, 1977, p. 117.

afastamento do Direito das pessoas comuns³¹, mas há um outro lado importante da questão.

Hayek também aborda o assunto, ainda que inconscientemente, sob o prisma do que se denominou acima de razão artificial, aquela a que os juristas teriam acesso, porém não as pessoas comuns. O autor austríaco procura diferenciar o racionalismo evolutivo (para os gregos, *Cosmos*) do racionalismo construtivo (para os gregos, *Taxis*). Afirma, então, que nas sociedades em que habitamos apenas algumas regras a que devemos observância são produtos de construção racional, ou melhor, de uma deliberação especificamente voltada a criá-las (racionalismo construtivo); por outro lado, Hayek reconhece que a maior parte das regras morais e costumeiras que influenciam a vida em sociedade são desenvolvidas espontaneamente (*spontaneous growths*)³², o que ele identifica ao racionalismo evolutivo.

Para esclarecer melhor o ponto de vista de Hayek sobre os tipos de ordem que existem em sociedades atuais, ou seja, a ordem construída ou artificial e a ordem que se desenvolve espontaneamente, vale a transcrição a seguir:

There are several terms available for describing each kind of order. The made order which we have already referred to as exogenous order or an arrangement may again be described as construction, an artificial order or, especially where we have to deal with a directed social order, as an *organization*. The grown order, on the other hand, which we have referred to as a self-generating or endogenous order, is in English most conveniently described as a *spontaneous order*. Classical Greek was more fortunate in possessing distinct single words for the two kinds of order, namely *taxis* for a made order, such as, for example, an order of battle, and *kosmos* for a grown order, meaning originally ‘a right order in a state or a community’³³.

³¹ POSTEMA, Gerald J.. Classical Common Law Jurisprudence (Part II). In: Oxford University Commonwealth Law Journal, Vol. 3, N. 1, 2003, pp. 1-28, p. 2.

³² HAYEK, Friedrich A.. Law, Legislation and Liberty: A new statement of the liberal principles of justice and political economy. Volume I: Rules and Order. Chicago: University of Chicago Press, 1983, p. 46. Hayek assim expressa seu pensamento: “*In the kind of society with which we are familiar, of course, only some of the rules which people in fact observe, namely some of the rules of law (but never all, even of these) will be the product of deliberate design, while most of the rules of morals and custom will be spontaneous growths*”.

³³ HAYEK, Friedrich A.. Law, Legislation and Liberty: A new statement of the liberal principles of justice and political economy. Volume I: Rules and Order. Chicago: University of Chicago Press, 1983, p. 37.

A semelhança entre o ponto de partida do raciocínio de Hayek e o pensamento dos juristas tradicionais do *common law* não é, obviamente, mera coincidência. O que Hayek chama de ordem espontânea, gerada por um raciocínio evolutivo, é certamente algo que pode ser identificado ao método do *common law* que, caso a caso, constrói a evolução do Direito *por dentro*. O afastamento do Direito da população em geral por meio do prestígio da ideia de razão artificial teve, por outro lado, uma importantíssima repercussão para o objeto de estudo do presente capítulo. Em determinado momento, a especialização requerida para se operar o Direito foi oposta ao próprio Rei, indicando que ele não poderia sobrepor-se ao *common law*.

1.3. Edward Coke e o *Doctor Bonham's Case*

Roscoe Pound procurou responder àqueles que identificavam o *common law* simplesmente ao direito criado pelos juízes ou pelas Corte (*judge-made law* ou *rules made by courts*) afirmando que esse entendimento é por demais estreito e que o *common law* pode ser mais fielmente retratado como “*a mode of judicial and juristic thinking, a mode of treating legal problems rather than a fixed body of definite rules*”³⁴.

Para Pound, portanto, o *common law* pode ser considerado um sistema jurídico na medida em que opera com materiais que o autorizam a criar o direito (seriam suas fontes jurídicas) e com um procedimento judicial próprio para a aplicação/criação desse direito³⁵. De modo mais completo, Pound afirma que o *common law* consiste em:

The body of authoritative materials of judicial determination – the body of received materials in which those who decide cases are held an hold themselves bound to find the grounds of decision (...) [and] the process of determining controversies in accordance, so far as may be, with the authoritative materials for decision³⁶.

³⁴ POUND, Roscoe. *The Spirit of the Common Law*. Marshall Jones Company, 1921, pp. 40 e 42.

³⁵ EDLIN, Douglas E.. *Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2010, pp. 22-23.

³⁶ POUND, Roscoe. What is the Common Law? In: POUND, Roscoe, ed.. *The Future of the Common Law*. Peter Smith, 1965, pp. 7-8. Devo essa fonte a Douglas Edlin, em *Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2010.

Essa caracterização do *common law*, produzida por Roscoe Pound já no século XX, não se distancia da ideia que dele faziam o próprio Edward Coke e alguns de seus contemporâneos. Ou seja, Coke já enunciava o *common law* fazendo referência às suas fontes (*sources*) e ao procedimento de julgamento pelas Cortes, com seus princípios norteadores, conforme ficará claro a partir do exame do *Doctor Bonham's Case*, julgado em 1610.

Dr. Bonham era um médico, graduado pela Universidade de Cambridge, que, em 30 de abril de 1606, foi notificado pelo *Royal College of Physicians*, em Londres, para lá comparecer e responder à acusação de clinicar (praticar a medicina) sem que obtivesse a devida licença ou autorização para tanto, ocasião em que foi multado em razão da prática irregular. Dr. Bonham continuou a exercer a medicina na cidade de Londres. Em resposta ao descumprimento de sua ordem proibitiva, o *Royal College of Physicians* determinou a prisão de Dr. Bonham.

Em ambos os casos ou penas aplicadas, a de multa e a de prisão, o *Royal College of Physicians* agiu com poderes que lhes foram delegados pelo Rei, e que foram expressamente (por meio da aprovação de um *statute*) confirmados pelo Parlamento (“*in both instances acting under a royal grant, one expressly confirmed by an Act of Parliament*³⁷”). Essa delegação real era expressa, também, no sentido de restringir a prática da medicina em Londres aos profissionais que obtivessem a devida autorização do *College*.

O Dr. Bonham não obtivera a sua licença e recusava-se a obter uma. Alegava que um médico graduado por uma das mais antigas universidades do país prescindia da autorização de um conselho privado para exercer sua profissão. Dessa forma, sustentou a invalidade das ações adotadas pelo *Royal College of Physicians*, alegou ser vítima de uma prisão abusiva (*false imprisonment*). Seu caso chegou, então, à *Court of Common Pleas*, cujo Presidente (*Chief Justice*) era o Sir Edward Coke³⁸. A Corte julgou de forma favorável ao pedido de Dr.

³⁷ HELMHOLZ, R. H.. Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature. In: Journal of Legal Analysis. Volume 1. Number 1, 2009, pp. 325-353, p. 326.

³⁸ HELMHOLZ, R. H.. Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature. In: Journal of Legal Analysis. Volume 1. Number 1, 2009, pp. 325-353, p. 326. Seguirei, em grande medida, a estrutura do raciocínio apresentado neste artigo.

Bonham, com base em uma série de argumentos, mas um deles tornou-se célebre e objeto de intensa disputa acadêmica, política e terminou por ser alvo de uma inabarcável bibliografia³⁹.

O decreto real, confirmado por um *statute* (lei) do Parlamento, era claro ao prescrever que ninguém deveria ser autorizado a praticar a medicina em Londres sem prévia aprovação do *Royal College of Physicians* e que a pena a ser aplicada seria o pagamento de uma multa no valor de 100 (cem) shillings por cada mês de prática irregular da profissão (essa era a **primeira cláusula da lei**); a **segunda cláusula** dispunha que o *College* teria poderes disciplinares e de supervisão sobre todos os profissionais médicos que atuassem na cidade de Londres.

A decisão redigida por Coke é extensa, por vezes parece ser contraditória e recheada de *dicta*. Em um deles, Coke não se conteve, dada a natureza da causa que estava a julgar, e comentou ser bastante controversa uma disposição que submetia graduados de Cambridge e de Oxford à jurisdição de um conselho privado, o que, em certa medida, deixava entrever sua simpatia pela causa de Dr. Bonham. Afirmou que não poderia haver comparação entre as referidas universidades e um conselho privado, assim como não se poderia fazer uma comparação entre um pai e seu filho⁴⁰. Em suas palavras: “*The university is ‘alma mater’, from whose breasts those of that private college have sucked all their science and knowledge (...) the university is the fountain, and that and the like private colleges are ‘tanquam rivuli’, wick flow from the fountain*”⁴¹.

³⁹ Consultar, especialmente: BLACKSTONE, William. Commentaries on the Laws of England in Four Books, 2 Vols. Notes selected from the editions of Archibold, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field’s analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. Philadelphia: J. B. Lippincott Co., 1893; DICEY, Albert Venn. Introduction to the Study of the Law of the Constitution: Introduction to the Eight Edition (1915). In: Giornale di Storia Costituzionale. 13, 2007, pp. 171-229; CORWIN, Edward S.. The “Higher Law” Background of American Constitutional Law. 42 Harvard Law Review. VOL. XLII. N. 2. Dezembro, 1928, pp. 149-185; CORWIN, Edward S.. The “Higher Law” Background of American Constitutional Law (Parte II). 42, Harvard Law Review. 1928-29, pp. 365-409; ORTH, John V.. Did Sir Edward Coke Mean What He Said? 16, Constitutional Commentary. Vol. 16, 1999, pp. 33-38; SMITH, George, P. II. Dr. Bonham’s Case and the Modern Significance of Lord Coke’s Influence. Washington Law Review. Vol. 41, 1966, pp. 297-314; SMITH, George, P. II. Marbury v. Madison, Lord Coke And Dr. Bonham: Relics Of The Past, Guidelines For The Present – Judicial Review In Transition? University of Puget Sound Law Review. Vol. 2, 1979, pp. 255-267. RAMOS, Elival da Silva. Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁰ SMITH, George, P. II. Dr. Bonham’s Case and the Modern Significance of Lord Coke’s Influence. Washington Law Review. Vol. 41, 1966, pp. 297-314, p. 303.

⁴¹ 8 Co. 114 a, 77 Eng. Rep. 646 (C. P. 1610)

Na longa decisão, Coke apresenta cinco argumentos principais, não sem antes deixar claro que “*every statute ought to be expounded according to the intent of them that made it*” e assim deve ser interpretado, conforme a intenção do legislador. O *primeiro argumento* explicita que a primeira e a segunda cláusulas da lei são distintas (por óbvio) e paralelas, no sentido de que a pena prevista na primeira não é imprescindível e que o encarceramento não é a pena própria a ser imposta à conduta de um médico não licenciado; o *segundo argumento* decorria do primeiro e expunha que se alguém causasse dano físico a outrem deveria ser apenado fisicamente, mas se não o fizesse, não deveria ser-lhe aplicada pena que incidisse sobre seu corpo (como a restrição à liberdade), isto é, se o médico não licenciado praticasse a medicina em Londres sem causar dano a nenhum paciente, não deveria ser punido com a prisão.

O *terceiro argumento* afirmava a distinção entre as duas primeiras cláusulas da lei examinada, pois a primeira especificava um intervalo de tempo (um mês) de exercício irregular da medicina para que a multa pudesse vir a ser aplicada, ao passo que a segunda cláusula não fixava qualquer intervalo fixo de tempo; o *quarto argumento* fazia referência ao que muitos afirmavam ser um princípio do *common law*. Nele, Coke dispunha que uma vez que o *Royal College of Physicians* recebia as verbas referentes a metade do valor das multas que aplicava, ao *College* não poderia competir a função de impor essa penalidade, pois seus membros teriam atuado como juízes em causa própria ao aplicar a sanção⁴². Nesse ponto do argumento está a passagem mais citada e controversa da decisão:

The censors cannot be judges, ministers, and parties; judges to give sentence or judgment; ministers to make summons; and parties to have the moiety of the forfeiture (...) **the common law will controul Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such an Act to be void**⁴³. (grifei)

⁴² SMITH, George, P. II. Dr. Bonham's Case and the Modern Significance of Lord Coke's Influence. Washington Law Review. Vol. 41, 1966, pp. 297-314, pp. 303-304.

⁴³ 8 Co. 114 a, 77 Eng. Rep. 646 (C. P. 1610).

Por fim, o *quinto argumento* apenas afirmava o princípio de que ninguém pode ser punido duas vezes em razão da mesma ofensa. Por isso Coke afirmou que as duas cláusulas eram distintas, caso contrário poder-se-ia aplicar uma multa ao médico que atuasse sem a devida licença por um mês, com base na primeira cláusula e, com fundamento na segunda, poderia ser-lhe aplicada a multa com a pena de prisão, no mês seguinte. Desse modo, Coke forneceu sua interpretação de que a segunda cláusula deveria ser aplicada apenas àqueles que exercessem a má medicina, ou seja, que causassem danos aos pacientes⁴⁴.

O fato é que a interpretação mais direta e simples das palavras de Coke no *Dr. Bonham's Case* é a de que essa decisão foi a semente do que hoje se conhece por controle judicial de constitucionalidade. Especialmente para os juristas não iniciados na história do direito inglês ou, de modo geral, para os juristas inseridos no sistema do *civil law*, impera o senso comum de que Coke declarou nulo um Ato do Parlamento na decisão do *Dr. Bonham's Case*.

De tal forma esse entendimento se disseminou que serviu para embasar, em escritos de toda a parte, a ideia de que ao Judiciário deveria competir o controle dos atos dos demais poderes, podendo declará-los nulos. Cappelletti, por exemplo, assim se pronuncia sobre a decisão:

Mas quem devia controlar e afirmar tal '*repugnancy or unreasonableness*'; quem devia garantir, afinal de contas, a supremacia da *common law* contra os arbítrios do Soberano, de um lado, e do Parlamento, de outro? É esta a indagação essencial; e a resposta de Coke era firme e decidida: aquele controle, aquela garantia eram *função dos juízes*!⁴⁵

Ainda inserido nesse ideário de que o *Dr. Bonham's Case* foi a origem legítima da noção de *judicial review*, porém inserindo em seu texto sutilezas que já demonstram a complexidade do assunto e, portanto, apontam para a interpretação que se julga mais adequada

⁴⁴ SMITH, George, P. II. *Dr. Bonham's Case and the Modern Significance of Lord Coke's Influence*. Washington Law Review. Vol. 41, 1966, pp. 297-314, p. 304.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2 ed., 1984, pp. 59.

e que se examinará adiante, Elival da Silva Ramos argumenta que a decisão de Coke representou uma tentativa ousada de submissão do *statute law* ao *common law*, ou seja, uma tentativa por parte do Poder Judiciário, que ele reconhece estar hierarquicamente subordinado ao monarca, de estabelecer restrições ao poder normativo do Rei e do Parlamento. Admite, no entanto, que a decisão de Coke não deve ser compreendida pelas lentes modernas, que enxergam normalmente a invalidação de atos legislativos pelo Judiciário, mas sob o pensamento da época, que admitia, em hipóteses excepcionais, a não recepção de um *statute* pelo direito comum, mas não a sua invalidação⁴⁶.

Sem dúvida esse entendimento foi e é ainda bastante influente, todavia, não corresponde à melhor interpretação dos acontecimentos daquele período. É necessário melhor entender o contexto histórico e o cenário político-jurídico do constitucionalismo da idade média, já na beira de seu ingresso na era moderna, para que se possa voltar ao *Dr. Bonham's case* e melhor interpretá-lo. Sem pretender fazer grandes digressões históricas, pois este não é o espaço para isso, o ponto que se pretende deixar claro é que havia uma crescente tensão na comunidade inglesa, que poderia ser representada no latente conflito entre Coke e o rei James I.

Diferentemente das interpretações de Cappelletti e de Elival da Silva Ramos, há autores que sustentam que o Juiz Coke pretendeu, sim, fixar as bases de um controle judicial sobre atos do Rei e sobre atos do Parlamento, todavia, não o teria feito com base no *common law*, simplesmente considerado, mas com fundamento na Magna Carta, desde 1215 assinada por cerca de 32 (trinta e dois) monarcas. Seria essa a doutrina da *higher law* ou *fundamental law*, a qual teria servido como fundamento posterior ao surgimento do *judicial review* nos

⁴⁶ RAMOS, Elival da Silva. Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 106-107. A passagem representativa do raciocínio que pretendi demonstrar é a seguinte: “Assim, ao ensejo do julgamento do *Dr. Bonham's case*, em 1610, Coke deixara consignado que ‘*resulta de nossas regras que, em muitos casos, o common law limitará os atos do Parlamento e algumas vezes imporá sua invalidez total: pois quando um ato do parlamento é contrário ao direito e à razão comuns, ou repugnante, ou impossível de ser cumprido, o common law o limitará e imporá a sua invalidez*’. A submissão do *statute law* (direito criado pelo Parlamento) ao *common law* (direito criado pelas Cortes) adquiria, então, a conotação de uma tentativa ousada de estabelecer restrições ao exercício da atividade normativa, quer do Monarca, quer do Parlamento, cabendo apenas aos magistrados, a despeito de sua subordinação hierárquica ao Rei, esse papel, pois requeria uma formação técnica especial. A referência à invalidade do direito estatutário discrepante do *common law* não deve ser entendida à luz da moderna teoria da invalidade dos atos legislativos, pois o que, na verdade, preconizava o Juiz Coke era a não recepção do *statute law* pelo direito comum em hipóteses, a bem de ver, excepcio”.

Estados Unidos da América. Alguns a identificam diretamente com a Magna Carta, como antecedente da ideia de Constituição⁴⁷, outros baseiam a ideia de uma lei fundamental na doutrina do Direito Natural⁴⁸.

Corwin, ainda que não se possa afirmar que se comprometa com essa tese, informa sobre a Magna Carta “*its quality as higher law binding in some sense upon government in all its phases (...) as something very like a written constitution in the modern understanding*”⁴⁹. E em outra passagem realça a importância da Magna Carta na história da teoria constitucional norte-americana, imputando tal fato, largamente, a Sir Edward Coke:

The eventual rôle, indeed, of *Magna Carta* in the history of American constitutional theory is due immediately to its revival (...) by Sir Edward Coke. The tradition which Coke revived was, however, by no means his own invention; it referred back to and was to a great extent substantiated by an earlier period in the history of this famous document – famous especially because it was a *document* and so gave definite, tangible embodiment to the notion of higher law⁵⁰.

Por outro lado, consoante referido acima, há autores que afirmam que o controle preconizado por Coke ao afirmar que o *common law* poderia limitar os atos do Parlamento, declarando-os inválidos algumas vezes, apenas significa que ele está a referir que o Direito Natural pode servir de critério para esse controle. Isso porque o Juiz Coke teria afirmado princípios inerentes ao direito natural em sua decisão, tais como o de que *ninguém pode ser juiz em causa própria* e o de que *ninguém deve ser punido duas vezes em razão da mesma ofensa*. Para Smith, portanto, Coke está a afirmar a supremacia da lei fundamental (*fundamental law* ou *higher law*) sobre o restante do direito⁵¹, seja ele proveniente do Rei ou do Parlamento, seja ele o direito comum.

⁴⁷ CORWIN, Edward S.. The “Higher Law” Background of American Constitutional Law. 42 Harvard Law Review. VOL. XLII. N. 2. Dezembro, 1928, pp. 149-185.

⁴⁸ SMITH, George, P. II. Dr. Bonham’s Case and the Modern Significance of Lord Coke’s Influence. Washington Law Review. Vol. 41, 1966, pp. 297-314.

⁴⁹ CORWIN, Edward S.. The “Higher Law” Background of American Constitutional Law. 42 Harvard Law Review. VOL. XLII. N. 2. Dezembro, 1928, pp. 149-185, p. 177.

⁵⁰ CORWIN, Edward S.. The “Higher Law” Background of American Constitutional Law. 42 Harvard Law Review. VOL. XLII. N. 2. Dezembro, 1928, pp. 149-185, pp. 175-76.

⁵¹ SMITH, George, P. II. Dr. Bonham’s Case and the Modern Significance of Lord Coke’s Influence. Washington Law Review. Vol. 41, 1966, pp. 297-314, p. 313. Para exemplificar como o autor afirmava a superioridade do

Todas as posições mencionadas acima são, no mínimo, imprecisas. Coke não invalidou ou reconheceu a não recepção do *Royal Grant*, confirmado por um *Act of Parliament*, no Dr. Bonham's Case, e em nenhum outro caso. Se não o fez, muito menos poderia tê-lo realizado com fundamento no *common law* (entre tantos que assim pensam, foi citado Cappelletti); tampouco Coke teria invalidado a lei com base na Magna Carta, ou em qualquer forma que se pretendesse conferir à ideia de *Higher Law* (posição referida por Corwin); e, por fim, Coke também não se utilizou do direito natural, entendido como superior ao próprio *common law*, para invalidar um *Act of Parliament* (posição defendida por Smith).

Essas posições ajudam a entender, no entanto, o que significou a célebre decisão de Coke. Em sua conhecida contenda com o Rei e, portanto, em seu esforço por conter ou limitar o poder real, Coke desenvolveu a ideia de razão artificial, a qual seria uma espécie de raciocínio especializado, técnico, adquirido pelos juristas após longas horas de estudo e observação, bem como por meio da experiência que o exercício da profissão lhes proporcionava. Em grande medida essa importante noção do *common law* ganhou relevo e prestígio porque o Juiz Coke a impôs ao próprio rei.

O Rei James I manifestou seu intento de atuar como julgador em contenda de seu interesse e o Juiz Coke, quando foi interpelado pelo Rei, que afirmava ser dotado de razão e razoabilidade suficientes para a tarefa, fundamentou a recusa, ou seja, a proibição de que o monarca atuasse como juiz, explicitando a noção de *artificial reason*⁵². Linares Quintana bem explicita o ponto de Coke ao cuidar do episódio. Afirma ele que o próprio *common law* não é senão a razão; o que se deve entender como uma construção artificial da razão, conseguida

direito natural relativamente ao direito comum, confira-se a seguinte passagem: "Lord Coke's theory of the supremacy of the fundamental law, while not engrafted to or enshrined in the English common law itself (...)".

⁵² A passagem em que Coke expõe seu ponto de vista ao Rei é a seguinte: "*Then the King said, that he thought the laws was founded upon reason, and that he and others had reason as well as the judges: to which it was answered by me, that true it was, that God have endowed his majesty with excellent sciency, and great endowments of nature; but his Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects are not to be decided by natural reason, but by the artificial reason and judgment of law, which law is an act which requires long study and experience before that a man can attain to the cognisance of it; and that the law was the golden metwand and measure to try the causes of the subjects; and which protected his majesty in safety and peace: with which the king was greatly offended, and said, that then he should be under the law, which was reason to affirm, as he said: to which I said, that Bracton saith, quod Rex non debet esse sub homine sed sub Deo et lege*". Trecho recolhido em LOUGHLIN, Martin. *Public Law and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 44.

mediante largo estudo, observação e experiência e não como a razão natural de todos os homens⁵³.

O trecho final da resposta de Coke ao Rei, transcrita na última nota de rodapé, é extremamente importante. Quando o último indigna-se ao realizar que está submetido à lei (“*then he [the King] should be under the law*”), o juiz responde citando Bracton, o grande jurista da idade média, que afirmara que o rei não deve submeter-se aos homens, mas à Deus e ao Direito. O que se coloca nesse ponto de tensão entre o Juiz Coke e o Rei James I é a distinção entre *Jurisdictio* e *Gubernaculum*, que se torna o fio condutor da obra clássica de McIlwain⁵⁴.

Este autor traçou a história do constitucionalismo ocidental, com ênfase no contexto anglosaxônico, como sendo uma luta para distinguir *jurisdictio* (que em resumo pode-se entender como a submissão de todos, inclusive dos governantes à lei e ao Direito) de *gubernaculum* (que é a prerrogativa de dirigir, de efetivamente governar o Estado, com os poderes e competências necessários para tanto). Trata-se de uma luta constante e de difícil solução, ou equilíbrio, entre a limitação do poder e a responsabilização de quem o exerce, com os legítimos poderes para o exercitar⁵⁵.

Em obra anterior⁵⁶, à qual *Constitutionalism: ancient and modern* veio somar-se, McIlwain expõe com vigor que durante a idade média, e até o limiar da idade moderna, o *common law* não fazia distinção entre as funções de adjudicação e de legislação. A lei não era um produto da vontade dos homens, mas apenas descoberta pela razão humana, por um lado; a lei era obra Divina, para outra corrente; e, ainda, poderia ser extraída dos costumes inerente ao povo em questão. Por essa razão, o Parlamento era reconhecido como a mais Alta Corte, porém, sempre uma Corte. Quer dizer que não havia distinção essencial entre a atividade das Cortes comuns no sistema do *common law* e aquelas exercidas pelo Parlamento. Ambas criavam (reconheciam) o Direito, descobrindo-o por intermédio da razão humana (*artificial*

⁵³ QUINTANA, Victor Linares. Derecho Constitucional e instituciones políticas. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, pp. 548-549. A tradução, neste trabalho, para o português baseou-se na realizada por Elival da Silva Ramos, em sua obra citada acima.

⁵⁴ MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

⁵⁵ MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. Indianapolis: Liberty Fund, 2007, pp. 84-86, 101-108.

⁵⁶ MCILWAIN, Charles Howard. *The High Court of Parliament and its Supremacy. An Historical Essay on the Boundaries between Legislation and Adjudication in England*. New haven: Yale University Press, 1910.

reason). Nuno Piçarra afirma que a legislação nesse período nascia da atividade judicial, pois a partir dela era declarada⁵⁷.

A indistinção entre legislação e adjudicação durante a idade média, consistente na tese central da obra de McIlwain, é aceita por quase todos os autores que cuidaram do assunto. Heuschling afirma que a diferenciação moderna entre legislar e julgar, entre fazer a lei e aplicar a lei, ainda era ignorada durante a idade média. As funções normativas poderiam ser conduzidas por quaisquer autoridades (o rei, o parlamento e os tribunais) e entre elas, a que declarasse o direito seria um de seus juízes, ou descobridores e, portanto, guardião do *common law*⁵⁸. Posteriormente, conforme demonstrado a partir do debate entre Coke e o rei James I, procurou-se insistir na distinção entre *jurisdictio* e *gubernaculum* com a intenção de excluir, parcialmente, o monarca da atribuição de dizer o direito comum.

Apesar, portanto, do ressurgimento da distinção entre *gubernaculum* e *jurisdictio*, tal diferenciação era utilizada para limitar os poderes do Rei. As Cortes, nessa empreitada, estavam ao lado do Parlamento (*High Court of Parliament*). O Parlamento também realizava julgamentos e as leis aprovadas eram, em grande medida, escritas pelos próprios juízes como a cristalização de princípios do *common law* descobertos e lapidados pelas Cortes. Outras vezes os juízes consultavam o Parlamento acerca do significado de certos *statutes*.

A não diferenciação entre adjudicação e legislação refletia-se também na indistinção entre os próprios indivíduos aplicadores e descobridores do direito, uma vez que, em curto espaço de tempo, transitavam entre Cortes e Parlamento, no exercício de ambas as funções, que, em verdade, eram a mesma e única função. Vale, no ponto, a transcrição que se segue:

The relations of ordinary court and High Court of Parliament were undeniably very close. We cannot, we should not, think that judges kept their 'judicial' and their 'legislative' and their 'administrative' business totally separate and distinct from one another. On the contrary, we find a judge in 1338 in a case argued 'In the last place we may consider how much hath been attributed to the opinions of the king's judges by parliaments, and so find that the king's council hath

⁵⁷ PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e como princípio constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 45. Nesse mesmo sentido, ver também: DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Tradução de Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002; e SIFUENTES, Mônica. Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁵⁸ HEUSCHLING, Luc. État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law. Paris. Dalloz, 2002, p. 185.

guided and ruled the judges, and the judges guided the parliament' (...) In a [other] case where the interpretation of the Statute De Donis was in dispute (...) Herle said that the strongest argument for one side of the case was the construction given by Hengham, 'who drew the Statute'. (...) We have numerous cases of the judges consulting Parliament when they are uncertain of the meaning of an act (...) and this was sometimes the same Parliament that actually made the statute: sometimes it was one totally different. The persons in Parliament who, in these cases, gave the desired advice, there can be little doubt, were for a long time the ones who had actually drawn the statute, namely, the judges. (...) Parliament was not 'external' to the courts below it⁵⁹.

Apesar de longa, a transcrição realizada acima mostrava-se necessária para que se pudesse perceber que até o início da idade moderna, pode-se considerar nesse caso, até a Revolução Gloriosa (1688), o Parlamento não tinha por principal função legislar. Não há dúvidas quanto a isso. Além disso, se parlamentares foram ou seriam juízes e vice-versa, ou seja, se os juízes, de fato, eram os redatores das leis, era natural que as interpretassem largamente, intimamente, diriam alguns, visto não haver a deferência que se supõe existir quando um juiz interpreta uma lei oriunda de um órgão supremo: os juízes estavam a interpretar aquilo que eles próprios haviam construído.

Agora é preciso, então, bem interpretar as informações expostas para melhor entender-se o significado das palavras de Coke no célebre *Dr. Bonham's Case*. Na constante luta entre *gubernaculum* e *jurisdictio*, a oposição inicialmente criada forjou-se entre o Rei e o Parlamento (*locus* de resistência dos senhores feudais às investidas reais). Os juízes, conforme visto no início do tópico, eram juízes do Rei. Em seu nome julgavam e ainda o fazem, e viajavam pelo país uniformizando o direito comum. Nesse contexto é que, ao contrário de opiniões acima referidas que colocavam a Magna Carta como direito superior, tem-se que ela foi inserida no sistema do *common law* para viabilizar a sua integração no direito comum pelos juízes. E, por essa via, permitir certo controle da aplicação do direito por parte da coroa.

A inserção da Magna Carta no direito comum fica evidenciada quando se relembra que o Rei Edward I ordenou a todos os juízes e demais oficiais do Reino que deveriam guiar-se

⁵⁹ MCILWAIN, Charles Howard. *The High Court of Parliament and its Supremacy. An Historical Essay on the Boundaries between Legislation and Adjudication in England*. New haven: Yale University Press, 1910, pp. 247-261.

pelas leis, que tratassem a Magna Carta como sendo parte do *common law* e assim a considerassem em todas as queixas que lhes fossem dirigidas. O processo de absorção da Magna Carta pelo *common law* resta comprovado e ocorre de forma paulatina desde o seu surgimento⁶⁰. Bracton, o grande jurista da idade média na Inglaterra, referia-se à Magna Carta como um *statute*⁶¹, apenas mais uma entre as fontes⁶² do *common law*. Desse modo, não prospera o argumento de que Coke teria realizado o controle de um ato do Parlamento com base em algum tipo de lei fundamental (a Magna Carta), pois esta estava inserida no direito comum.

Com o processo de crescente identificação entre juízes e parlamentares (que passaram a constituir em conjunto, a partir do início do século XVII, pelo menos, a resistência da *jurisdictio* à *gubernaculum* real), as Cortes passaram a tentar impor limites ao Rei. Essa situação ficou clara com o debate entre o Juiz Coke e o Rei James I, mencionado acima. Vale ressaltar que James I era antes rei da Escócia, não muito identificado aos costumes ingleses, e era também grande admirador de Louis XIV, o monarca absoluto francês. Note-se que havia identificação entre as Cortes e o Parlamento (*High Court of Parliament*), tanto de funções como de pessoas, e a necessidade que surgia clara no horizonte político era a de limitar os poderes do Rei.

Se, por um lado, não prosperava a ideia de Magna Carta como lei fundamental superior ao *common law*, por outro, não se vislumbrava a noção de controle de atos do Parlamento pelo *common law*, visto que ambos eram indistintos, confundiam-se. Muitas vezes os juízes redigiam as leis. Então, qual o significado do *dictum* de Coke, que afirmava que por vezes o direito comum controlará os atos do Parlamento? Antes de tudo, é importante lembrar que no *Dr. Bonham's case* cuidava-se de um decreto real, que conferia poderes ao *Royal College of Physicians*, posteriormente aprovado por um Ato do Parlamento. Desse modo, deve-se levantar o detalhe de que, no caso concreto, o ato em exame não fora redigido por um juiz ou pelo Parlamento.

⁶⁰ CORWIN, Edward S.. The "Higher Law" Background of American Constitutional Law. 42 Harvard Law Review. VOL. XLII. N. 2. Dezembro, 1928, pp. 149-185, pp. 177-178.

⁶¹ CORWIN, Edward S.. The "Higher Law" Background of American Constitutional Law. 42 Harvard Law Review. VOL. XLII. N. 2. Dezembro, 1928, pp. 149-185, p. 178.

⁶² EDLIN, Douglas E.. Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2010, pp. 22-32.

Ante a indistinção entre as funções de adjudicação e de legislação e do contexto político da época, parece ausente de dúvida que a interpretação correta sobre a decisão de Coke é aquela que afirma que ele apenas exerceu o poder de interpretação típico dos juízes do sistema do *common law*, o qual naquela altura, estava impregnado, também, de princípios entendidos como provenientes do direito natural.

A utilização do direito natural por Coke pode parecer contraditória em um primeiro momento, mas não era. Conforme visto no início do tópico a retórica que os juristas do *common law* utilizavam para o legitimar calcava-se em sua fonte na razão comum a todos os homens, nos costumes imemoriais do povo inglês e nos direitos que lhes são inerentes e, portanto, naturais.

Se em períodos anteriores, como no início da idade da média, os direitos naturais eram reconduzidos à origem divina, a retórica dos *common lawyers* o transformaram em direitos extraídos dos costumes e hábitos do próprio povo, em ordem a legitimá-los perante esse mesmo povo. Se antes Deus era a fonte exclusiva dos direitos e acoplava-se não raramente ao monarca, agora, *vox populi, vox dei*, ou a voz do povo, que deve valer, é a voz do povo de Deus, isto é, dos ingleses, com seus hábitos e costumes imemoriais, descobertas pela razão especializada dos juristas⁶³.

Entendidos os direitos naturais como inerentes ao *common law*, torna-se fácil conceber que Coke manejava seus princípios indistintamente, como se fossem do próprio *common law*, ou, mais provável, como se a tradição do direito natural também tivesse sido absorvida pelo direito comum. Assim, retornando à decisão, seu melhor entendimento é o de que Coke (i) não considerava problema algum usar princípios do direito natural, pois ele não os distinguia do *common law*; (ii) para Coke, a inteligência desse direito natural estabelecia que nenhum homem deveria ser juiz em causa própria, pois isso era absolutamente contrário à essência do processo judicial em que duas partes controvertem e um terceiro arbitra. Isso surge claramente dos fatos do *Dr. Bonham's case*; (iii) para Coke, a afirmação desse princípio de direito natural não contrariava o direito legislado, o qual tinha disposições semelhantes e, portanto, ele estava apenas a perpetrar uma interpretação sistemática ou conciliadora, que harmonizava as normas envolvidas. Além disso, o direito natural, entendido como o era na época, sequer vislumbrava

⁶³ HEUSCHLING, Luc. *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris. Dalloz, 2002, pp. 176-98.

a possibilidade de um controle judicial de constitucionalidade das leis; e (iv) Coke acreditava estar, de fato, fazendo algo corriqueiro, pelo menos é o que indicam as palavras mal escolhidas que utilizou e as práticas rotineiras das Cortes de seu tempo⁶⁴.

Dessa forma, a posição desse estudo é no sentido de que o Juiz Coke apenas propôs uma interpretação sistemática do direito de seu tempo, nos moldes próprios da atuação judiciária de sua época, que não admitia a superioridade da Magna Carta sobre o restante do direito e que sequer vislumbrava qualquer forma de *judicial review*. Coke atuou como um juiz ordinário qualquer inserido no sistema do *common law*, aplicando seus procedimentos interpretativos e seus princípios norteadores, que coincidem com máximas do direito natural⁶⁵. Consoante concluiu Hamburger, “*Coke in his report of Bonham’s did not mean to suggest that judges could hold statutes void*”⁶⁶.

Por outro lado, é fato que Coke estava em conflito com o poder do Rei James I. Mas não apenas ele, como também a classe dos juristas em geral, e depois o povo, incluídos juízes e membros do Parlamento. A indistinção pessoal e funcional entre as Cortes e o Parlamento comprovam que não havia qualquer intenção de opor juízes a legisladores: eles se confundiam⁶⁷. Desse modo, qualquer menção a Coke como precursor do *judicial review* deve atentar para o fato de que isso não foi proposto por ele, que sequer cogitou a ideia. Em verdade, os eventos seguintes demonstraram à sociedade que juízes e membros do Parlamento uniram-se para, somando às suas forças e ideias, a força popular crescente, imporem ao Rei a distinção entre *jurisdictio* e *gubenaculum*, que sempre perseguiram⁶⁸.

A Guerra Civil inglesa, iniciada em 1642, comprova a coerência desse raciocínio. E o seu coroamento vem com o passo seguinte daquela sociedade que vivia tempos conturbados: a

⁶⁴ HELMHOLZ, R. H. Bonham’s Case, Judicial Review, and the Law of Nature. In: Journal of Legal Analysis. Volume 1. Number 1, 2009, pp. 325-353, pp. 331-344.

⁶⁵ HELMHOLZ, R. H. Bonham’s Case, Judicial Review, and the Law of Nature. In: Journal of Legal Analysis. Volume 1. Number 1, 2009, pp. 325-353, pp. 331-344.

⁶⁶ HAMBURGER, Philip. Law and Judicial Duty. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 630.

⁶⁷ MCILWAIN, Charles Howard. The High Court of Parliament and its Supremacy. An Historical Essay on the Boundaries between Legislation and Adjudication in England. New haven: Yale University Press, 1910, pp. 247-261.

⁶⁸ MCILWAIN, Charles Howard. Constitutionalism: ancient and modern. Indianapolis: Liberty Fund, 2007, pp. 84-86, 101-108.

Revolução Gloriosa (1688-1689). O que emerge desse processo é a importantíssima doutrina inglesa da Soberania do Parlamento⁶⁹.

O Parlamento consagrou-se vencedor da guerra contra a coroa a impôs a ela os limites que julgou serem os melhores e mais eficientes (novamente aparece de modo consistente a tese de McIlwain, sobre a evolução do constitucionalismo por meio da luta contínua entre *jurisdictio* e *gubenaculum*). Mais uma vez a história corroborou a melhor interpretação da decisão de Coke, que não insinuava um caminho para o *judicial review*, conforme a leitura que dela fizeram as colônias inglesas na América do Norte⁷⁰, mas culminou com a limitação dos poderes da Coroa e com a consagração do princípio da Soberania do Parlamento, que, a bem de ver, consiste na soberania dos atos do Rei no Parlamento (*Acts of the King in Parliament*).

⁶⁹ GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Parliamentary Sovereignty: contemporary debates*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

⁷⁰ GERBER, Scott Douglas. *A distinct judicial power: the origins of an independent judiciary, 1606-1787*. New York: Oxford University Press, 2011.

⁷¹ CORWIN, Edward S.. The “Higher Law” Background of American Constitutional Law (Parte II). 42, *Harvard Law Review*. 1928-29, pp. 365-409.

CAPÍTULO 2 – AS DIFERENÇAS HISTÓRICAS E TEÓRICAS ENTRE AS COMPREENSÕES INGLESA E AMERICANA DO *COMMON LAW*: A ORIGEM DO *JUDICIAL REVIEW*

O capítulo anterior foi fechado com a constatação de que a decisão do *Dr. Bonham's Case* não apenas passou ao largo de qualquer cogitação acerca do *judicial review* como seu redator colaborou, como os juízes em geral, para uma solução radicalmente oposta, prevalecente na Inglaterra até pouquíssimos anos atrás, consistente na Soberania do Parlamento. Como se chegou a tanto e o que isso significa são questões introdutórias dessa parte do trabalho.

2.1. O estabelecimento do princípio da Soberania do Parlamento no Reino Unido: a derrota da interpretação condutora ao *judicial review*

Com o fim da dinastia dos Tudor, os Stuarts assumiram o trono inglês, em 1603, em um movimento que levou o Rei James VI, da Escócia, a tornar-se o Rei James I da Inglaterra. Os Stuarts travaram uma relação mais atribulada do que seus antecessores com o sistema político-jurídico inglês. James I era grande admirador de Louis XIV, considerado de forma geral na Inglaterra um monarca absoluto, tirânico, e ainda acreditava na origem divina da autoridade do monarca, de modo que somente a Deus deveria prestar contas.

Com sua morte, seu filho Charles I o sucedeu e, assim como o pai, pretendeu estender sobremaneira os poderes da coroa. Seu reinado, iniciado em 1625, terminou em 1649, no fim da Guerra Civil inglesa, com sua execução. Entre outras arbitrariedades, Charles I alargou a incidência dos *impositions* criados por seu antecessor, bem como criou, sempre sem a

anuência do Parlamento, empréstimos compulsórios que sobrecarregavam ainda mais os seus súditos⁷².

A oposição iniciou um processo de forte combate às medidas adotadas pela coroa, que resolveu dissolver o Parlamento para governar sem restrições. Durante um intervalo de onze anos Charles I reinou sozinho e esse período ficou conhecido como o do *personal rule*. As mais variadas formas de taxaço foram testadas pelo Rei nesse período e a população tornava-se cada vez mais alvo de seus impulsos. Todas as medidas adotadas, de modo suspeito, passaram pelo crivo das Cortes de Justiça, mesmo quando precedentes autorizavam que fossem glosadas.⁷³

A Guerra civil, impulsionada pelo conflito entre monarquistas e parlamentaristas (defensores das competências do Parlamento), eclodiu em 1642. Ao final, derrotada a coroa, instituiu-se um governo republicano, liderado por Oliver Cromwell. Cerca de dez anos depois, com a morte de Cromwell (1658), iniciou-se um processo de restauração da monarquia.

Em 1660, o Parlamento fez rei o filho de Charles I, limitando-lhe os poderes. Com sua morte, em 1685 seu irmão, James II, assumiu o seu lugar. Católico e cultor da monarquia absoluta, James II em pouco tempo levantou os óbvios problemas políticos e religiosos que suas características pessoais indicavam. Em apenas três anos James II foi destituído e William of Orange, seu genro, empossado em seu lugar⁷⁴.

Foi no processo dessa substituição que se deu a Revolução Gloriosa. O Parlamento, que poderia ter acabado com a instituição da monarquia, preferiu preservá-la, todavia, limitando-a severamente. Consolidaram-se importantes limitações no *Bill of Rights*, de 1689, que estabeleceu como, quando e em que circunstâncias a Coroa poderia exercer algum poder. Todos os direitos previstos no *Bill of Rights* eram e ainda são de titularidade do Parlamento e o principal intuito do documento é limitar o poder da coroa, disciplinando suas relações com o Parlamento.

⁷² VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Presidencialismo de Coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro. Dissertação de Mestrado. Brasília: Centro Universitário de Brasília – UniCeub, 2011, pp. 42-46. Abordei mais longamente o tema nessa dissertação.

⁷³ Sobre as *impositions*: *Batte's Case* (1606); empréstimos compulsórios: *Darnel's Case* (1627); e sobre a taxa que ficou conhecida como *ship-money*: *R v. Hampden* (1637).

⁷⁴ TASWELL-LANGMEAD, Thomas Pitt. English Constitutional History. 6 ed. Londres: P. Ashworth, 1905, pp. 503-504.

O *Bill of Rights* de 1689, de fato, estabeleceu severas limitações à Coroa, a ponto de não ser exagero dizer que impôs as condições sob as quais a Inglaterra aceitaria manter a monarquia⁷⁵. Além do *Bill of Rights*, em 1701 o Parlamento logrou impor, também, o *Act of Settlement*, por meio do qual poderia controlar a linha sucessória do trono inglês. A partir de então, a coroa depende em sua própria existência como instituição do consentimento do Parlamento.

As instituições político-jurídicas inglesas modernas forjaram-se, portanto, a partir da necessidade de se limitar o poder do Rei, tornando-o obrigado a prestar contas ao Parlamento, na contínua luta acima referida entre *gubernaculum* e *jurisdictio*. A força do arranjo político inglês reside, portanto, numa espécie de acordo entre coroa e Parlamento, ainda que este tenha imposto seus termos àquela. Isso porque tanto o *Bill of Rights* quanto o *Act of Settlement* são documentos, com força constituinte inegável, assinados pela Coroa e pelo Parlamento, de modo que representam um contrato fundante.

O atos primários do Parlamento, ou seja, a legislação, são chamados oficialmente pelo Direito inglês, portanto, de “*Acts of the Queen-in-Parliament*”, o que implica admitir que o princípio da Soberania do Parlamento significa o reconhecimento do contrato constituinte entre Coroa e Parlamento.

Dicey⁷⁶ afirmava, então, que o Parlamento tem o direito de aprovar as leis que entender e que ninguém e nenhuma instituição na Inglaterra tem o direito de revisar a legislação do Parlamento. Por isso, deve-se entender por lei, para esse propósito, os “*Acts of Parliament*”,

⁷⁵ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Presidencialismo de Coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro. Dissertação de Mestrado. Brasília: Centro Universitário de Brasília – UniCeub, 2011, pp. 42-46.

⁷⁶ DICEY, A. V.. Introduction to the study of the Law of the Constitution. 10 ed. Londres: MacMillan, 1961, pp. 39-40: (...) The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the Law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.

A law may, for our present purpose, be defined as ‘any rule which will be enforced by the courts.’ The principle then of Parliamentary sovereignty may, looked at from its positive side, be thus described: Any Act of Parliament, or any part of an Act of Parliament, which makes a new Law, or repeals or modifies an existing law, will be obeyed by the courts. The same principle, looked at from its negative side, may be thus stated: There is no person or body of persons who can, under the English constitution, make rules which override or derogate from an Act of Parliament, or Which (to Express the same thing in other words) will be enforced by the courts in contravention of an Act of Parliament.”

os quais, em regra⁷⁷, devem ser aprovados pelas duas Casas do Parlamento e contar com o “Royal Assent”. Nisso consiste a Soberania do Parlamento.

A legislação promulgada nesses moldes (*statute law*) deve ser aplicada de forma geral, inclusive pelos Tribunais, os quais não tinham poderes de revisão da legislação até a entrada do século XXI⁷⁸. O preâmbulo da promulgação das leis no Reino Unido é, reitere-se, esclarecedor acerca do papel constituinte do contrato entre Parlamento e Coroa, o qual é essencial à compreensão do princípio da Soberania do Parlamento, o qual se refere estritamente aos “*Acts of the Queen-in-Parliament*”:

Be it enacted by the Queen’s most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows: - ⁷⁹

Pretendeu-se demonstrar, portanto, que no direito inglês o legislador não é o Parlamento, mas “the Queen-in-Parliament”, e isso implica aceitar que, pelo menos simbolicamente, a soberania é compartilhada por ambos, desde que atuem conjuntamente. Nesse sentido, é interessante conferir as palavras de Tomkins:

Why does the constitution provide that the Acts of the Queen-in-Parliament should have a legal status higher than any other known in English law? The answer is connected to the seventeenth century notion of the separation of Power (the ‘Crown versus Parliament’ thesis) outlined above. An Act of Parliament represents the legal moment when the two sovereign authorities of England come together and agree: Parliament on the one hand, and the Crown on the other. What could be a higher authority in this scheme of dual sovereignty than the formal agreement of England’s two sovereigns? Parliament has never legislated to confer legislative supremacy on itself. The source of law, which provides authority for the propositions that Parliament may make or unmake any law whatsoever and that no-one may over-ride or set aside the properly enacted legislation of

⁷⁷ ALLEN, Michael e THOMPSON, Brian. *Cases & Materials on Constitutional & Administrative Law*. 8 ed. New York: Oxford University Press, 2005, p. 48. Os autores informam que leis de 1911 e 1949 criaram exceções que permitem que legislação seja aprovada pela *House of Commons*, com o “*Royal Assent*”, sem que tenha sido aprovada pela House of Lords.

⁷⁸ Reformas constitucionais criaram a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis na Inglaterra, cujo principal parâmetro de controle é o *Human Rights Act*, de 1998. Ver: OLIVER, Dawn. *Constitutional Reform in the UK*. New York: Oxford University Press, 2003.

⁷⁹ ALLEN, Michael e THOMPSON, Brian. *Cases & Materials on Constitutional & Administrative Law*. 8 ed. New York: Oxford University Press, 2005, p. 48.

Parliament, is not statute. Rather, its source lies in judicial recognition of the historical fact that England has two sovereigns, who share Power, and that there is no higher authority than these two sovereign authorities coming together formally to agree a measure. In this sense, the doctrine of the sovereignty of Parliament – that is to say, the doctrine of legislative supremacy of Acts of the Queen-in-Parliament – is a contemporary manifestation of the ‘Crown versus Parliament’ thesis.⁸⁰

O conflito entre *jurisdictio* e *gubernaculum* obteve no Reino Unido, ainda que sempre provisoriamente, uma solução bastante engenhosa, menos traumática do que em outros lugares do mundo e, certamente, bastante estável e duradoura. Um de seus principais traços ficou conhecido como princípio da Soberania do Parlamento. E esse arranjo político-jurídico bastante bem sucedido não contou, por mais de 300 (trezentos) anos, com qualquer forma de *judicial review of legislation*.

2.2. A incipiente prática do *judicial review* no período colonial

A prática do direito tal como se sucedia na Inglaterra foi herdada, desde cedo, pelas colônias inglesas da América do Norte. Isso inclui diversos institutos e instituições, a tradição do *common law*, os livros de teoria e doutrina do Direito, os *yearbooks* (repositórios de *case law*; o que se chama no Brasil de jurisprudência) e a noção de algum tipo de controle de atos de autoridades com base em normas superiores⁸¹ foram elementos que constituíam o direito inglês e que foram trazidos às colônias da América do Norte.

Conforme visto nos tópicos anteriores, a palavra *repugnant* foi utilizada por Coke no *Dr. Bonham's case*, indicando a desconformidade entre um ato de autoridade e o *common law*: “*the common law will controul Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such an Act to be*

⁸⁰ TOMKINS, Adam. Public Law. New York: Oxford University Press, 2003, pp. 48-49.

⁸¹ A referência foi feita a algum tipo de controle de atos de autoridade porque, à época, ainda não havia surgido a expressão *judicial review* tampouco se poderia utilizá-la de modo adequado para descrever o que acontecia nas colônias em geral.

*void*⁸²”. Vários precedentes da mesma época e diversos livros jurídicos da Inglaterra utilizavam reiteradamente o termo *repugnant* ou *repugnancy* ao fazerem referência à desconformidade entre uma norma e outra que lhe é superior⁸³, em contextos os mais variados.

Bilder explica que o significado atual da palavra *repugnante* é mais próximo de repulsivo ou desagradável. Isso é perfeitamente admissível tanto em língua inglesa quanto em português, de modo que a tradução, pelo menos nesse ponto, não implica qualquer perda ou alteração de significado. A autora continua sua exposição para demonstrar que, no direito inglês da época em que decidido o *Dr. Bonham's case*, o termo *repugnante* era utilizado para exprimir a ideia de inconsistência, contrariedade ou contradição⁸⁴, no que ela está precisamente correta.

De fato, juízes, juristas e parlamentares (os operadores do direito inglês em geral) designavam com a palavra *repugnante* uma relação problemática entre textos, regras jurídicas, entre outras coisas. Era comum o uso do termo, muitas vezes acompanhado da palavra *contrary*, para revelar a contradição entre dispositivos de dois *statutes* e se tornou comum, também, usar a palavra *repugnante* para expressar a contradição entre uma norma inferior e aquela que lhe é superior, que fundamenta a sua validade e, portanto, o termo *repugnante* passou a servir para esclarecer os limites hierárquicos no relacionamento entre normas de graus diferentes⁸⁵.

⁸² 8 Co. 114 a, 77 Eng. Rep. 646 (C. P. 1610).

⁸³ BILDER, Mary Sarah. The Corporate Origins of Judicial Review. New Haven: The Yale Law Journal, 116, pp. 502- 566, pp. 513.

⁸⁴ BILDER, Mary Sarah. The Corporate Origins of Judicial Review. New Haven: The Yale Law Journal, 116, pp. 502- 566, pp. 513-514.

⁸⁵ BILDER, Mary Sarah. The Corporate Origins of Judicial Review. New Haven: The Yale Law Journal, 116, pp. 502- 566, pp. 513-514. No original: “*This history of judicial review begins with ‘repugnancy’. Repugnant was a relatively common word in early English law. It appeared in the thirteenth century in Bracton, in the fourteenth and fifteenth centuries in the Year Books, and in the sixteenth century in the works of Edward Coke. The usage of the word did not carry the modern connotation of unpleasantness or repulsiveness. ‘Repugnant’ meant ‘inconsistent’ or ‘self-contradictory’. It often appeared in conjunction or was used interchangeably with ‘contrary’. Lord Ellesmere thus noted, ‘If the words of a statute be contrary or repugnant, what is there then to be said?’ ‘Repugnant’ frequently described a problematic relationship between texts, for example, provisions in statutes, grants, deeds, wills, writs, counts, and judgments. Francis Bacon discussed situations in which there was a ‘direct contrariety and repugnancy’ between two statutes. ‘Repugnant’ or ‘contrary’ also came to designate the boundaries of proper hierarchical relationship between bodies of law. Under Henry VIII, this hierarchical use of ‘repugnancy’ became increasingly prevalent and came to regulate the relationship between English law and ecclesiastical law, as well as English law and Welsh law.*”.

A forma de uso da palavra *repugnante* mais frequente no direito inglês é também a que mais interessa ao presente tópico. O termo ligava-se diretamente à disciplina das corporações (*corporations*), as quais poderiam ser entidades civis, comerciais, associativas, entre outras. Essas corporações eram criadas, em quantidade cada vez maior, e muitas delas conseguiam que o monarca lhes delegasse poderes ou competências para estabelecerem regras internas, ou normas que disciplinassem as relações entre os membros de determinada corporação, entre os membros e a própria entidade, ou, ainda, normas que permitissem que a corporação *governasse* a finalidade para a qual fora constituída. Esta última competência permitia uma atuação externa da corporação.

As normas editadas pelas corporações por meio desse poder normativo a elas admitido ficaram conhecidas como *bylaws* ou *ordinances*. E, a bem de ver, muitas vezes essas normas constituíam jurisdições delegadas, paralelas à jurisdição do Estado. McLean esclarece que as corporações eram formas particulares de jurisdição delegadas por meio do exercício da prerrogativa real⁸⁶. Em geral, o Rei concedia uma autorização para que determinadas corporações fossem constituídas e tivessem como funcionar.

Criadas várias corporações, começaram a ocorrer casos em que algumas delas disciplinavam determinadas condutas de forma contrária ou *repugnante* ao *common law*. Basta retomar-se o exemplo do *Dr. Bonham's case* e será possível entender-se o que se está a dizer, bem como compreender a naturalidade com que o Juiz Coke proferiu aquelas palavras que ficaram célebres.

O que Coke tinha diante de si para julgamento era um caso em que uma corporação – o *Royal College of Physicians* – havia recebido uma autorização real para ganhar vida. A corporação fora, então, criada por uma *letters patent*, que era o documento escrito por meio do qual o rei poderia constituir ou autorizar a constituição de uma corporação. No caso *Bonham's*, é certo, a autorização real fora confirmada pelo Parlamento, mas isso não invalida ou prejudica o raciocínio que se seguirá.

Constituído o *Royal College of Physicians*, detinha ele jurisdição sobre os médicos que atuavam em Londres, bem como competência para disciplinar a forma por meio da qual se

⁸⁶ MCLEAN, Janet. The Transnational Corporation in History: Lesson for Today? 79, Ind. Law Journal, 2004, pp. 363-364.

autorizaria a um novo profissional que trabalhasse naquela cidade, além de poderes para punir os que praticassem a medicina de forma irregular. O Dr. Bonham praticava a medicina de forma irregular, segundo as normas do *College*, visto que não obtivera a devida licença para praticar a medicina em Londres. Assim, essa corporação aplicou-lhe as sanções, conforme analisado nos tópicos anteriores.

Ao proferir a decisão a favor do médico e contra o Conselho, afirmando que as regras que guiavam a sua atuação eram *repugnantes* e contrárias ao *common law*, e que, assim sendo, poderiam ser controladas pelo direito comum e declaradas nulas, Coke estava apenas a fazer algo absolutamente corriqueiro e comum na época, que consistia em impor limites às normas das corporações, o que era expressamente autorizado por um *Act of Parliament* de 1504⁸⁷. Desse modo, haveria, no máximo, um aparente conflito de normas de mesma hierarquia (para se usar expressão do sistema do *civil law*).

O direito inglês admitia a criação das corporações e a elas concedia, entre outros, poderes normativo-disciplinares, porém, desde que suas regras não contrariassem o direito da terra, inglês. O direito das corporações, que se constituíam como espécies de microssistemas jurídicos ou ordens normativas parciais, era limitado pelo *common law* (com todas as fontes que o compõem: costumes, leis, decretos, decisões judiciais, textos jurídicos, entre outras)⁸⁸.

De forma concreta, portanto, Coke estava a limitar uma ordem jurídica parcial e privada (um Conselho privado, conforme ele tantas vezes ressaltou em sua decisão), jamais o próprio Parlamento, que apenas formal e indiretamente era referido, por ter confirmado a autorização real. Ressalte-se: Coke julgava um caso concreto e impediu que direitos de uma pessoa fossem violados por normas privadas de um Conselho profissional contrárias ao *common law*. Mas esse mal entendido também colaborou para o surgimento do *judicial*

⁸⁷ HAMBURGER, Philip. *Law and Judicial Duty*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 261. No original: “(...) judges could traditionally disallow the by-laws of certain types of corporations under the 1504 act of Parliament”.

⁸⁸ BILDER, Mary Sarah. *The Corporate Origins of Judicial Review*. New Haven: The Yale Law Journal, 116, pp. 502- 566, pp. 516-518. A autora afirma, com base em diversos estudiosos do tema, que as corporações do direito inglês devem ter sua origem no Direito Romano, passando pelas corporações de ofícios. Demonstra, ainda, que o poder normativo dessas corporações foi admitido paulatinamente e, na medida em que surgia, era comentado pelos juristas que o justificavam, por um lado, e o limitavam, com base no *common law*, por outro. Diversos autores cuidaram do assunto: Bracton, Coke, Maitland, Blackstone, entre outros.

review. Esse é, também, o entendimento que Kramer confere aos fatos narrados, conforme se pode perceber a partir da leitura da seguinte passagem:

The bottom line seems to be that even if there could have been an understanding of Coke that might theoretically have provided a foundation for judicial review, in fact Coke's writings were not important in its development – apparently because this was not how the case was understood. Instead, the concept of judicial review sprang from other intellectual and political sources: sources that were themselves not judicial in nature.

The same point is true for the assorted principles of hierarchical review that already existed in colonial America. English legal practice had for centuries recognized an idea of superior and inferior law according to which courts would enforce superior laws over inferior ones, such as statutes over municipal by-laws and charters over statutes. Some commentators have assumed that these forms of review were or would have been precedent for a principle like judicial review, apparently because they assume that a constitution would have been treated as nothing more than another, albeit higher form of ordinary law – an assumption that we shall see below is misplaced⁸⁹.

A relevância de tratar das corporações e de relembrar o *Dr. Bonham's Case* (que foi apenas um entre tantos similares) está em revelar que o controle exercido pelos tribunais ingleses ocorria em face de atos de corporações privadas⁹⁰, em primeiro lugar, ainda que elas fossem constituídas por ordens reais e confirmadas pelo Parlamento. Significa dizer que, de fato, buscava-se conferir harmonia à ordem jurídica como um todo, impedindo que o direito no interior das corporações fosse *repugnante, contrário*, ao direito do Estado, ou seja, à própria legislação geral e, por fim, ao *common law*⁹¹.

⁸⁹ KRAMER, Larry D.. The people themselves: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 22-23.

⁹⁰ HAMBURGER, Philip. Law and Judicial Duty. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 256-280.

⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2 ed., 1984, p. 60-61. Cappelletti corrobora essa linha de raciocínio: “Como ressalta James Grant, em seu livro já recordado, conforme a lei inglesa, toda *corporación*, seja ela uma companhia comercial privada ou *municipalidad*, ‘puede hacersolamente aquellas cosas que le autoriza su carta o constitución propia’. Disto deriva a importante consequência de que ‘los reglamentos (o reglas secundarias) que van más allá de la autoridad a ella [corporación] concedida *son nulos y no pueden ser puestos en vigor por los tribunales*’.

Pois bem, muitas dentre as Colônias inglesas da América (“plantations”) foram, inicialmente, constituídas precisamente como companhias comerciais, e, de qualquer modo, a maior parte das Colônias foi regida por ‘cartas o estatutos de la Corona’.

Em segundo lugar, isso demonstra que a invalidação do direito das corporações consistia em relação hierárquica entre normas jurídicas de graus distintos. O princípio subjacente a isso era apenas o de que o direito das corporações deve observar o direito comum. As ordens jurídicas parciais ou locais devem estar em conformidade com a ordem jurídica do Estado. As próprias corporações, e vários juristas importantes faziam parte delas, a exemplo de Coke, passaram a estabelecer em seus estatutos a chamada *repugnancy clause*, ou seja, uma cláusula que alertava os seus responsáveis sobre a necessidade de se observar o *common law*⁹².

Note-se que nesse período a Inglaterra constituía companhias ou corporações de grande relevo, como as companhias de navegações. Esse tipo de corporação representava um microsistema jurídico que precisava atuar, muitas vezes, fora das fronteiras do país, sem que houvesse, no momento do calor dos acontecimentos, a quem recorrer contra qualquer arbitrariedade proveniente da autoridade incumbida de tomar as decisões. Por isso, o estabelecimento claro da relação de subordinação das normas das corporações com relação ao direito do reino significava uma garantia para os cidadãos de que estariam acobertados pelo *common law*, pelo seu reino (nesses casos a jurisdição competente era a do *Privy Council*), mesmo fora de suas fronteiras.

O importante de tudo isso é que as colônias inglesas da América do Norte, e agora retorna-se ao ponto principal desse tópico, foram constituídas e eram consideradas espécies de corporações. Assim, aos poucos foram estabelecendo suas instituições, governos, legisladores e os seus judiciários próprios, mas eram, como as corporações, e uma vez colônias inglesas, compreendidas como entidades que poderiam produzir suas próprias ordens jurídicas, porém,

Estas ‘Cartas’ podem ser consideradas como as primeiras Constituições das Colônias, seja porque eram vinculatórias para a legislação colonial, seja porque regulavam as estruturas jurídicas fundamentais das próprias Colônias. Então, estas Constituições amiúde expressamente dispunham que as Colônias podiam, certamente, aprovar suas próprias leis, mas sob a condição de que estas leis fossem ‘razoáveis’ e, como quer que seja, ‘não contrárias às leis do Reino da Inglaterra’ e, por conseguinte, evidentemente, não contrárias à vontade suprema do Parlamento inglês. E foi, então, justamente por força desta *supremacia da lei inglesa* que, é evidente, soava em uníssono com a doutrina da *‘supremacy of the English parliament’* – que em numerosos casos, alguns dos quais famosos, o *Privy Council* do Rei decidiu que as leis coloniais deviam ser aplicadas pelos juizes das Colônias *só se elas não estivessem em contraste com as leis do Reino*. Recordo, como exemplo, o caso Winthrop contra Lechmere, de 1727, e o caso Philips contra Savage, de 1737”.

⁹² BILDER, Mary Sarah. The Corporate Origins of Judicial Review. New Haven: The Yale Law Journal, 116, pp. 502- 566, pp. 518-526.

estas apenas seriam consideradas válidas se não conflitassem com o *common law*, com o direito do *realm*⁹³.

Diante dessa realidade, o que se tinha eram as colônias na América do Norte ávidas por cada vez mais autonomia, de uma forma geral, mas submetidas ao direito do *realm*. Essa relação de subordinação hierárquica entre o direito colonial e o direito da metrópole era garantida (controlada) pelo *Privy Council*, que servia como Corte judicial para conhecer das reclamações oriundas das colônias e também detinha competências executivas. O próprio rei tinha assento no *Council* e os seus membros eram, em geral, políticos experientes que, apesar de não serem advogados ou juízes, podiam requisitar consultas aos *chief law officers of the Crown*.

Dessa forma, o rei poderia diretamente controlar os atos das colônias, por meio das funções executivas do *Privy Council*, bem como o Conselho poderia, em sua função judicial, ao conhecer os apelos das colônias, controlar-lhes o direito editado. Várias cartas de direitos das próprias colônias reconheciam essa subordinação ao *Privy Council* e ao direito inglês. Hamburger cita decisão de 1730 em que o Conselho afirma o seu poder de controle com base nos princípios de razoabilidade do *common law* e na cláusula de repugnância:

Statutes made in the colonies had to be ‘reasonable in themselves and not contrary to the laws of England; and if any laws have been there made repugnant to the laws of England they are absolutely null and void’⁹⁴.

Com o tempo, as colônias demandaram maior autonomia e desenvolveram o argumento de que tinham um espaço de conformação jurídica não contrário ou repugnante ao direito inglês, mas diferente, em razão de suas particularidades locais. Assim, sob o argumento da necessidade de preservação de costumes locais e do desenvolvimento de um direito com eles consentâneo, as colônias alargaram o seu campo de atuação jurídica.

⁹³ HAMBURGER, Philip. *Law and Judicial Duty*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 256-257.

⁹⁴ HAMBURGER, Philip. *Law and Judicial Duty*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 262.

Essa nova configuração gerou uma certa ambiguidade e, a partir disso, dificuldades maiores para a harmonização dos direitos coloniais com o direito inglês. *O Privy Council* deveria ser cauteloso e habilidoso ao exercer suas funções para não acirrar os ânimos nas colônias e estas gestavam pouco a pouco o seu próprio *common law*, em uma relação delicada e ambígua denominada por Bilder constitucionalismo transatlântico⁹⁵.

Surgiram as primeiras decisões de Cortes coloniais que, timidamente, por vezes invocando a tradição do *common law* esposada por Coke no *Dr. Bonham's Case*, outras vezes conclamando o direito natural como superior e fundamental, cujo prestígio havia sido resgatado nas colônias a partir da ampla divulgação da obra de Locke⁹⁶, invalidavam, nos casos concretos em exame, normas da própria colônia⁹⁸.

Desse modo, procurou-se comprovar que os primeiros contatos empíricos, ou seja, em termos de experiência institucional vivenciada, que os americanos tiveram com alguma forma de invalidação de leis foram as experiências coloniais. A primeira delas, na relação travada entre metrópole, representada pelo *Privy Council*, e colônias. Neste caso, o Conselho atuava de duas formas: por um lado, como Corte para conhecer os apelos das colônias, em que se insinuava uma espécie de *judicial review*, cuja origem estava no controle dos atos das corporações com base no *common law* e no direito inglês; e, por outro, a atuação executiva do Conselho que permitia que o rei invalidasse, de ofício, atos das colônias repugnantes ao direito de todo o Reino.

A segunda experiência relatada consistiu no fato de que algumas colônias (depois Estados), onde os juízes gozavam de maior independência, chegaram a ter leis próprias invalidadas em casos concretos julgados pelos seus respectivos judiciários⁹⁹. Certamente os

⁹⁵ BILDER, Mary Sarah. *The Transatlantic Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, pp. 6-7 e 193-196.

⁹⁶ CORWIN, Edward S.. *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law* (Parte II). 42, *Harvard Law Review*. 1928-29, pp. 365-409.

⁹⁷ LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo: Livro II: Segundo Tratado*. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁹⁸ GERBER, Scott Douglas. *A distinct judicial power: the origins of an independent judiciary, 1606-1787*. New York: Oxford University Press, 2011. Nessa obra o autor perpassa as principais decisões dos judiciários coloniais e dos futuros Estados que significaram um caminho rumo ao estabelecimento de um Judiciário independente. Entre essas decisões, aponta aquelas que podem ser tidas como as primeiras manifestações do *judicial review* em solo norte-americano.

⁹⁹ Ver: *Paxton's Case*; *Ham v. M'Claws*; *Bowman v. Middleton*; *Linsay v. Commissioners*; *Jones v. The Commonwealth*; *Holmes v. Walton*, entre outros. Um resumo dessas decisões pode ser obtido em EDLIN,

founding fathers estudaram bastante e podem ter se inspirado em diversas outras fontes para redigir a Constituição norte-americana. Essas, contudo, foram as duas experiências históricas que eles vivenciaram e que, portanto, acredita-se tê-los influenciado de modo mais direto.

As ocorrências de invalidação de leis pelos judiciários das colônias são chamadas por Douglas Edlin de casos de *extraconstitutional judicial review*. Eles demonstrariam que as colônias exercitavam o *judicial review* com base nos princípios do *common law* (o que poderia ser denominado de *common law review*) e que, após o advento da Constituição, em 1787, poder-se-ia vislumbrar no cenário jurídico daquele país, portanto, duas formas de *judicial review*: uma fundamentada nos princípios do *common law* (o *common law review*); e a outra que toma como parâmetro o texto constitucional (o *constitutional review*)¹⁰⁰.

2.3. O Poder Judiciário na Constituição norte-americana e a fundamentação do *judicial review*: o caso *Marbury v. Madison*

Como sói acontecer no ambiente da academia jurídica e política norte-americanas, os debates sobre o assunto são muitos, extensos e a literatura, nesse momento, já é inabarcável. Desse modo, o que se pretende expor nesse tópico é algo modesto. Apenas se procurará esclarecer algumas questões (que também são objeto de intenso debate) consistentes em se saber se os *founding fathers* criaram o poder do *judicial review* conscientemente ou não; em que termos eles o admitiam; e qual foi a razão de o seu surgimento (pelo menos quando exercido em face de lei federal) ter ocorrido no caso *Marbury v. Madison*.

A Constituição norte-americana não confere ao Judiciário o poder de revisar a constitucionalidade das leis. Pelo menos não faz isso expressamente¹⁰¹. Dessa forma, deve-se

Douglas E.. Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2010, pp. 83-91.

¹⁰⁰ EDLIN, Douglas E.. Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2010, pp. 79-80.

¹⁰¹ Constituição dos Estados Unidos da América. Tradução disponível em Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Responsável Ministro José Gregori. Universidade de São Paulo – USP. <

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html> > Acesso em: 19 de março de 2013.

procurar examinar os discursos proferidos pelos *founding fathers* durante os debates nas convenções que culminaram com a ratificação da Constituição para se descobrir se eles tinham a intenção de atribuir esse poder ao Judiciário, se eles não tinham essa intenção, ou se eles, pelo menos, admitiram essa possibilidade. Claro que, entre os delegados, as opiniões eram diversificadas, todavia, pode-se procurar um fio condutor.

Kramer afirma que durante as deliberações na Filadélfia, entre aqueles delegados cujos pronunciamentos foram gravados e, portanto, podem ser consultados, um bom número formava o grupo dos que ou defenderam expressamente o estabelecimento do *judicial review* ou assumiram essa possibilidade. Um número consideravelmente menor de delegados era abertamente contra a revisão judicial das leis. Alguns, com sinceridade, admitiam não terem certeza suficiente para se posicionarem contra ou a favor. E a maioria dos delegados sequer gastou tempo refletindo sobre o assunto¹⁰².

Para se entender o clima dos debates é preciso, primeiro, que se diga que o *judicial review* não era um tópico relevante das deliberações. Na medida em que concernia ao tema geral do controle do poder, outros mecanismos institucionais de refreamento de possíveis

O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juizes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.

Seção 2

A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.

Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer.

O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei.

Seção 3

A traição contra os Estados Unidos consistirá, unicamente, em levantar armas contra eles, ou coligar-se com seus inimigos, prestando-lhes auxílio e apoio. Ninguém será condenado por traição se não mediante o depoimento de duas testemunhas sobre o mesmo ato, ou mediante confissão em sessão pública do tribunal.

O Congresso terá o poder de fixar a pena por crime de traição, mas não será permitida a morte civil ou o confisco de bens, a não ser durante a vida do condenado.”

¹⁰² KRAMER, Larry D.. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 73.

abusos de poder preocupavam mais os delegados, a exemplo do estabelecimento da igual representação dos estados no Senado.

Quando, no entanto, o assunto dos debates era o *judicial review*, desde o início o tema era encarado como pertencente ao arsenal de institutos que serviam para controlar os estados, em especial a legislação estadual, que por vezes poderia contrapor-se indevidamente à autoridade federal¹⁰³. Havia uma certa desconfiança com relação à fidelidade de alguns estados, o que ficava claro a partir de alguns pronunciamentos de Madison (representante do estado da Virgínia), um dos mais respeitados delegados.

O próprio Madison, preocupado em preservar a autoridade federal de violações por parte das legislações estaduais, propôs uma solução clara e inequívoca para o problema, que ficou conhecida como *Congress* ou *Legislative negative*. Essa *negativa* permitiria ao Congresso, mediante deliberação própria, impor o seu *veto* a toda e qualquer lei aprovada pelos estados que, na opinião dos legisladores nacionais, contrariasse a Constituição. Significa dizer que a proposta de Madison, que já fazia parte do Plano da Virgínia para a convenção, resolvia o problema da harmonização das normas editadas pelos estados-membros da federação com a Constituição, atribuindo ao Congresso, com suas duas câmaras, onde certamente teriam assento parlamentares dos estados cujas leis estivessem sob escrutínio, a possibilidade de *vetar* a legislação ofensiva aos artigos da União¹⁰⁴.

Roger Sherman (representante de Connecticut) contraditou a proposta de Madison considerando-a desnecessária, uma vez que os tribunais dos estados não considerariam válidas leis locais que violassem a autoridade da União. Note-se que Sherman assume a possibilidade de as Cortes locais negarem aplicação às normas estaduais violadoras da autoridade da União e, portanto, da própria Constituição.

Madison respondeu à crítica citando o exemplo de Rhode Island, onde alguns juízes que se recusaram a aplicar uma lei que consideravam inconstitucional foram afastados de seus cargos e outros foram substituídos, em ambos os casos por iniciativa do Legislativo do

¹⁰³ KRAMER, Larry D.. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 73.

¹⁰⁴ BARNETT, Randy E.. *Restoring the Lost Constitution: the presumption of liberty*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 131.

estado¹⁰⁵. O Governador Morris (representante da Pennsylvania) laconicamente reforçou a posição de Sherman ao dizer que uma lei que deva ser censurada ou vetada certamente o seria pelo próprio judiciário. Madison ainda objetou que o veto que se esperava vir do Judiciário poderia chegar tarde demais, pois os tribunais apenas poderiam atuar após a edição da lei, visto que dependiam da submissão de um caso concreto para examinar a legislação. Além disso, afirmava Madison, não se poderia confiar às Cortes dos estados a guarda da autoridade e dos interesses nacionais¹⁰⁶.

Os esforços argumentativos de Madison foram vãos. Sua proposta de criação do veto congressional às legislações estaduais inconstitucionais foi rejeitada. Na esteira da derrubada da proposta de Madison, Luther Martin revigorou uma proposição constante do Plano de New Jersey que terminou aprovada por unanimidade: a *supremacy clause*. Ela consistia em obrigar os juízes estaduais a, em caso de conflito, darem prioridade à aplicação do direito federal.

A habilidade política de Luther Martin, ao propor essa cláusula logo que a proposta do veto legislativo de Madison foi rejeitada, ficou evidenciada pois sua intervenção solucionou dois problemas pendentes: por um lado, deu aos delegados que não queriam aprovar a proposta de Madison uma pronta saída e, por outro, tornou explícita a autorização para a prática do *judicial review*, pelo menos no que concerne às leis estaduais.

As interpretações variam conforme os intérpretes, todavia, para exemplificar a partir dos autores que servem de base a esse tópico do trabalho, pode-se dizer que enquanto Kramer insiste em afirmar que o *judicial review* apenas foi cogitado para o controle da lei estadual, Barnett consente haver indícios suficientes de que os *framers* agitaram a possibilidade de que o judiciário pudesse também revisar a legislação federal, pois os debates revelaram que eles, no mínimo, aceitavam a possibilidade desse alargamento do *judicial review* às leis federais.

O Chief Justice Charles Hugues, ao estudar a história da Suprema Corte, informa que Beard, em uma das obras mais importantes sobre os debates das convenções, afirma que entre os vinte e cinco principais delegados, dezessete teriam manifestado-se, direta ou

¹⁰⁵ BARNETT, Randy E.. Restoring the Lost Constitution: the presumption of liberty. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 131.

¹⁰⁶ KRAMER, Larry D.. The people themselves: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004, p. 74.

indiretamente, a favor do *judicial review*¹⁰⁷¹⁰⁸. Mesmo Madison, que suspeitava da atribuição de tal prerrogativa ao Judiciário, em determinado momento dos debates consente que “*a law violating a constitution established by the people themselves would be considered by the Judges null and void*”¹⁰⁹.

Nos primeiros anos da República, o *judicial review* começou a ser praticado muito modestamente e sempre atendo-se ao direito estadual. A importância dos artigos federalistas revelou-se mais no período posterior à ratificação da Constituição do que durante as convenções. Dois desses artigos, ambos escritos por Alexander Hamilton¹¹⁰¹¹¹, surgiram essenciais à construção do raciocínio do *Chief Justice* John Marshall na decisão do célebre caso *Marbury v. Madison*¹¹², tido como o marco inicial do exercício do *judicial review* sobre a legislação federal¹¹³.

As abordagens do caso *Marbury v. Madison* são incontáveis. Muito provavelmente essa seja a decisão que mais recebeu comentários na história do constitucionalismo. Em grande medida, os comentaristas traçam um histórico dos direitos inglês e colonial, os quais podem ter servido como precedentes para a decisão do *Chief Justice* Marshall, por um lado, e, por outro, elogiam a engenhosidade e o brilhantismo com que Marshall conseguiu sair-se de

¹⁰⁷ HUGUES, Charles Evans. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*. 2 ed. en español. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 95.

¹⁰⁸ SNOWISS, Sylvia. *Judicial Review and the Law of the Constitution*. New haven and London: Yale University Press, 1990, p. 42. Snowiss também examinou os debates travados entre os delegados que deliberavam sobre as futuras cláusulas constitucionais, todavia, chegou a conclusão diversa de Hugues. Segundo a autora, os delegados entendiam claramente que a Constituição deveria a todos vincular moral e politicamente; não juridicamente. (No original: “*fundamental law was understood to bind morally and politically, not legally*”).

¹⁰⁹ KETCHAM, Ralph L.. James Madison and Judicial Review. In: *Syracuse Law Review*, Volume 8, 1956-1957, pp. 158, p. 159.

¹¹⁰ HAMILTON, Alexander. O Federalista n. 78. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. *O Federalista*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2005, pp. 469-475.

¹¹¹ HAMILTON, Alexander. O Federalista n. 81. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. *O Federalista*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2005, pp. 487-495.

¹¹² *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803).

¹¹³ Para uma ampla discussão sobre a atividade da Suprema Corte americana no período pré-Marshall, ver: SEGADO, Francisco Fernández. *Los Primeros Pasos del Tribunal Supremo Norteamericano: La Pre-Marshall Court (1790-1801)*. In: *Revista de Direito Público*, Ano II, N. 4, Julho/dezembro. Lisboa: Instituto de Direito Público, 2010, pp. 49-125. Segado demonstra a importância, para a adequada compreensão do surgimento do *judicial review*, do exame não apenas do *common law* inglês e das práticas coloniais e suas relações com a metrópole, como também da análise das decisões da Suprema Corte antes do ingresso de Marshall e da subsequente decisão do caso *Marbury v. Madison*.

uma situação politicamente delicada¹¹⁴, ao tempo em que fundava bases jurídicas para novos confrontos¹¹⁵.

Esse trabalho já procurou mostrar que os precedentes do direito inglês que serviram de base para o *judicial review* norte-americano podem ter sido um tanto distorcidos. Agora, resta mostrar os termos em que a decisão de Marshall foi lavrada e tentar reinseri-la em seu próprio contexto político, com vistas a finalmente poder-se ter uma visão sobre as principais causas para o estabelecimento do *judicial review* nos Estados Unidos.

O primeiro presidente da República norte-americana havia sido George Washington, líder incontestado da revolução e amplamente respeitado. Depois de vários anos, cansado do ofício, a presidência foi conquistada por John Adams, que fora vice de Washington. O domínio federalista era tranquilo, mas insatisfações surgiram e foi criada uma nova facção ou partido político, que se proclamava Partido Republicano, e era liderado por Thomas Jefferson. As eleições presidenciais ocorreram no final do ano de 1800 e a disputa centrou-se em Adams e Jefferson. Aaron Burr era o terceiro candidato. O partido federalista, de Adams, que sempre detivera a maioria nas Casas legislativas e ocupara a presidência, havia perdido no voto popular a presidência, bem como o comando da Câmara dos Deputados (*House of Representatives*). Os mandatos encerrariam-se em março de 1801 e em fevereiro o colégio eleitoral ainda não havia conseguido sair do impasse e reconhecer a vitória de Jefferson.

Diante do impasse no colégio eleitoral, a incumbência de escolher o novo presidente da República caiu sobre a Casa dos Representantes, que após trinta e cinco rodadas de votação, também não havia conseguido sair do impasse¹¹⁶. A república ainda era jovem e o texto

¹¹⁴ CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. Aspen Student Treatise Series. 4 ed. Wolters Kluwer Law & Business in New York, p. 39-40. O Autor cita Robert MacCloshey, *The American Supreme Court*, em passagem representativa sobre os elogios à engenhosidade de Marshall: “[*The*] decision was a masterwork of indirection, a brilliant example of Marshall’s capacity to sidestep danger while seeming to court it, to advance in one direction while his opponents are looking in another”.

¹¹⁵ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, p. 72. Nas palavras de Ackerman: “*Either the court-watcher searvhes earlier case law to find earlier English and American precedents for ‘Marbury’-like judicial behaviour. Or he invites us to view the case as testimony to Marshall’s political savvy and inventiveness (or he mixes these two approaches into one or another combination)*”.

¹¹⁶ ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of Presidential Democracy*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, p. 3-4.

constitucional não solucionava a questão¹¹⁷. Os Federalistas estavam sendo alijados do poder pela primeira vez e, então, criavam o impasse impedindo que a Casa dos Representantes reconhecesse a vitória de Jefferson. Cogitavam alcançar um acordo que levasse Aaron Burr à presidência, com vistas a evitar o predomínio total do sistema político pelos Republicanos.

Em contrapartida, o Partido Republicano começava a incitar os seus simpatizantes a empreenderem uma marcha para Washington, com a finalidade de pressionar os Federalistas a reconhecerem a derrota e evitar que utilizassem quaisquer manobras jurídicas ou políticas para adiar o impasse. O embate político quase resvalou para o confronto físico entre republicanos e federalistas, o que colocaria em risco a própria continuidade da União. A crise já era sem precedentes quando a Casa dos Representantes evitou o pior, reconhecendo a vitória de Jefferson na trigésima sexta rodada de votação. Curioso notar que Jefferson foi empossado na presidência pelas mãos de John Marshall, recentemente nomeado por Adams *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos¹¹⁸.

O partido Republicano havia conquistado a maioria no Congresso e eleito um presidente bastante popular, que pretendia reformar o ideário federalista que dominara o cenário político desde a revolução. As intenções de Jefferson eram conhecidas pelos federalistas, que resolveram tomar precauções para se posicionarem contra a agenda reformadora do novo presidente. Assim, nos dias finais da legislatura, o Congresso, ainda sob o domínio dos federalistas, aprovou uma lei (o *Judiciary Act* de 1801, de 13 de fevereiro¹¹⁹) criando uma nova rede de Cortes de Circuito que abrigaria juízes federais por todo o país e, ao mesmo, serviria para alocar os políticos federalistas que deixavam seus mandatos¹²⁰. Nomeados no outono do mandato presidencial de Adams, cujo término dar-se-ia no início de março, esses juízes ficaram conhecidos como os *midnight judges*.

¹¹⁷ Note-se que o episódio recente envolvendo George W. Bush e Al Gore na disputa presidencial não é novidade na história política americana.

¹¹⁸ ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of Presidential Democracy*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, p. 4-5.

¹¹⁹ NELSON, William E.. *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas, 2000, p. 57.

¹²⁰ Tratei desse assunto em outro trabalho. Ver: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *A emergência do papel político do Poder Judiciário e a ausência de controle político por parte do Conselho Nacional de Justiça*. Paper apresentado no II Congresso Brasileiro das Carreiras Jurídicas de Estado. Brasília, 2010. Disponível em <http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia08oficina07texto1.pdf>.

Extremamente contrariados, os republicanos assumiram seus respectivos mandatos e sob o comando do Presidente Jefferson aprovaram nova legislação que desfazia as Cortes de Circuito recém criadas pelos Federalistas e, por conseguinte, afastava dos respectivos cargos os chamados juízes da meia-noite ou impedia que os remanescentes tomassem posse. O *Judiciary Act* de 1802 aprovado pelos republicanos não poderia expurgar de seus cargos os juízes já comissionados, porque a Constituição americana garantia a independência e a inamovibilidade dos membros do Poder Judiciário. Pelo menos era assim que os federalistas a interpretavam.¹²¹

É nesse ambiente de altíssima voltagem política que a Suprema Corte, cujos membros eram todos indicados por federalistas, cujo *Chief Justice* acabara de deixar o cargo de Secretário de Estado do governo de Adams, iria decidir o caso de outro juiz indicado pelo ex-presidente, chamado *Marbury*, contra o Secretário de Estado do novo governo republicano, *Madison*¹²². Marshall pretendia preservar os juízes comissionados por Adams para manter os federalistas vivos politicamente, na *trincheira* do Judiciário. Por outro lado, sabia muito bem que a Suprema Corte não estava em condições de desafiar a autoridade de um Presidente da República recém eleito, que contava com ampla maioria no Congresso e cujo mandato foi conquistado com o objetivo de reformar o legado federalista.

Marbury era um desses juízes da meio-noite que havia sido nomeado pelo presidente Adams para o cargo de juiz de paz do Distrito de Columbia no apagar das luzes de seu mandato. Muito embora tenha sido indicado regularmente pelo presidente e aprovado pelo Senado, em razão de uma confusão administrativa – possivelmente provocada pela pressa, pois o mandato de Adams expiraria em 4 de março de 1801 –, Marbury não foi empossado no cargo pelo então Secretário de Estado de Adams, John Marshall (mais uma das inúmeras curiosidades desse caso: Marshall foi um dos responsável pelo problema que depois, já como *Chief Justice*, veio a sua apreciação na Suprema Corte).

¹²¹ ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of Presidential Democracy*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, p. 163-170.

¹²² REHNQUIST. William H. *The Supreme Court – Revised and Updated*. New York: Vintage Books, 2002, p. 28.

Com o fim do mandato de Adams e a troca da presidência, Jefferson recusou-se a comissionar¹²³ Marbury no cargo de juiz de paz para o qual havia sido devidamente indicado pelo presidente anterior e aprovado pelo Senado. Marbury dirigiu uma petição formal ao novo Secretário de Estado (James Madison) requerendo que este o empossasse no cargo, conforme julgava ser o seu direito. Ante a recusa de Madison, Marbury impetrou um *writ of mandamus* na Suprema Corte, ação por meio da qual poder-se-ia obter decisão de caráter mandamental determinando que uma autoridade editasse um ato que lhe era imposto pelo direito de outrem.

Os procedimentos para julgamento na Suprema Corte iniciaram-se em dezembro de 1801, mas o julgamento só foi realizado em fevereiro de 1803, uma vez que o presidente Jefferson impediu o início dos trabalhos da Corte durante o ano de 1802. Os ânimos estavam acirradíssimos entre os dois patidos rivais, consoante visto acima, e Jefferson achava que os federalistas, derrotados nas urnas, pretendiam entrincheirar-se no Poder Judiciário, por isso havia editado o *Judiciary Act* de 1802 revogando a lei anterior que criava as Cortes de Circuito. Nessa atmosfera, repita-se, é que a Suprema Corte, composta de juízes indicados pelos federalistas, decidiria o caso *Marbury v. Madison*.

Marshall organiza sua decisão de modo a responder a quatro questões principais. *A primeira* delas consistia em saber se Marbury teria adquirido o direito a ser juiz de paz do Distrito de Columbia com a indicação presidencial e a aprovação do Senado e, portanto, teria o direito a ser empossado no cargo; *a segunda* questão levantada colocava-se da seguinte forma: se Marbury tivesse direito a ser empossado, o ordenamento jurídico conferiria a ele algum remédio jurídico (alguma ação) para fazer valer tal direito?; *a terceira* simplesmente se perguntava se o *writ of mandamus* era a ação adequada para tanto; e *a quarta* buscava esclarecer se a Suprema Corte era competente para julgar o caso de *Marbury* ou, em outros termos, se a ação deveria ter sido mesmo proposta perante a Suprema Corte.

¹²³ O direito norte-americano utiliza-se dessa expressão para designar a posse regular no cargo, Confira-se em REHNQUIST. William H. *The Supreme Court – Revised and Updated*. New York: Vintage Books, 2002, pp. 26-27: “Jefferson, upon assuming office, **issued commissions** to a majority of the some forty justices of the peace in Marbury’s position but declined to issue Marbury’s”. (destaquei)

Para responder à primeira questão que se propôs, Marshall traçou o itinerário administrativo ou oficial de uma indicação presidencial para o preenchimento de cargos do Poder Judiciário. Feita a indicação presidencial e apostada a aprovação senatorial, o Presidente da República deve assinar a comissão do juiz em determinado cargo. Rehnquist, que já passara por esse processo, assim o descreveu: “(...) *the final step in this process is the president’s affixing of his signature to the comission of office. The law then directs the secretary of state to deliver the commission to the appointee*¹²⁴”. Marshall conclui, então, que o comissionamento está aperfeiçoado com a assinatura do Presidente, que havia ocorrido no caso de Marbury, sendo função do secretário de Estado apenas entregar o comissionamento (*deliver the comission to the appointee*) ao interessado. Note-se que o termo em inglês *appointee* significa designado, já escolhido. Segundo Marshall, portanto, Marbury já havia sido regularmente escolhido ou designado juiz de paz do Distrito de Columbia.

Passa, pois, à segunda questão: se Marbury tinha direito ao cargo em cuja posse não estava em razão da recusa de Madison, as leis do país ofereciam-lhe algum remédio para fazer valer o seu direito? A essa quase retórica pergunta, Marshall responde dizendo que os Estados Unidos foram constituídos sob o princípio fundamental de que seriam governados pelas leis e não pelos homens (no que aplicaram passagem conhecida de Montesquieu¹²⁵), de modo que se o ordenamento não ofertasse remédio jurídico a uma violação de direito legalmente estabelecido, o país não mereceria ser reconhecido como sendo governado pelas leis¹²⁶.

A próxima questão a ser enfrentada (*a terceira* delas) dizia a respeito ao cabimento do *writ of mandamus* no caso em exame, ou seja, o ponto central estava em saber se o Judiciário poderia dar ordens para que as autoridades do Executivo praticassem determinados atos nesse ou naquele sentido. Esse era um tema extremamente sensível naquele momento, visto que Jefferson e os republicanos estavam bastante relutantes em admitir que pudessem ser comandados por juízes federalistas. Ao contrário, julgavam que uma vez que ganharam seus

¹²⁴ REHNQUIST. William H. The Supreme Court – Revised and Updated. New York: Vintage Books, 2002, p. 29.

¹²⁵ MONTESQUIEU, Charles-Loius de Secondat, Barão de La Brède e de. O Espírito das Leis. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 167 e s.

¹²⁶ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803). A passagem está assim redigida no original: “*The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right*”.

mandatos democraticamente, tinham autorização para agir e governar consoante suas próprias leituras da Constituição, devendo ser submetidos ao juízo popular nesse campo. Se o Judiciário ordenasse que Madison comissionasse Marbury, alegavam que o próximo passo poderia consistir em ordens muito mais invasivas.

Marshall argumenta haver precedentes no *common law* inglês (note-se a referência ao direito produzido pelas Cortes inglesas) em que as Cortes proveram *writs of mandamus* que determinavam, cada qual, que um oficial público em particular praticasse um determinado ato. Ciente, todavia, das sensibilidades envolvidas afirma que há oficiais (era o caso de Madison, secretário de Estado) que, por sua íntima relação política com o Presidente da República, deveriam levar o Judiciário a fazer um exame delicado sobre a viabilidade de intervenção sobre seus atos. Marshall procurou então distinguir os atos executivos que envolvem margem de discricionariedade daqueles outros atos que são inteiramente regulados por lei, nos quais o oficial público, em razão de sua obrigação de cumprir fielmente a lei, deveria agir em sentido previamente determinado. A decisão, nesse ponto, ensaia o início da doutrina das questões políticas e afirma que o Judiciário não deveria envolver-se e, portanto, não deveria controlar os atos praticados em razão da discricionariedade concedida ao Poder Executivo; os atos praticados, ou não, regulamentados por determinação legal que impõe deveres específicos às autoridades, todavia, poderiam ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário.

Depois de tecer essas considerações, a decisão passa a responder à última questão, atinente a saber se o *writ of mandamus* poderia ter sido proposto perante a Suprema Corte. O problema levantado por Marshall estava em descobrir se Marbury poderia mesmo ter ajuizado o seu *writ* diretamente na Suprema Corte (como fez) ou se o deveria ter proposto em Corte inferior. Em outros termos, era preciso decidir se Suprema Corte tinha competência originária (*original jurisdiction*) para apreciar a causa ou se apenas seria competente sem sede recursal.

Marbury fundamentou o seu pedido no *Judiciary Act* de 1789 (a primeira lei editada pelo Congresso tratando do assunto), que dispunha que a Suprema Corte deteria poder ou competência para processar os *writs of mandamus* nos casos cujas alegações estivessem baseadas nos usos e costumes do direito contra quaisquer abusos praticados pelos tribunais ou por oficiais públicos dos Estados Unidos. Marbury parecia estar correto em propor o seu *writ*

perante a Suprema Corte, afinal, Madison era, sem dúvida, um oficial público. Marshall, todavia, prosseguiu e declarou a inconstitucionalidade dessa disposição do *Judiciary Act* de 1789. Essa foi a primeira vez que uma lei federal do Estados Unidos seria declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Marshall começa por apreciar o artigo III da Constituição norte-americana¹²⁷, que trata do Poder Judiciário federal. Esse dispositivo estabelece que o Judiciário federal será composto por uma Suprema Corte e pelos demais tribunais que porventura forem criados pelo Congresso, outorgando, portanto, ao Poder Legislativo a faculdade de criar novas Cortes. A segunda sessão do artigo III dispõe que “*Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição ordinária*” e, nos demais casos, “*a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso*”.

¹²⁷ Constituição dos Estados Unidos da América. Tradução disponível em Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Responsável Ministro José Gregori. Universidade de São Paulo – USP. < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html> > Acesso em: 19 de março de 2013.

“ARTIGO III

Seção 1

O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.

Seção 2

A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.

Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer.

O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei.

Seção 3

A traição contra os Estados Unidos consistirá, unicamente, em levantar armas contra eles, ou coligar-se com seus inimigos, prestando-lhes auxílio e apoio. Ninguém será condenado por traição se não mediante o depoimento de duas testemunhas sobre o mesmo ato, ou mediante confissão em sessão pública do tribunal.

O Congresso terá o poder de fixar a pena por crime de traição, mas não será permitida a morte civil ou o confisco de bens, a não ser durante a vida do condenado.”

A interpretação engendrada por Marshall é no sentido de que a Constituição traz regra específica e retritiva quando refere-se à competência originária (*original jurisdiction*) da Suprema Corte, a qual não poderia ter sido alargada por lei infraconstitucional. Dessa forma, no caso em exame, a Suprema Corte teria apenas competência recursal, de maneira que Marbury deveria ter proposto seu *writ* em uma Corte inferior (as Cortes inferiores já existiam).

Ao ajuizar a ação na Suprema Corte, Marbury estaria pedindo, com base no *Judiciary Act* de 1789, que a Corte estendesse sua competência para além do que estava estritamente previsto no texto constitucional e Marshall, então, asseverou que o Judiciário era apenas um poder que recebera sua delegação para atuar, assim como os outros, do povo americano, por meio do estabelecimento de uma Constituição escrita. E que, portanto, a lei aprovada pelo Congresso, que também recebera seus poderes do povo americano, não poderia violar o que dispôs o próprio povo ao criar a Constituição¹²⁸.

Em seu raciocínio, Marshall não esconde, e não poderia ser diferente, a sua completa identificação ao sistema do *common law*. Ao tratar da possível afronta de uma lei à Constituição ele usa o termo *repugnant*, do mesmo modo e no mesmo sentido em que o utilizara Coke e vários outros que o sucederam. Ainda evidenciando a sua inserção na tradição do *common law*¹²⁹ afirma, mais adiante na decisão, ser enfaticamente a função e o dever do Judiciário dizer o que é o direito, expondo-o e o interpretando ao aplicá-lo aos casos sob julgamento.

Passa a discorrer sobre as noções atualmente conhecidas como referidas à supremacia da Constituição e à rigidez constitucional para, afinal, concluir, mediante um raciocínio de escalonamento hierárquico do ordenamento, no qual a Constituição é a norma superior a todas as demais que, assim como um juiz deve decidir qual lei aplicar quando tem diante de si um conflito de normas de mesma hierarquia, deve também o fazer quando o conflito ocorre entre uma lei e a Constituição. Nesse último caso, todavia, sendo a lei obra de um poder delegado

¹²⁸ REHNQUIST. William H. The Supreme Court – Revised and Updated. New York: Vintage Books, 2002, pp. 29-32.

¹²⁹ Insisto em evidenciar que Marshall era um típico *common law judge* inserido, no entanto, no novo sistema jurídico americano, formado por meio da aprovação de uma Constituição escrita e rígida, porque esse ponto será relevante para a comprovação mais adiante de uma das teses defendidas nesse trabalho.

(Congresso com sanção presidencial), que não pode sobrepor-se aos limites de sua delegação (o texto constitucional é que constitui os poderes do Estado e lhes outorga as respectivas competências), o Judiciário deve afastar a lei e aplicar a Constituição. Permitir que o Congresso promulgue leis contrárias ao texto constitucional, sem que se possa nada fazer em relação a isso, conclui Marshall, seria fazer tábula rasa da própria Constituição e alçar o Poder Legislativo a uma real e efetiva onipotência¹³⁰¹³¹.

É claro que se podem apontar algumas falhas no raciocínio de Marshall, desde o fato dele entender que uma lei não poderia ampliar a competência da Suprema Corte prevista na Constituição, até problemas mais graves, mas, de modo geral, a lógica de sua decisão convenceu os estudiosos¹³². Marshall também não foi absolutamente original, na medida em que, conforme mencionado acima, boa parte dos argumentos esgrimidos foram extraídos de dois artigos escritos por Alexander Hamilton¹³³ em resposta às críticas que Brutus¹³⁴ fazia ao Poder Judiciário tal como desenhado no texto constitucional.

A descrição da decisão de Marshall praticamente abrange o que Hamilton escrevera. Em apertado resumo, ele aduz que a Constituição limitada ou limitativa é um instrumento de delegação de poderes e que nada é mais claro do que a possibilidade de se declarar nulo um

¹³⁰ *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803).

¹³¹ Segui, em grande medida, o raciocínio delineado por Renquist. Ver: REHNQUIST, William H. *The Supreme Court – Revised and Updated*. New York: Vintage Books, 2002, pp. 29-35.

¹³² Entre outros, ver: SMITH, George, P. II. *Marbury v. Madison, Lord Coke And Dr. Bonham: Relics Of The Past, Guidelines For The Present – Judicial Review In Transition?* University of Puget Sound Law Review. Vol. 2, 1979, pp. 255-267; NELSON, William E.. *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas, 2000;

¹³³ HAMILTON, Alexander. O Federalista n. 78. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. *O Federalista*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2005, pp. 469-475; e HAMILTON, Alexander. O Federalista n. 81. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. *O Federalista*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2005, pp. 487-495.

¹³⁴ BRUTUS. *Essays*. In: *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Conventions Debates: the clashes and the compromises that gave birth to our form of government*. Edited and with an Introduction by Ralph Ketcham. New York: Penguin Books, 2003, pp. 269-309. Sob o pseudônimo de Brutus foram publicados dezoito ensaios no New York Journal, entre 18 de outubro de 1787 e 10 de abril de 1788, como parte das discussões sobre a ratificação da Constituição americana. Apesar de não se poder afirmar com certeza, acredita-se que Brutus era Robert Yates, um juiz bastante crítico com relação a algumas propostas alinhavadas na convenção, especialmente as referentes ao Poder Judiciário, defendidas por Hamilton nos artigos federalistas 78 e 81. Como este último era notoriamente conhecido por ser um apreciador do pensamento do mundo clássico (grego e romano) e grande admirador de Julio César, primeiro imperador de Roma romana, o pseudônimo Brutus fica evidentemente explicado. Sobre o assunto, ver: DIAMOND, Ann Stuart. *The Anti-Federalist <Brutus>*. In: *Political Science Reviewer*, N. 6, Fall 1976, pp. 249; e SEGADO, Francisco Fernández. *Los Primeros Pasos del Tribunal Supremo Norteamericano: La Pre-Marshall Court (1790-1801)*. In: *Revista de Direito Público*, Ano II, N. 4, Julho/dezembro. Lisboa: Instituto de Direito Público, 2010, pp. 49-125.

ato de uma autoridade delegada que contrarie as determinações de quem delegou a autoridade para a prática desse mesmo ato¹³⁵. E segue, deturpando o pensamento de Montesquieu, ao afirmar que é natural que se confira ao Poder Judiciário a função de controlar os atos legislativos que sejam contrários à Constituição, visto ser o Judiciário o poder mais fraco, que não tem a menor influência sobre a espada e sobre a bolsa, ele é *quase nada* e, portanto, deve desempenhar o papel de intermediador entre o povo e o Legislativo para, mantendo este último nos limites constitucionais fixados para a sua atuação, impedir que os representantes do povo sobreponham a própria vontade à dos seus constituintes¹³⁶.

O raciocínio de Hamilton torna o Judiciário mediador entre a vontade do povo, manifestada na Constituição, e a do Poder Legislativo, “*com a finalidade de manter este dentro das determinações estabelecidas por aquele*”¹³⁷. Hamilton afirma que esse raciocínio não sugere a superioridade do Judiciário sobre os demais poderes, mas apenas a do povo e de sua Constituição. Sendo o papel do Judiciário dizer o que é o direito, no caso de conflito entre a lei e a Constituição, deve preferir a última. Roger Leal bem problematiza o argumento de Hamilton:

O raciocínio levado a efeito por Hamilton implica recusar aos destinatários das imposições constitucionais o poder de aferir sua observância. No entanto, o argumento é usado apenas em relação ao Legislativo, como se este fosse o único mandatário das determinações inscritas na Constituição. Desconsidera o fato de que há preceitos no texto constitucional que se dirigem especificamente ao Poder Judiciário. Imposições que limitam a sua atuação.

É, portanto, passível de cogitação que, eventualmente, atos e decisões proferidos por autoridade judicial, mormente pela Suprema Corte, possam contrariar o texto constitucional. Mas, nesse caso [segundo o Hamilton], somente o próprio Judiciário é quem pode dar solução à

¹³⁵ HAMILTON, Alexander. O Federalista n. 78. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. O Federalista. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2005, pp. 469-475, p. 471.

¹³⁶ HAMILTON, Alexander. O Federalista n. 78. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. O Federalista. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2005, pp. 469-475, p. 471.

¹³⁷ LEAL, Roger Srtiefelmann. O Exercício da Jurisdição Constitucional pelo Poder Judiciário. In: Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia – Homengem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Coordenação: Carlos Bastide Horbach, Fernando Dias Menezes de Almeida, José Levi Mello do Amaral Júnior e Roger Stiefelmann Leal. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 589-610, p. 594.

questão, negando aplicação às suas próprias decisões, quando for o caso.

Em outras palavras, o Legislativo não poderia ser juiz de seus próprios atos. Tal prerrogativa seria privilégio concedido apenas ao Judiciário¹³⁸.

Essas mesma colocações podem ser estendidas à decisão de Marshall no caso *Marbury v. Madison*, uma vez que a argumentação é a mesma. Deixando de lado as considerações críticas aos fundamentos da decisão e retomando o ambiente político, o que se teve com o julgamento foi que, apesar de assentar as bases do *judicial review*, Marshall não o utilizou em desfavor do popular governo republicano, o que teria gerado conflitos maiores. Apesar de proferir *dicta* em apoio ao direito reclamado por Marbury, ao reconhecer a incompetência da Suprema Corte para conhecer do *writ* originariamente a decisão não prejudicou ou afrontou os interesses do governo de Jefferson, permitindo-lhe administrar o país com maior desenvoltura, sem a interferência e a presença ostensiva dos *midnight judges*¹³⁹, cujos cargos, em grande quantidade, foram abolidos pelo *Judiciary Act* de 1802¹⁴⁰. Essa foi a grande habilidade política demonstrada por John Marshall na ocasião.

Uma semana depois de julgado o caso *Marbury v. Madison*, em *Stuart v. Laird* a Suprema Corte veio afirmar que o *Judiciary Act de 1789* não padeceria de inconstitucionalidade porque o Congresso não tinha poderes para atribuir competências aos membros da Suprema Corte. Ou seja, em Marbury a lei de 1789 foi considerada inconstitucional por atribuir competência à Suprema Corte fora daquelas hipóteses estabelecidas na Constituição; em Stuart, com uma sutil distinção, a Corte afirmou a

¹³⁸ LEAL, Roger Srtiefelmann. O Exercício da Jurisdição Constitucional pelo Poder Judiciário. In: Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia – Homagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Coordenação: Carlos Bastide Horbach, Fernando Dias Menezes de Almeida, José Levi Mello do Amaral Júnior e Roger Stiefelmann Leal. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 589-610, p. 595.

¹³⁹ GLICKSTEIN, Jed. After Midnight: The Circuit Judges and the repeal of the Judiciary Act of 1801. In: Yale Journal of Law & yhe Humanities, Vol. 24, 2012.

¹⁴⁰ SOUTO, João Carlos. Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 59-60.

constitucionalidade da mesma lei ao atribuir competências aos seus membros, não a ela própria, o que é, no mínimo, curioso.

Isso teve o condão de afastar de vez o *Judiciary Act* federalista de 1801 e prestigiar o *Republican Judiciary Repeal Act* de 1802, agradando o governo de Jefferson, o que proporcionou uma certa trégua entre o Judiciário e o partido republicano. A paz foi mesmo relativa, pois depois dessa decisão, ainda tentando intimidar o Judiciário, os republicanos tentaram o impeachment do *Justice* Samuel Chase¹⁴¹. Nota-se, portanto, que a análise da atmosfera política da época é tão ou mais relevante do que propriamente os argumentos jurídicos para a compreensão da decisão que é tida como o marco inicial do *judicial review*.

Por fim, vale ressaltar que a Suprema Corte apenas resgatou o precedente de *Marbury* para declarar a inconstitucionalidade de outra lei federal em 1857, no caso *Dred Scott v. Sanford*, envolvendo o direito à liberdade de um escravo que transitou de um Estado escravagista para um Estado livre. Nessa ocasião, a Corte afirmou que o negro era mesmo considerado uma propriedade e sobrepôs esse direito às alegações de Scott. Esse intervalo superior a cinquenta anos demonstra, para alguns, que, em seu próprio tempo, *Marbury* não foi tão importante para gerar uma atividade revisionista em larga escala por parte da Suprema Corte e, portanto, é possível defender-se que apesar de a ideia fazer parte da fundamentação da decisão, ela não levou imediatamente a uma prática de Supremacia Judicial.

A análise conjunta de *Marbury* e *Stuart* revela, de fato, uma Suprema Corte contida e preocupada em não bater de frente com o governo. A fama de *Marbury* seria, então, sintoma de seu uso por advogados em busca de julgamentos favoráveis e inovadores nos mais diversos casos, bem como de sua futura aceitação pelos tribunais¹⁴².

¹⁴¹ SOUTO, João Carlos. Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 53-60.

¹⁴² RINDERLE, Amanda e WHITTINGTON, Keith E.. Making a Mountain out of a Molehill? *Marbury* and the Construction of the Constitutional Canon. In: Hastings Constitutional Law Quarterly. February, 2012, pp. 22-30.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO 3 – CONSTITUCIONALISMO V. DEMOCRACIA: AS JUSTIFICATIVAS MODERNAS DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

O capítulo anterior foi encerrado com a constatação de que o controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*), cujo marco inicial, apesar de controvérsias, é considerado o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, nasceu em um ambiente jurídico cujo berço é a tradição do *common law* na qual os juízes têm por dever dizer o que é o direito, por intermédio de uma razão artificial que adquirem mediante horas de estudo disciplinado, somadas à observância e à experiência prática na lida jurídica.

Essa atmosfera, no entanto, passava por um momento importante de transição em razão da aprovação de uma Constituição escrita, que deveria ser entendida como norma superior às demais e cuja alteração por um processo formal de reforma constitucional foi tornada extremamente difícil e politicamente custosa pelos redatores do texto constitucional. Essa transição, no entanto, não significou o abandono da tradição jurídica do *common law*, mas o acréscimo significativo de novos dados e conteúdos que serviriam como fontes cruciais para o sistema.

Se durante boa parte do século XIX a Suprema Corte americana teve uma atuação tímida no que concerne à declaração de inconstitucionalidade de leis federais, após a Guerra Civil, a aprovação das emendas constitucionais da chamada Reconstrução e a chegada do século XX já não se podia continuar afirmando o mesmo a respeito do trabalho da Corte. Com essa mudança de postura, releituras de justificativas antigas e novas interpretações acerca da atuação e do papel exercido pela Suprema Corte no sistema de governo norte-americano

surgiram e a literatura sobre o tema talvez possa ser considerada uma das mais vastas no âmbito jurídico. Isso desde o final do século XIX, perpassando todo o século XX e mesmo agora no início do XXI.

A tensão permanente na história político-jurídica norte-americana encontra-se na dicotomia entre constitucionalismo e democracia. Ou seja, entre a prática de um governo limitado e o ideal do autogoverno pelos cidadãos. O controle judicial de constitucionalidade interpõe-se entre esses dois valores e a necessidade de justificar a sua prática é onipresente na literatura, consoante afirmado acima. Dessa forma, nesse capítulo serão abordadas algumas das colaborações mais significativas nessa tentativa de compreender, explicar e justificar o *judicial review*, tendo sempre em mira o binômio constitucionalismo-democracia.

3.1. A dificuldade contramajoritária e a obra de Alexander Bickel

A grande questão que dominou os pensamentos dos professores e as discussões acadêmicas sobre o *judicial review* durante a primeira metade do século XX (podendo-se dizer, tranquilamente, que os debates continuam até os dias atuais) diz respeito à dificuldade contramajoritária enfrentada pela noção de controle judicial de constitucionalidade. Significa dizer que ocorreu um crescente processo de tomada, ou retomada, de consciência acerca do fato de o sistema admitir que juízes não eleitos democraticamente pelo povo pudessem invalidar as leis editadas pelos órgãos eleitos pela população para governar o país¹⁴³.

Por essa razão, Michelman afirma a necessidade de se fazer uma distinção entre o direito constitutucional e a teoria constitucional. Segundo ele, tudo começa com o controle judicial de constitucionalidade, prática por meio da qual juízes não eleitos podem invalidar leis, declarando-as inconstitucionais, ao conhecerem e decidirem casos concretos em que se apresentam alegações de que essas leis, editadas por legisladores eleitos pelo povo e que de

¹⁴³ BERGER, Raoul. *Government by Judiciary: The Transformations of the Fourteenth Amendment*. Prefácio de Forrest McDonald. 2 ed.. Indianapolis: Liberty Fund, pp. 322-332 e 369-378.

tempos em tempos, pelo menos, devem prestar contas aos seus eleitores, são ofensivas ao texto da Constituição¹⁴⁴.

Michelman prossegue e afirma que nesses casos os juízes justificam suas decisões e as explicam utilizando os argumentos constantes dos melhores textos doutrinários e precedentes judiciais. Significa dizer que os juízes utilizam exatamente as mesmas espécies de argumentos manuseados pelos advogados que levam as causas ao Judiciário. O estudo do direito constitucional consiste justamente no exame dessa práticas e de seus fundamentos, ou seja, na aquisição de conhecimentos sobre os textos legais e constitucional, sobre os precedentes judiciais, sobre a doutrina produzida pelos professores – que normalmente é usada como referência por advogados e juízes –, bem como acerca das interrelações históricas e práticas entre essas fontes.

Como praticamente toda essa atividade profissional conectada ao direito constitucional norte-americano culmina com a prática do *judicial review*, resta à teoria constitucional explicar, contestar ou justificar, a depender do estudioso, as razões pelas quais o sistema de governo americano convive com uma prática aparentemente antidemocrática, que pode culminar com o que foi mencionado acima como sendo um governo dos juízes, ou governo pelo Judiciário. Assim, a teoria constitucional estuda essas práticas para melhor explicá-las e, então, propor (prescrever) meios para se compreender a Constituição ou novos métodos para encontrar o seu significado e iluminar caminhos futuros que poderão incrementar a experiência constitucional¹⁴⁵.

Nessa empreitada coletiva de entendimento e explicação do controle judicial de constitucionalidade um dos principais pontos de reflexão colocou-se exatamente sobre o possível caráter antidemocrático do *judicial review*: a dificuldade contramajoritária, para se utilizar a expressão tornada clássica por Alexander Bickel¹⁴⁶. Segundo Harry Wellington, não

¹⁴⁴ MICHELMAN. Frank I.. *Brenann and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 4. Nas palavras do autor: “*It all starts with judicial review, that noteworthy practice of American government by which inelected judges hear and decide cases of complaint – ‘it’s unconstitutional – against laws enacted by electorally accountable legislatures’*”.

¹⁴⁵ MICHELMAN. Frank I.. *Brenann and Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 4-5.

¹⁴⁶ BICKEL. Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed.. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

sem um fundo de razão, a obra de Bickel (*The Least Dangerous Branch*, publicada em 1962) e os questionamentos que sistematiza continuam e ainda devem continuar a pautar boa parte dos debates acadêmicos e políticos sobre o tema¹⁴⁷.

Por trás desse debate está o reconhecimento, a essa altura já revelado, de que o controle judicial de constitucionalidade levou ao protagonismo do Poder Judiciário. Nos termos do debate norte-americano, a prática do *judicial review* teria conduzido o sistema a uma situação de *judicial supremacy* (supremacia judicial). Por esse motivo, sustenta-se, em geral, que um dos maiores problemas enfrentados pelas cortes constitucionais é a resolução do que se conhece, nos Estados Unidos, como o dilema de Madison – *Madisonian dilemma*.

Os Estados Unidos teriam sido fundados nos moldes de um sistema proposto por James Madison, o qual se assenta na necessidade permanentemente de reconciliação entre dois princípios opostos. O primeiro seria o direito ao autogoverno, que significa que a maioria tem direito a governar, simplesmente por uma questão numérica: a opinião do maior número de pessoas deve prevalecer. O segundo princípio, oposto ao primeiro, é que há algumas medidas que a maioria não pode adotar por serem ofensivas aos direitos da minoria: em algumas áreas os indivíduos devem ser livres, não devem ser coagidos pela vontade da maioria. O dilema de Madison, segundo Bork, está em que não se deve confiar à maioria tampouco à minoria o poder para definir os limites entre a autoridade democrática (regra da maioria) e a liberdade individual, pois existe sempre o risco de uma tirania, seja ela da maioria, seja da minoria¹⁴⁸.

Bork prossegue e explica que a Constituição lida com esse dilema de três modos distintos, em suas palavras, “*by limiting the powers of the federal government; by arranging that the President, the senators, and the representatives would be elected by different constituencies voting at different times; and by providing a Bill of Rights*”¹⁴⁹. Para o autor, é sobretudo quanto a este último ponto que as relações entre governo da maioria e direitos da

¹⁴⁷ WELLINGTON, Harry H.. Foreword. In: BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed.. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

¹⁴⁸ BORK, Robert H.. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. New York: First Touchstone Edition, 1991, p. 139.

¹⁴⁹ BORK, Robert H.. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. New York: First Touchstone Edition, 1991, p. 139.

minoria tornam-se acesas e problemáticas, pois o sistema optou por conferir ao Judiciário a função de reconciliar os dois princípios. Afirmar, ainda, que a Suprema Corte, que tem função crucial na reconciliação que advoga, é um órgão não político.

Claro que algumas posições de Bork podem ser de pronto problematizadas. A concepção dele do arranjo político entre presidente e as duas casas legislativas pode ser incrementada com aportes simples da teoria da separação dos poderes e a descrição da Suprema Corte como órgão não político pode sofrer inúmeros questionamentos. A seu favor, no entanto, pode-se dizer quanto à primeira crítica que se cuida de um resumo que não assume papel relevante em seu argumento; e, quanto à segunda, pode-se dizer que ao descrever a Suprema Corte como instituição não política, Bork apenas pretendia a diferenciar dos órgãos eletivos. O importante, todavia, é que ele considera ser a tarefa da reconciliação entre o princípio democrático (governo da maioria) e a proteção dos direitos da minoria uma função essencial e permanente, ou seja, sem solução pontual. Nisso ele está acompanhado pela grande maioria dos autores que estudam o tema¹⁵⁰.

O principal teórico a enfrentar o dilema Madisoniano foi o já citado Bickel. Com adaptações, ele denominou o problema descrito acima de dificuldade contramajoritária. Sua obra seminal pretendia explicar, assim, como o *judicial review*, uma instituição não democrática, poderia ser justificado em um sistema de governo que deriva a legitimidade de seu funcionamento da regra da maioria¹⁵¹. Bickel afirma que quando Hamilton e Marshall justificavam a atuação do Judiciário na invalidação de uma lei editada pelo Congresso, afirmavam que os poderes constituídos não poderiam sobrepor-se à vontade do povo expressa na Constituição. Mas, por óbvio, a palavra *povo*, usada nesse sentido, revela-se uma abstração ou, no mínimo, o congelamento da vontade dos *framers* que redigiram o texto consitucional para a sua aplicação pelos juízes em detrimento da vontade dos representantes do povo do aqui e agora. Nas palavras de Bickel, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei atual com esses

¹⁵⁰ BORK, Robert H.. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. New York: First Touchstone Edition, 1991, pp. 139-141.

¹⁵¹ WARD, Kenneth D.. Introduction. In: *The Judiciary and American Democracy: Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory*. Kenneth D. Ward and Cecilia R. Castillo eds.. New York: State University of New York Press, 2005, pp. 1-7, p. 1.

fundamentos a Suprema Corte “*exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it*”¹⁵².

Constatada a dificuldade contramajoritária, Bickel passa a buscar um caminho para fundar ou refundar as bases do *judicial review*. Ele afirma que as democracias modernas não funcionam com a população ou os eleitores tomando partido na atividade quotidiana do governo. Isso não ocorre. As pessoas não têm tempo para acompanhar o dia-a-dia dos afazeres governamentais. Na prática, as atenções se voltam ao governo quando há grandes decisões sendo tomadas ou em momentos eleitorais, quando, aí sim, os políticos são chamados a prestar contas (o que se conhece por *accountability*) aos eleitores e são avaliados por estes. No geral, as entidades governamentais adotam uma miríade de decisões todos os dias, semanas e meses e muitas delas são técnicas, intersticiais, efêmeras, de modo que podem contar com o apoio da maioria em um momento e, em seguida, perdê-lo¹⁵³.

Tem-se, portanto, como fato que a maioria dos eleitores não acompanha os afazeres diários do governo, mas participam apenas do processo eleitoral. Dahl afirma que, ainda que se possa pedir mais, a participação eleitoral não deve ser negligenciada por configurar o dispositivo democrático por excelência, garantidor da *accountability* e, portanto, do controle efetivo das lideranças políticas¹⁵⁴. Ele dialoga criticamente com Madison, que se preocupava com o surgimento de facções no seio do Estado e de seu efeito corrosivo. Constatando que as facções, entre outras causas, têm origem no exercício da liberdade e esta não deve ser cerceada, Madison afirmava que a forma de se lidar com facções é controlando-as. Tendo em vista que elas seriam mais propensas a frutificar em localidades menores, na estrutura da União estaria a forma de controlá-las¹⁵⁵.

¹⁵² BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed.. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986, pp. 16-17.

¹⁵³ BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed.. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986, pp. 16-19.

¹⁵⁴ DAHL, Robert A.. *A Preface to Democratic Theory*. Chicago: University of Chicago Press, 1956, pp. 125-132.

¹⁵⁵ MADISON, James. O Federalista n. 10. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. *O Federalista*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2005, pp. 77-83, pp. 478-83.

Essas considerações são importantes porque Bickel as manipula para demonstrar que a democracia real opera com dificuldades e enfrenta uma série de outros problemas não relacionados ao *judicial review*. Truman serve de suporte para Bickel ao mencionar que as estruturas democráticas modernas são complexas e que grupos de pressão exercem influência bastante mais significativa do que as exercidas pelos eleitores comuns¹⁵⁶, ao passo que Rostow informa que há outras instituições, como o Banco Central, por exemplo, cujos cargos diretores não são eletivos e nem por isso são tidas como não democráticas ou não *responsivas*¹⁵⁷.

Assim, Bickel enxerga a possibilidade de a democracia conviver com instâncias de decisão alocadas em instituições não constituídas por pessoas democraticamente eleitas para ocupar os seus cargos. Admite, todavia, que o caso do controle judicial de constitucionalidade encontra dificuldades específicas por relacionar-se diretamente com os poderes Executivo e Legislativo impondo-lhes freios evidentes. Isso quer dizer que o *judicial review* expressa uma desconfiança com relação à atuação dos demais poderes, em especial com respeito à atividade do Legislativo, o que pode enfraquecer a cultura e o processo democráticos.

Esse enfraquecimento decorre de desinteresse e desatenção que os eleitores são levados a nutrir com relação aos seus representantes, visto que se eles aprovarem leis ruins, os tribunais poderão invalidá-las. Isso por que o recurso ao *judicial review* tornou-se rotineiro, conforme lamentava Thayer ainda no início do século XX, e isso diminui a capacidade de escolha e de tomada de decisões políticas da população, bem como seu senso de responsabilidade moral sobre os rumos da comunidade como um todo¹⁵⁸. Por essa razão, Thayer afirmava, em obra do final do século XIX, que por ser algo único e especial, as Cortes deveriam ser astutas ao utilizarem seu poder de revisão judicial e, assim, evitarem invadir a esfera de competência própria dos demais poderes¹⁵⁹.

A partir da descrição acima pode-se constatar que Bickel, em sua defesa da prática do *judicial review*, quer reponder a três questões: (i) precisa justificar o controle judicial de

¹⁵⁶ TRUMAN, D. B.. The Governmental Process. New York: Knopf, 1951.

¹⁵⁷ ROSTOW, E. V.. The Democratic Character of Judicial Review. 66 Harvard Law Review, 1952, pp. 193, p. 195.

¹⁵⁸ THAYER, James B.. John Marshall. Boston: Houghton Mifflin, 1901, pp. 57, p. 84.

¹⁵⁹ THAYER, James B.. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. Boston: Little, Brown, and Company, 1893, pp. 1-34.

constitucionalidade face às objeções elaboradas por Thayer, no sentido de que a prática da revisão judicial de leis aprovadas pelo Parlamento enfraquece a democracia; (ii) precisa levar em conta a existência de grupos de interesse que exercem pressão sobre os mecanismos de decisões democráticas, consoante asseverado por Truman e desde cedo temido por Madison, de modo que as decisões devem ser baseadas em princípios neutros, aceitos e compartilhados por todos; e (iii) ele precisa informar um conjunto de mecanismos institucionais que permitam que a Corte seja moralmente íntegra e conectada com a história do país, bem como, prudente em seu processo decicional¹⁶⁰.

Quanto à primeira questão, Bickel propõe-se a aderir à regra do erro claro (*clear mistake rule*) proposta por Thayer. Segunda essa regra, os juízes devem ser bastante deferentes às razões elaboradas por membros dos outros poderes e, assim, serão mais pacientes, cuidadosos e tolerantes no exercício do controle judicial de constitucionalidade. Significa dizer que os juízes da Suprema Corte, em especial, devem considerar com respeito e compreensão os pontos de vista das demais partes e autoridades, de modo que possam perceber a profunda complexidade dos assuntos públicos que lhes são submetidos e, portanto, serem relutantes e cuidadosos no que diz respeito à sua própria intervenção. Essas regras e práticas, se adotadas pelas Cortes, levariam os juízes a serem **prudentes** e, assim, evitariam o surgimento de juízes moralmente imperiais, autoritários¹⁶¹.

A segunda resposta, de modo similar à primeira, é reconduzida aos princípios de neutralidade elaborados por Wechsler¹⁶², segundo quem essa neutralidade forçaria o juiz a decidir afastando-se dos interesses momentâneos, que parecem urgentes, de forma que a decisão possa transcender essas questões e mostrar-se psicológica e politicamente desinteressada. Bickel explica que os princípios de neutralidade impõem, para que possam ser aplicados, uma série de testes de racionalidade argumentativa e de coerência intelectual. Os

¹⁶⁰ NAGEL, Robert F.. Principle, Prudence, and Judicial Power. In: The Judiciary and American Democracy: Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory. Kenneth D. Ward and Cecilia R. Castillo eds.. New York: State University of New York Press, 2005, pp. 9-22, pp. 15-16. Seguirei, em boa medida, a estrutura do raciocínio crítico sugerido por Nagel.

¹⁶¹ BICKEL, Alexander M.. The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2 ed.. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 41.

¹⁶² WECHSLER, Herbert. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. In: Wechsler, Principles, Politics, and Fundamental Law. Cambridge: Harvard university Press, 1961, p. 5.

princípios de neutralidade devem ser aplicados uniformemente, sem ajustes ou concessões, pois são intrinsecamente equilibrados¹⁶³. Com todos esses predicados, Bickel admite que enunciá-los envolve risco considerável, em razão de ser difícil encontrá-los ou extraí-los em situações concretas, de modo que, conclui Bickel, “there can be but very few such principles¹⁶⁴”.

Para ficar claro o raciocínio que Bickel está a propor por meio da noção de princípios de neutralidade, vale a pena transcrever trecho, ainda que um pouco longo, de sua obra:

Our point of departure, like Mr. Wechsler's, has been that judicial review is the principled process of enunciating and applying certain enduring values of our society. These values must, of course, have general significance and even-handed application. When values conflict – as they often will – the Court must proclaim one as overriding, or find an accommodation among them. The result is a principle, or a new value, if you will, or an amalgam of values, or a compromise of values; it must in any event also have general significance and even-handed application. For, again, **the root idea is that the process is justified only if it injects into representative government something that is not already there**; and that is principle, standards of action that derive their worth from a long view of society's spiritual as well as material needs and that command adherence whether or not the immediate outcome is expedient or agreeable. It follows, and I take it Mr. Wechsler suggests, that once the Court has arrived at a principle, it must apply that principle without compromise. Therefore, the Court should not rest judgment on a “principle” which may be incapable of uniform application. **If, in order to be workable in our society as it actually exists, a rule of action must be modulated by pragmatic compromises, then that rule is not a principle; it is no more than a device of expediency. And it is for legislatures, not courts, to impose what are merely solutions of expediency¹⁶⁵**. (destaquei)

¹⁶³ BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed.. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986, pp. 50-51.

¹⁶⁴ BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed.. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 59.

¹⁶⁵ BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed.. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 58.

Para Bickel, portanto, a ideia de neutralidade deveria conter a Corte, uma vez que ela apenas atuaria quando uma questão de princípio estivesse envolvida. A Corte deve procurar na experiência histórica do país, com prudência, a forma de desenvolver princípios universalizáveis e aplicáveis a todos. Note-se que esses princípios não estão inscritos no texto constitucional. Eles devem ser encontrados pela Corte¹⁶⁶ por meio dessa atividade racional altamente complexa e demorada (a prudência vem dessa calma, do ritmo lento que deve assumir o processo decisório da Corte) e aplicados sem compromissos de conveniência, sem concessões. Essas seriam atitudes típicas da atuação do Poder Legislativo que, uma vez presentes em decisões da Suprema Corte, revelariam que esta não se fundamentaria em princípio, mas em soluções de conveniência.

Por fim, a contribuição original de Bickel, isto é, aquela que ele infere das demais, é a que ele denomina de virtudes passivas (*passive virtues*). Elas conduziriam a um autocontrole judicial por meio do estabelecimento de mecanismos de restrição, para que a Corte possa evitar decidir. Um dos propósitos essenciais das virtudes passivas é justamente o de gerar atrasos no processo decisório não apenas para que os juízes possam examinar de modo mais amplo todos os fatores sociais e culturais envolvidos no caso em apreço, senão para que tenham tempo de considerar com o devido respeito as opiniões e os argumentos dos outros, incluídos membros de outros poderes, da sociedade em geral e de colegas. Esse atraso criado de propósito serve para garantir que a decisão crie e aplique, de fato, princípios, e no *timing* devido, quando a sociedade estiver preparada e madura para bem recebê-los. Além disso, esse atraso permite que *as coisas aconteçam* e se possa aferir as suas consequências, de maneira que a Corte, assim, poderá moldar os princípios a partir da experiência e da observação¹⁶⁷.

Bickel vai ainda mais longe e afirma que essas experiência e observação devem incluir as objeções e opiniões que foram desenvolvidas em resposta aos princípios já enunciados e

¹⁶⁶ NAGEL, Robert F.. Principle, Prudence, and Judicial Power. In: The Judiciary and American Democracy: Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory. Kenneth D. Ward and Cecilia R. Castillo eds.. New York: State University of New York Press, 2005, pp. 9-22, pp. 9-14.

¹⁶⁷ BICKEL, Alexander M.. The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2 ed.. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 116.

aplicados pela Suprema Corte¹⁶⁸. E assim, bombardeados por todas essas informações, os juízes da Suprema Corte poderão, segundo Bickel, atuar sem que sejam considerados uns moralistas autoritários. Serão apenas espécies de professores inseridos na sociedade, envolvidos simplesmente em um colóquio em que ouvem e falam como todos os demais participantes¹⁶⁹.

O argumento de Bickel pressupõe que a prática judicial, se relaizada nos termos descritos por ele, gera capacidades específicas nos juízes envolvidos no procedimento, como humildade, circunspecção, autorestrição e precaução. A complexidade, ou melhor, o aspecto paradoxal de seu argumento é que ele não apenas conclama os juízes da Suprema Corte a serem prudentes para que resistam aos perigos e armadilhas inerentes ao exercício de uma função profundamente moralista ou moralizadora, mas afirma que se as Cortes compreenderem e observarem as cautelas procedimentais que propõe como práticas institucionais, então estarão aptas a exercerem a grande função de criação, descoberta e imposição de princípios morais¹⁷⁰. A prudência que assim será inserida no caráter dos juízes da Suprema Corte domesticará a natureza moralista dos princípios constitucionais¹⁷¹. E isso explica a ironia contante no título de seu livro, bem explicada na frase de abertura da obra: “*The least dangerous branch of the American government is the most extraordinarily powerful court of law the world has ever known*”¹⁷².

Nota-se que a obra é ousada, complexa e, por vezes, paradoxal. Sua importância e impacto no ambiente jurídico-político norte-americano foi altamente anunciada. Bickel redigiu a obra em uma época em que a Suprema Corte editava algumas de suas mais relevantes decisões. Lembre-se: *The Least Dangerous Branch* foi originalmente publicada em 1962. Em

¹⁶⁸ BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed.. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986, pp. 258-59.

¹⁶⁹ BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed.. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986, pp. 68-70.

¹⁷⁰ BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed.. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 71.

¹⁷¹ NAGEL, Robert F.. Principle, Prudence, and Judicial Power. In: *The Judiciary and American Democracy: Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory*. Kenneth D. Ward and Cecilia R. Castillo eds.. New York: State University of New York Press, 2005, pp. 9-22, p. 16.

¹⁷² BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed.. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 1.

1954, a Suprema Corte dava a conhecer a decisão do famoso caso *Brown v. Board of Education*¹⁷³. Em 1958, em *Cooper v. Aaron*¹⁷⁴, possivelmente pela primeira vez a Suprema Corte afirmara expressamente a supremacia judicial, ou seja, a imposição aos outros órgãos do Estado de sua interpretação como última palavra sobre o significado da Constituição.

Outras decisões importantes sucederam-se e Bickel, um jovem professor de Yale, procurou compreender e justificar teoricamente as novidades na prática do *judicial review* pela Suprema Corte, bem como pretendeu prescrever-lhe procedimentos. Talvez as ambivalências do livro revelem a necessidade de justificar práticas da Corte com as quais ele não concordava, ao tempo em que buscava formas de as remediar. Ele foi um homem comprometido com o regime da *New Deal-Great Society* e, infelizmente, morreu cedo, por volta dos cinquenta anos de idade.

Em 1975, foi publicada, postumamente, sua obra *The Morality of Consent*, muito pouco lida, sobretudo fora dos Estados Unidos. Nela, Bickel revê boa parte de suas considerações sobre os princípios que devem reger a Suprema Corte como essencialmente políticos, profundamente morais e não negociáveis. Em *The Morality of Consent* ele chega a afirmar que o compromisso com princípios tende a gerar arrogância. A pretexto da Guerra do Vietnam, conclui: “*The seeds of decay are within the ideologies themselves, in their pretensions to universality, in their over-confident assaults on the variety and unruliness of the human condition, in the intellectual and emotional imperialism of concepts like freedom, equality, even peace*”¹⁷⁵.

Ainda na mesma obra, preocupado com o caso *Watergate*, afirma que a ordem jurídica não pode mais sustentar o contínuo assalto aos imperativos morais, que são perpetrados de fora, mas também de dentro da Suprema Corte, presidida, durante quinze anos, por Earl Warren¹⁷⁶. As ideias de Bickel pareciam estar em processo de mutação, mas o que importa é que ele influenciou imensamente toda uma geração de constitucionalistas americanos que o sucederam e foi alvo de toda sorte de críticas. É possível, com clareza, perceber que a partir de

¹⁷³ 347 U. S. 483 (1954).

¹⁷⁴ 358 U. S. 1 (1958).

¹⁷⁵ BICKEL, Alexander M.. *The Morality of Consent*. New Haven: Yale University Press, 1975, p. 11.

¹⁷⁶ BICKEL, Alexander M.. *The Morality of Consent*. New Haven: Yale University Press, 1975, p. 120.

seus escritos outros autores formularam suas próprias teorias sobre o *judicial review*. Suas ideias são repudiadas com frequência, mas foram importantes para o surgimento, por exemplo, do procedimentalismo constitucional de Ely¹⁷⁷, do minimalismo judicial de Sunstein¹⁷⁸ e se correlacionam com o dualismo democrático de Ackerman¹⁷⁹. Algumas dessas ideias serão brevemente examinadas abaixo.

3.2. Tentativas de superação da dificuldade contramajoritária: ainda a tensão entre constitucionalismo e democracia

Conforme visto no tópico anterior, a paradoxal teoria de Bickel pretendeu prescrever uma Corte prudente, que julgasse com base em princípios de neutralidade. A tentativa, no entanto, foi bastante criticada porque centrada na necessidade de os juízes da Suprema Corte atenderem a procedimentos que lhes permitiria decidir sábia e cautelosamente, com base em imperativos morais e na perquirição de princípio políticos essenciais entranhados na história e na tradição do país que, na prática, são inalcançáveis. A teoria, desse modo, pode ter contribuído mais para uma atividade da Corte fundada em grandes intervenções, justificadas sobre princípios esparsos e muitas vezes não essenciais.

Constatada pela academia jurídica a atividade intensa da Corte, diagnosticada, de forma geral, como altamente interventiva nas decisões coletivas (o que se passou a denominar de ativismo judicial), surgiram, logo, novas teorias sobre o controle judicial de constitucionalidade que tentaram, cada qual ao seu modo, circunscrever a autoridade da Suprema Corte dentro de certos limites que propuseram e que julgaram adequados para evitar a supremacia judicial, conquanto favorecendo a prática limitada do *judicial review*.

¹⁷⁷ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.

¹⁷⁸ SUNSTEIN, Cass R.. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Second Print. Cambridge and London: Harvard University Press, 2001.

¹⁷⁹ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

3.2.1. A abordagem procedimental do judicial review de John Hart Ely

A abordagem de Ely é extremamente clara e objetiva. Ele afirma, na primeira página de *Democracy and Distrust*, que durante muito tempo a teoria constitucional vem sendo dominada por uma falsa dicotomia, que coloca de um lado o interpretacionismo (*interpretivism*) e de outro o não-interpretacionismo¹⁸⁰ (*noninterpretivism*). Essa contenda é antiga, pois representa, em verdade, a dicotomia entre o *positivismo* e o *direito natural*, todavia, como prefere o autor que se está a analisar, utilizar-se-á a nomenclatura mais moderna para se evitar que a pesada bagagem carregada pelas expressões positivismo e direito natural possa causar imcompreensões¹⁸¹.

A intenção do autor é, então, a de escapar dessa armadilha imposta pela dicotomia mencionada acima, uma vez que em sua avaliação ambas as correntes são igualmente insuficientes para fundamentar uma prática adequada do controle judicial de constitucionalidade das leis. Assim, Ely começa tentando demonstrar as falhas das correntes mencionadas.

Inicia por atacar o interpretacionismo, que teria um poder de sedução relevante, na medida em que cria uma falsa ilusão de atrelamento estrito ao texto constitucional. Essa corrente positivista acredita poder extrair do texto e da história legislativa significados claros aos quais se deve ser fiel na aplicação do Direito. A partir disso é que Ely irá se referir à ilusão de que o interpretacionismo está a dizer o que é o direito e como ele deve funcionar¹⁸².

A vantagem do interpretacionismo, segundo Ely, estaria ligada apenas ao fato de que juízes firmemente convictos de que essa postura interpretativa é a correta devem utilizá-la para não *intervir* nos casos em que o texto da Constituição não trata expressamente da matéria. Ely conclui, por exemplo, que o *Justice* Hugo Black¹⁸³, cuja postura era extremamamente rigorosa

¹⁸⁰ Utilizarei os termos interpretacionismo e não-interpretacionismo, permitindo-me o neologismo em homenagem à fidelidade às ideias exposta por Ely.

¹⁸¹ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980, p. 1.

¹⁸² ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980, pp. 1-9.

¹⁸³ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980, pp. 2-3. Ely afirma que “(...) *Black is recognized, correctly, as the quintessential interpretivist (...) with its obviously oversatated faith that the language of the Constitution would show the way,*

quanto à necessidade de atrelamento ao texto, jamais interviria no caso *Roe v. Wade* (no qual a Suprema Corte autorizou o aborto sob algumas condições, depois de travar um debate entre o direito à vida do feto e os direitos à intimidade e à privacidade da mulher), sob o fundamento de que o texto da Constituição não aborda diretamente o tema e, portanto, não se teria uma disputa constitucional.

A vantagem do interpretacionismo estaria, então, em evitar o debate constitucional sobre temas não previstos expressamente no texto. Nesse sentido, ele poderia gerar uma maior previsibilidade acerca do que a Suprema Corte estaria apta ou disposta a discutir. Admitido, todavia, o caso como veiculador de uma questão constitucional, Ely posiciona-se no sentido de que o interpretacionismo não mais apresentaria quaisquer vantagens sobre outras posturas, visto que a linguagem utilizada nos textos constitucionais tende a ser obscura, ambígua, bem como os resultados de interpretações de estudos sobre a história legislativa, de modo que as interpretações nunca serão planas e sempre haverá a possibilidade de debates e de discordância¹⁸⁴.

Outra sedução do interpretacionismo estaria relacionada à sua comparação com a corrente contrária, a qual enfrentaria maiores dificuldades para se reconciliar com a aspiração democrática da maioria dos países ocidentais. Isso porque o não-interpretacionismo, ligado à ideia de direito natural, e que, portanto, pode ser descoberto pelo intérprete, seria menos deferente ao direito legislado, por meio do trabalho dos representantes eleitos.

O não-interpretacionismo, no entanto, é ainda mais veemente rechaçado por Ely. Segundo ele, o problema do interpretacionismo está no fato de haver grande ambiguidade na linguagem da Constituição – o que se pode chamar de textura aberta de vários dispositivos constitucionais –, de maneira que o intérprete é convidado a preencher o texto com significados que deve buscar na história legislativa e no próprio sistema jurídico, o que acabaria por derrubar a pretensão de fidelidade ao texto constitucional almejada pelos

there lay a fully elaborated (though surely debatable) theory of the limits of legitimate judicial discretion and the hortatory use of principle”.

¹⁸⁴ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980, p. 186, nota de rodapé 10.

interpretacionistas. Mas no caso do não-interpretacionismo, o problema seria ainda mais grave, segundo Ely.

O autor afirma que essas cláusulas constitucionais vagas convidam o intérprete a ir além, obviamente, de seu sentido literal, uma vez que sem esse acréscimo de sentido inserido pelo intérprete elas pouco informam. O problema aqui residiria no fato de o intérprete não-interpretacionista recorrer a valores outros que não aqueles extraíveis do texto, mas a ele externos¹⁸⁵. Tais seriam os valores do próprio juiz, dos princípios de neutralidade, da razão comum, do direito natural, da tradição, entre outros. A violação ao princípio do autogoverno ficaria evidente diante de posturas assim, visto que elas acarretariam a substituição do governo por meio de decisões adotadas no Parlamento – órgão de representação popular – por um governo levado a cabo por meio de concepções adotadas pelos juízes – politicamente irresponsáveis (*unaccountable*) – em suas decisões¹⁸⁶.

Insatisfeito com ambas as correntes, Ely propõe uma alternativa intermediária. Ele quer escapar da armadilha criada pela dicotomia explicada acima, segundo a qual o Judiciário deve preencher o texto constitucional que é vago e ambíguo com valores, sejam eles da própria Constituição ou da história legislativa, sejam eles do próprio juiz, da razão ou do direito natural. A proposta de Ely é no sentido de que a Suprema Corte não deve impor seus valores (seja lá quais forem) às cláusulas constitucionais de textura aberta, mas apenas atuar em uma margem mínima de ação corretiva. Assim, a Corte não deveria, segundo afirma, agir como um impedimento elitista aos supostos excessos substantivos cometidos pelos órgãos representativos politicamente responsáveis, senão apenas atuar com a finalidade de aperfeiçoar o processo de tomada de decisões democráticas pelos órgãos para tanto competentes¹⁸⁷.

A legitimidade da atuação do Judiciário estaria vinculada à identificação de falhas no *mercado político*, o que ele aproxima de uma função antitruste, no sentido regulatório-econômico. Significa dizer que os tribunais, em especial a Suprema Corte, não devem atuar

¹⁸⁵ ZURN, Christopher. Deliberative Democracy and Constitutional Review. In: *Law and Philosophy*, 21, 2002, pp. 467-542, p. 481. O autor revela que “(...) *all of the candidate for discovering extra-textual fundamental values that might guide adjudication result, in the end, in judges applying substantive criteria to the outcomes of legislative processes (...) supposed to be the well-spring of the substantive values embedded in legal norms*”.

¹⁸⁶ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980, pp. 43-72.

¹⁸⁷ ELY, John Hart.. The Apparent Inevitability of Mixed Government. In: *Constitutional Commentary*. June, 1999, p. 290.

para ditar resultados substantivos, mas somente agir quando o mercado, nesse caso o mercado político, estiver funcionando mal¹⁸⁸.

A inspiração para propor essa alternativa teria vindo da nota de rodapé número 4 constante da decisão da Suprema Corte no caso *United States v. Carolene Products Co.*, de 1938. O caso debatia a constitucionalidade de uma lei que proibia o transporte de leite com óleo vegetal¹⁸⁹ e, no mais famoso rodapé da história das decisões da Suprema Corte, restou consignado que é dever do Poder Judiciário aplicar as regras expressas e específicas do texto constitucional (i); intervir no processo político quando se fizer necessário para a proteção do funcionamento regular do sistema democrático (ii); bem como para averiguar o adequado tratamento dispensado pelas majorias às *minorias insulares e discretas (insular and discrete minorities)* (iii).

A preocupação de Ely, que coincide com a preocupação manifestada pela Corte presidida por Earl Warren – cujo debatido ativismo é caracterizado por Ely como *sui generis*, pois visava, em sua interpretação, ampliar a participação e o acesso geral aos benefícios gerados pelo processo representativo – era concernente à inclusão dessas minorias insulares, sistematicamente excluídas dos processos decisórios nas vias de expressão e canalização das discussões dos projetos coletivos. A proposta de Ely, sintetizada por Mendes, seria no seguinte sentido:

A corte deve fiscalizar a participação e combater eventuais discriminações. O fato de não ser eleita facilitaria essa atividade. Deve ser proterora de direitos civis e políticos inerentes à competição, ao funcionamento e à manutenção dos processos decisórios: liberdade de expressão, de reunião, de associação partidária, o direito de voto. Monitora a equidade procedimental. Preocupa-se em dar voz a setores marginalizados da sociedade.

A corte, nessa corrente, não pode imiscuir-se nas escolhas democráticas, nas grandes decisões do “povo”. Precisa somente garantir que o jogo de interesses seja disputado sob bases igualitárias. Extrapolar essa função e adentrar no domínio dos juízos morais substantivos da democracia equivaleria a um “regime de

¹⁸⁸ ELY, John Hart.. Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review. Maryland Law Review, V. 37, 1977, p. 488.

¹⁸⁹ POLI, Vinicius José. Controle de constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 88.

guardiões” [referência a noção difundida por Robert Dahl em *Democracy and Its Critics*, 1991], por meio do qual o “povo” é privado de governar a si mesmo e se infantiliza ao ter que se subordinar a uma elite que, supostamente, teria mais capacidade para fazer as escolhas por ele¹⁹⁰. (destaquei)

Nota-se, portanto, que Ely procura evitar os equívocos que enxerga em Bickel e outros autores e propor uma teoria da revisão judicial garantidora e otimizadora dos procedimentos democráticos. Propõe a intervenção da Corte somente quando direitos inerentes à participação política estiverem em risco, buscando impedir que a Corte adentre o campo dos juízos morais substantivos, conforme defendido por Dworkin.

Dworkin objetaria, todavia, que é incoerente e impossível pinçar na Constituição os direitos que podem ser protegidos pela Corte, separando-os dos que não podem ou não devem ser tutelados por essa mesma Corte. A tentativa que faz Ely de evitar que a Corte pronuncie juízos morais substantivos apenas tenta disfarçar, segundo Dworkin, que a própria teoria dele já fez essas opções que envolvem moralidade política, ao escolher quais direitos são judicializáveis. Desse modo, os juízes só podem aceitar a teoria de Ely se antes aceitarem as escolhas morais que ela faz¹⁹¹. Ely, portanto, não conseguiu escapar da dificuldade contramajoritária revelada por Bickel.

3.2.2. *A democracia dualista de Bruce Ackerman*

Envolvido em um projeto de pesquisa sobre a história constitucional norte-americana, por meio do qual pretende e já está a fornecer novos aportes e interpretações sobre a relevante empreitada que foi e é a construção constitucional dos Estados Unidos da América, Ackerman propõe, de início, uma interpretação fundada no que ele denomina de *momentos constitucionais*. Afirma que apesar de uma grande nação, os Estados Unidos ainda não foram capazes de produzir um pensamento original sobre sua própria história e suas práticas

¹⁹⁰ MENDES, Conrado H.. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 71-72.

¹⁹¹ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 80-92.

institucionais, de modo que continuam a usar categorias emprestadas do pensamento político-jurídico europeu¹⁹². Pretende, então, colaborar para alterar esse estado de coisas.

Em sua explicação, portanto, ele quer enfatizar alguns momentos da história do país que em razão de sua enorme relevância e, em especial, da grande mobilização popular que foram capazes de movimentar, impregnaram-se de valor fundante, no sentido constitucional do termo, para a nação. Esses momentos, segundo Ackerman, foram evidentemente a **Fundação** do país, quando os *founding fathers* reuniram-se em convenções para debater, elaborar e, finalmente, ratificar a Constituição americana; a **Reconstrução**, consubstanciada nas emendas constitucionais aprovadas em seguida ao término da Guerra Civil; e o **New Deal**, que após o grave embate entre o Presidente Franklin Delano Roosevelt e a Suprema Corte, sintetizou-se, em favor da posição de Roosevelt, que era apoiada pela sociedade, com a formação da que se tornou conhecida como *New Deal-Great Society*.

Esses momentos fundantes são centrais para a tese de Ackerman porque representam situações históricas em que a população, em geral alheia aos debates públicos e distante da política, saiu às ruas e efetivamente mobilizou-se em luta por mudanças que ele acredita serem significativas ao ponto de poderem ser elevadas à estatura constitucional. Consta, então, que a normalidade nos Estados Unidos é o governo representativo, com pouca participação e interesse dos cidadãos acerca dos negócios públicos. Ele cunha a expressão *perfect privatists* para se referir a esse tipo de indivíduo que vive sua vida privada com pouco ou nenhum interesse sobre o andamento das questões públicas ou coletivas¹⁹³.

Desse modo, ao diagnosticar, pelo menos até o momento, esses três momentos constitucionais, em que as pessoas comuns saíram de suas casas e participaram energicamente das mobilizações em favor de mudanças no *status quo*, Ackerman encontrou-se em condições de defender que a história político-constitucional norte-americana revela um dualismo democrático essencial. Assim, explica no primeiro capítulo do primeiro livro da trilogia *We*,

¹⁹² ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. In: The Yale Law Journal, Vol. 99, n. 3, pp. 453-547, p. 453. A mesma colocação é feita na abertura de ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, p. 3: “*America is a world power, but does it have the strength to understand itself? Is it content, even now, to remain an intellectual colony, borrowing European categories to decode the meaning of its national identity?*”

¹⁹³ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, pp. 231 e s.

*the people*¹⁹⁴ o que se deve entender por sua concepção de democracia dualista, segundo a qual o processo político americano normalmente se realiza por meio dos representantes eleitos, mas em alguns momentos o próprio povo, diretamente, torna-se protagonista.

Ackerman propõe o abandono dos livros europeus que orientaram o pensamento político americano. Ele quer descobrir a Constituição combatendo essas influências intelectuais externas que deixaram reflexos nocivos na *narrativa profissional* americana¹⁹⁵. Segundo ele, essa *narrativa profissional* é realizada pelos juízes e advogados que em seus quotidianos enfrentam problemas particulares e precisam sobre eles decidir, com base numa estória da saga dos americanos que os levou da Fundação ao Bicentenário¹⁹⁶.

Ele empreende, então, sua própria narrativa para tentar desvendar a relação paradoxal entre constitucionalismo e democracia que permeia a evolução histórica do país. A tentativa que fará de compatibilizar esses dois extremos revela seu intuito de também propor a sua fórmula para a superação do dilema descrito por Alexander Bickel: a dificuldade contramajoritária.

Ackerman pensa ser possível conciliar constitucionalismo e democracia na tradição americana, acreditando, portanto, poder superar a dificuldade contramajoritária exposta por Bickel. A chave da teoria que Ackerman propõe para essa superação está na ideia de comunidade que, em sua obra é composta pelo *povo* tal como proposto por ele. Isso porque sua ideia de *povo* permite a criação da teoria da democracia dualista. Por vezes, a vontade popular atua diretamente, quando há grande engajamento dos cidadãos em torno de alguma questão de interesse público que sensibiliza o país. Quando isso acontece, e só acontece em momentos raros, segundo o próprio Ackerman, a autoridade do direito, normalmente

¹⁹⁴ Os dois primeiros livros da referida trilogia já foram lançados. O primeiro: ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991; o segundo: ACKERMAN, Bruce. *We the People 2: Transformations*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.

¹⁹⁵ ACKERMAN, Bruce. *Constitutional Politics/Constitutional Law*. In: *The Yale Law Journal*, Vol. 99, n. 3, pp. 453-547, p. 454.

¹⁹⁶ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, p. 4.

personificada nos órgãos político-representativos, transfere-se para a vontade popular, o que proporciona a realização do princípio republicano do autogoverno¹⁹⁷.

A teoria de Ackerman começa por identificar uma falha na exposição da dificuldade contramajoritária por parte de Bickel. Para este, a dificuldade contramajoritária está na invalidação por um poder não eleito pelo povo de uma norma produzida por órgãos representativos que operam segundo a regra da maioria e que, portanto, representam a maioria da população. O problema, segundo Ackerman, estaria na indistinção entre os órgãos representativos ordinários e as assembleias com poderes constituintes. Na medida em que Bickel não faz essa diferenciação, nivelando decisões de naturezas distintas, ele impediria também a distinção entre vontade democrática e vontade constitucional¹⁹⁸.

Ackerman afirma, assim, que a visão *monista* de Bickel não consegue lidar com essa distinção e propõe o rompimento com esse nivelamento. Sua teoria precisa lidar com os momentos raros em que o povo manifesta-se diretamente em uma espécie de rebeldia democrática contra os limites impostos pela Constituição, nesse sentido representados pelos processos formais de produção normativa. A conciliação que propõe não quer submeter a democracia (a rebeldia do povo) à constituição ou vice-versa. Ele pretende reconduzi-los uma ao outro fazendo desaparecer a tensão anteriormente existente entre eles¹⁹⁹.

Rompendo com o *monismo* de Bickel, Ackerman propõe o *dualismo* democrático que distingue a vontade constitucional da vontade democrática. Ou, em outros termos, faz a diferenciação entre a *política constitucional* e a *política ordinária*. A política constitucional é referida à política republicana, que exige a participação ativa dos cidadãos nas decisões dos negócios públicos; a política ordinária é a política comum, exercida diariamente por intermédio dos órgãos representativos, e que ele descreve como capturada pelos interesses particulares. Ackerman conclui que muito embora ambas tenham raízes na vontade popular, a

¹⁹⁷ VARGAS, Daniel Barcelos. O Renascimento Republicano no Constitucionalismo Contemporâneo e os Limites da Comunidade: Uma Análise das Teorias Constitucionais de Bruce Ackerman, Frank Michelman e Cass Sunstein. Dissertação de mestrado. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2005, pp. 103-05.

¹⁹⁸ ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. In: Yale Law Journal. Vol. 93, 1984, pp. 1013-1072, pp. 1013-1015, 1035 e 1046.

¹⁹⁹ ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. In: Yale Law Journal. Vol. 93, 1984, pp. 1013-1072, pp. 1016 e 1022.

política constitucional tem prioridade com relação à política ordinária, em razão da participação ativa e direta dos cidadãos que só nela se verifica²⁰⁰.

A importância dos momentos constitucionais está em que apenas nesses momentos raros e especiais da história a política ordinária liberal cede espaço à política constitucional republicana²⁰¹, o que significa dizer que a disputa de interesses particulares é substituída momentaneamente pelo debate sobre o bem comum²⁰². Esses momentos constitucionais tornam-se circunstâncias em essência revolucionárias, por isso são tão raros. E como as revoluções não são permanentes, assim também os momentos constitucionais acontecem para alterar a ordem estabelecida e passam. As alterações que proporcionam, no entanto, permanecem. Como esses momentos constitucionais podem acontecer sempre e a qualquer momento, desde que preenchidas suas condições, a possibilidade de *revolução* fica institucionalizada no pensamento de Ackerman.

Nesses momentos constitucionais (revolucionários) as instituições do Estado submetem-se diretamente à voz do povo, que fala por si, sem intermediários institucionais, tornando-se uma comunidade ativa. Assim, a normalidade política é a do marasmo em termos de engajamento popular na política ordinária, todavia, em raros momentos republicanos, o povo manifesta-se a uma só voz, quase que nos moldes preconizados por Rousseau²⁰³ ou Schmitt²⁰⁴, segundo a interpretação de Ackerman.

Hoke afirma que essa teorização tem como um de seus objetivos responder à crítica que Hannah Arendt faz à revolução americana em *On revolution*, na qual afirma que ao contrário das revoluções francesa e russa, a norte-americana não legou à política mundial muita coisa, permaneceu estéril. E aponta que a falha original deve ter sido dos *founding fathers*, que não inseriram na Constituição uma instituição capaz de conclamar a cidadania ao

²⁰⁰ ACKERMAN, Bruce. A Generation of Betrayal? In: Fordham Law Review. Vol. 45, 1996-1997, pp. 1519-1536, p. 1519.

²⁰¹ VARGAS, Daniel Barcelos. O Renascimento Republicano no Constitucionalismo Contemporâneo e os Limites da Comunidade: Uma Análise das Teorias Constitucionais de Bruce Ackerman, Frank Michelman e Cass Sunstein. Dissertação de mestrado. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2005, p. 111.

²⁰² ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. In: Yale Law Journal. Vol. 93, 1984, pp. 1013-1072, p. 1020.

²⁰³ ROUSSEAU, J. J.. Do Contrato Social. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁰⁴ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza, 2006.

envolvimento nas questões públicas, que poderia, assim, resguardar o espírito revolucionário²⁰⁵.

O que se tem até o momento é que nos períodos de normalidade político-institucional o povo não se manifesta e a política ordinária flui como de hábito; em momentos excepcionais o povo revela-se em sua identidade única, solucionando momentos críticos de sua história. Assim, Ackerman afirma que quem atua nos órgãos representativos é a política ordinária, pelos representantes do povo, não o povo em si. Este, nos períodos de normalidade, seria representado pela Suprema Corte.

Com os órgãos representativos tomados pelas disputas de interesses de grupos particulares, somente a Suprema Corte poderia, segundo Ackerman, representar o povo. Aliás, os magistrados é que seriam capazes de realizar uma interpretação *holística da história* e compreender a conversação entre gerações²⁰⁶ que se revela essencial para que possam promover a síntese geracional, já que os momentos constitucionais até aqui efetivados ocorreram em períodos distintos e distantes historicamente – a Fundação, a Reconstrução e o New Deal.

Os magistrados é que seriam capazes, como representantes do povo, de bem interpretar esses momentos constitucionais e produzir essa síntese geracional para dizer o real significado da Constituição atual. Ackerman trabalha, assim, com a hipótese de alterações informais da Constituição por meio da ocorrência desses momentos constitucionais²⁰⁷ e com essa interpretação histórico-político-constitucional, que joga o fardo de fazer essa difícil síntese geracional sobre a Suprema Corte, o autor acredita ter superado, ou dissolvido, a dificuldade contramajoritária exposta por Bickel.

A teoria de Ackerman é muito engenhosa, mas não imune a críticas. Para superar a dificuldade contramajoritária o autor precisou criar um conceito de povo peculiar. O *povo* em Ackerman parece ser uma mistura do povo que participou de cada momento constitucional,

²⁰⁵ HOKE, Candice. Arendt, Tushnet, and Lopez: The Philosophical Challenge Behind Ackerman's Theory of Constitutional Moments. In: Case Western Reserve Law Review. Vol. 47, 1996-1997, pp. 903-920, p.

²⁰⁶ ACKERMAN, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, pp. 113-119.

²⁰⁷ Richard Posner faz severas críticas ao trabalho de Ackerman, especialmente no ponto em que consente com emendas constitucionais informais. Ver: POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 174-211.

mas nunca os indivíduos que habitam os Estados Unidos hoje, agora. As pessoas de carne e osso que estão vivas, segundo infere-se da teoria de Ackerman, não são representadas pelos órgãos representativos pois estes foram capturados por interesses particulares de grupos de pressão; tampouco os indivíduos do presente fazem parte de um momento constitucional, e mesmo que fizessem, Ackerman afirma que tais momentos apenas podem ser compreendidos e sintetizados no futuro, por historiadores em primeiro lugar.

Desse modo, o povo atual não tem como se manifestar por meio dessa vontade qualificada, que é a vontade constitucional, e mesmo se o fizerem não usufruirão disso em vida. Por outro lado, fica evidenciado, por raros os momentos constitucionais, que poucos são os americanos que participaram dessas vontades fundantes. Os muitos americanos do presente precisam torcer para que a Suprema Corte os represente, com base na vontade qualificada do passado. E, em todas as hipóteses, a síntese depende da Suprema Corte, de forma que a dificuldade contramajoritária, com Ackerman, sofreu um deslocamento geracional, engenhoso, mas não se pode considerá-la superada. A tensão entre constitucionalismo e democracia não foi dissolvida, na medida em que a geração atual pode não concordar com o resultado da síntese e, portanto, sua teoria encontrará obstáculos para justificar a autoridade do direito constitucional no presente²⁰⁸, a quem ele será aplicado.

3.3. A democracia constitucional na obra de Ronald Dworkin

A produção bibliográfica de Dworkin é vastíssima, composta em grande medida por artigos que foram publicados em revistas jurídicas e posteriormente reunidos em alguns de seus livros. Além disso, o autor manteve-se ativo e publicando textos jurídicos importantes e complexos por mais de quarenta anos, de modo que vários conceitos foram sistematizados e depois abandonados para serem retomados adiante sob novas formulações. Isso tudo torna a abordagem do pensamento de Dworkin bastante difícil e temerário afigura-se aproximar-se de sua obra sem a devida dedicação. Nesse tópico, todavia, correr-se-á esse risco.

²⁰⁸ KAHN, Paul. Community in Contemporary American Constitutionalism. In: Yale Law Journal. Vol. 99, n. 38, 1989-1990, pp. 1-85, p. 27.

O risco, no entanto, não será dos maiores porque apenas serão consultados os aspectos absolutamente necessários para os propósitos desse trabalho e não se pretenderá aqui elaborar-se maiores reflexões filosóficas sobre pontos controvertidos da obra de Dworkin, mas apenas conhecer o quanto necessário para que se possa entender sua posição sobre a tensão de que se cuidou acima entre constitucionalismo e democracia, com o foco no controle judicial de constitucionalidade.

Dworkin, é bom que se diga desde já, desenvolveu argumentos potentes em favor do controle judicial de constitucionalidade. Em seu pensamento não há qualquer objeção democrática a que juízes não eleitos pelo povo possam invalidar leis aprovadas pelos órgãos representativos. Além de não haver objeção, Dworkin afirma que, em verdade, o *judicial review* auxilia a configuração de um tipo melhorado de democracia.

Para compreender a defesa que Dworkin faz do controle judicial de constitucionalidade das leis é necessário abordar a sua teoria da decisão judicial. Em grande medida o pensamento de Dworkin pode ser considerado judicializado. Parte-se da antiga questão sobre como um juiz deve decidir um caso quando as normas são insuficientes, quando o texto é ambíguo, ou quando a resposta simplesmente não está nele contida.

3.3.1. O direito como integridade: a distinção entre argumentos de princípio e de política

A corrente tradicional do positivismo jurídico aceita a possibilidade, nos casos de lacuna ou ambiguidade normativa, de haver um poder discricionário concedido ao juiz para que possa solucionar a disputa²⁰⁹²¹⁰. Dworkin, por sua vez, rejeita o positivismo e afirma a premissa moral de seu raciocínio no sentido de que deve sempre haver uma resposta certa e ao juiz incumbe buscá-la, uma vez que pode procurá-la na prática judicial histórica de seu país, nos precedentes, na tradição, na moralidade política compartilhada em uma dada comunidade. Dworkin não está a conferir qualquer poder discricionário ao juiz, antes o contrário, nega a ele o direito de inventar ou escolher gratuitamente alguma decisão e o incumbe do dever de achar

²⁰⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Ver, em especial, o capítulo 8.

²¹⁰ HART, Herbert L. A.. O Conceito de Direito. 4 ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

a única resposta certa para o caso sob seu julgamento, mesmo e sobretudo quando o texto legislativo que serve de base é ambíguo.

De modo um pouco mais específico, segundo Dworkin o positivismo não consegue lidar com casos difíceis (*hard cases*) por tratar o direito como um sistema composto apenas por regras, quando nos casos difíceis a inteligibilidade do processo argumentativo depende do recurso a princípios e diretrizes políticas (*principles and policies*)²¹¹. Note-se que Dworkin está a fazer um ataque ao positivismo hartiano e, portanto, afirma que os princípios a que se refere não poderiam ser reconhecidos por um *test of pedigree*, ou seja, por um critério formal de validação do sistema jurídico nos moldes da regra de reconhecimento de Hart²¹². Os princípios de Dworkin, portanto, não são previstos de forma positiva no ordenamento²¹³. Eles devem ser encontrados pelos juízes na moralidade política compartilhada na comunidade, em sua história, em sua tradição, em suas práticas tradicionais.

Para justificar essa postura ou essa divergência com relação aos positivistas, Dworkin assume que ambas as posturas guardam relação com concepções distintas de Estado de Direito. A teoria positivista atrela os juízes às regras positivas às quais devem ser fieis no exercício da judicatura: esse seria o Estado de Direito baseado no livro das regras (*rulebook conception*); ao passo que um Estado de Direito comprometido com a proteção substantiva dos direitos admite acrescentar às regras escritas conteúdos mínimos de justiça que podem ser fornecidos pela moralidade política (*rights conception*)²¹⁴.

O concepção de Estado de Direito centrado em direitos (*rights conception*), segundo Dworkin, é mais ambicioso e complexo porquanto pressupõe a existência de direitos e deveres morais não descritos em textos legislativos, mas que devem ser descobertos no processo interpretativo pelos juízes e tribunais e utilizados em seus respectivos julgamentos quando as circunstâncias do caso assim exigirem.

²¹¹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard university Press, 1978. Nesse livro ver, especificamente o capítulo 2, intitulado *The Model Of Rules*

²¹² HART, Herbert L. A.. *O Conceito de Direito*. 4 ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. Ver o capítulo VI.

²¹³ VALE, André Rufino do.. *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: Repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 61-66.

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25.

Para Dworkin, o direito é essencialmente interpretativo, isto é, só pode ser conhecido por um processo interpretativo²¹⁵ e, assim, esses princípios que permitem aos juízes decidirem casos concretos são, em sua concepção, barreiras contra a discricionariedade atribuída pelos positivistas aos juízes que se deparam com casos difíceis. Significa dizer, o direito como um todo só pode ser compreendido em sua abrangência e aplicação a cada caso após esse esforço interpretativo que envolve o trabalho não apenas com regras, mas também com princípios e diretrizes políticas (*principles and policies*), moralidade, entre outras coisas que, somadas, compõem o material jurídico.

É importante salientar que os critérios morais (*principles*) não devem vir socorrer o juiz quando seu material jurídico está esgotado, como pode ter parecido quando explicada a contenda entre Dworkin e Hart. Na verdade, ao pensar a sua teoria da decisão judicial, Dworkin pressupõe a consideração de princípios morais. Para ele, o conceito de Direito sempre compreendeu o de moral. Seu raciocínio pode ser assim resumido: em uma democracia, todos possuem o direito moral de obterem dos tribunais, no mínimo, decisões que lhes imponham os direitos que o Poder Legislativo aprovou; até aqui, quanto ao resultado (desconsiderando-se, portanto, o recurso ao fundamento moral), nenhum positivista pensaria diferente. Mas Dworkin prossegue e afirma que alguns casos são fáceis porque se está evidenciado que o Legislativo concedeu à parte algum direito, logo, segundo ele, está também claro que essa parte tem o direito moral de receber do tribunal tal direito; contudo, pode acontecer de o direito moral do cidadão não estar previsto no direito legislado ou, se estiver, a previsão mostra-se ambígua ou vaga demais (o que pode configurar um caso difícil). Nessa hipótese, o ideal da prestação jurisdicional de Dworkin, cujo modelo é centrado em direitos, afirma que na medida do possível, os direitos morais que os indivíduos possuem devem ser acessíveis a eles nos tribunais²¹⁶.

É de se ressaltar que Dworkin rejeita a ideia de um juiz que diante de casos difíceis socorra-se de técnicas que almejam a neutralidade e homenageia o juiz que francamente abre-se aos argumentos de moralidade política desde o início do processo interpretativo, por acreditar em uma concepção de Estado de Direito centrada em direitos e, portanto, mais

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. Law as Interpretation. In: Arguing About Law. Edited by Aileen Kavanagh and John Oberdiek. London and New York: Rotledge, 2009, pp. 127-143.

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 14-15.

ambiciosa do que aquela meramente formal. Significa dizer que o juiz de Dworkin admite extrapolar as decisões políticas tomadas pelo legislador e abertamente adentrar na criação judicial do direito. Essa postura evidentemente pode ser bastante criticada em modelos institucionais em que o juiz deve se subordinar ao produto legislativo.

Para responder aos críticos, Dworkin recupera sua distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política (*policy*). Os argumentos de princípios, conforme visto acima, devem fundamentar uma decisão política evidenciando que ela respeita um direito moral do cidadão; por outro lado, os argumentos de política justificam uma decisão mirando algum benefício coletivo a que ela se volta. Para ele os legisladores podem utilizar ambos os argumentos, ao passo que os juízes devem ser obrigados a decidir apenas com base em argumentos de princípio. Quando juízes revisam decisões legislativas utilizando argumentos de princípios, segundo Dworkin não estão a legislar, mas apenas a impor direitos morais sobre decisões legislativas, ou seja, garantindo direitos inatacáveis contra decisões da maioria política²¹⁷. É a concepção de direitos (morais) como trunfos contra a maioria (*rights as trumps*).

Essa distinção entre argumentos de princípios e argumentos de política permite a Dworkin criar o seu ideal de integridade. Os argumentos de política são aqui entendidos como de políticas públicas, que buscam promover benefícios gerais, como resultado de decisão política oriunda de compromissos individuais. São decisões instrumentais, voltadas a maximizar o bem-estar da comunidade. O direito como integridade não aceita essa instrumentalização do direito e, assim, para Dworkin o Judiciário não deve imiscuir-se em argumentos de política, nesse sentido do termo.

O direito como integridade demanda essa dimensão de princípio que não pode fundamentar-se em critérios para distribuição de recursos ou para balanceamentos de interesses contrapostos, que considera o indivíduo como sujeito moral, dotado de dignidade própria²¹⁸ e, por isso, o ideal do direito como integridade acaba por exigir a leitura moral da Constituição.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard university Press, 1978. pp. 184-205.

²¹⁸ MENDES, Conrado H.. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 35-39.

3.3.2. *A leitura moral da Constituição e a concepção constitucional de democracia*

Conforme visto acima, o direito como integridade obriga o Estado a tratar com dignidade e igual consideração e respeito os indivíduos e a decidir suas contendas com base em seus direitos morais. A Constituição é repleta de cláusulas vagas, de textura aberta e, portanto, de significado ambíguo e interpretá-las e aplicá-las exige, segundo Dworkin, uma leitura moral. Se seu embate com Hart e o positivistas foi extremamente noticiado, talvez ainda mais pujante seja o embate que a leitura moral da Constituição gerou.

Isso porque Dworkin estendeu a possibilidade de o juiz criar direitos fora do texto legislado no exercício do controle judicial de constitucionalidade, de modo que além da largueza interpretativa que a utilização dos argumentos de princípio já conferia aos tribunais, eles também poderão utilizar esses argumentos, em uma leitura moral da constituição, para invalidar ou recusar aplicação às regras aprovadas pelo legislador democrático. Dessa maneira, além da contenda que ele travava com os positivistas, passou também a debater com os defensores da democracia, entendida tradicionalmente como o governo da maioria, os quais protestam contra os excessos da prática da revisão judicial. Esses conflitos serão importantes para o trabalho na medida em que se consubstanciam em confrontos entre o Congresso e a Suprema Corte.

As mais variadas teorias de contenção do poder dos juízes de controlarem a constitucionalidade das leis surgiram, todas temendo que a vontade democrática seja substituída pela vontade dos juízes. Em geral, os teóricos advogam a moderação judicial para que se preserve um espaço próprio de conformação do legislador. Alegam, segundo Dworkin, que *“em uma democracia todas as questões não resolvidas, inclusive aquelas relativas a princípios morais e políticos, devem ser resolvidas por instituições que sejam politicamente responsabilizáveis de um modo que os tribunais não são”*²¹⁹.

Dworkin diz que por certo há um fundamento democrático na Constituição norte-americana, todavia, é preciso descobrir qual a concepção de democracia adotada no país, ou

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. Casos Constitucionais. In: Levando os Direitos a Sério. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 221.

qual melhor se coaduna com sua tradição e seus princípios. Ainda assim, concede que os legisladores são habilitados a tomar decisões constitucionais, independentemente de sua capacidade de tomar as melhores decisões “*porque é sempre mais justo permitir que uma maioria, e não uma minoria, decida um problema qualquer*”²²⁰.

Após fazer tal concessão ao pensamento democrático tradicional, que associa a democracia à regra da maioria, Dworkin afirma que esse entendimento é frágil na medida em que, com certeza, os Estados Unidos adotaram o constitucionalismo – uma teoria que tem por um de seus corolários a proteção dos direitos da minoria em face de abusos da maioria – de modo que, por razões de equidade, decisões contra a maioria não devem ser deixadas a cargo dessa mesma maioria. Nesse ponto, o autor faz uma paráfrase de Marshall e afirma que não se pode negar que o princípio segundo o qual ninguém pode legislar em causa própria, que na hipótese em exame é aplicado à maioria, é fundamental à própria ideia de legalidade e isso, portanto, o leva a entender que, pelo menos quando envolvidos direitos das minorias, o Legislativo não é o *locus* apropriado para se tomar decisões.

Em sua acepção os direitos morais dos indivíduos se opõem ao Estado e exigem que a sociedade se acomode a instituições que podem parecer desconfortáveis. Dworkin, então, afirma a noção de direitos como trunfos, já mencionada acima: “*O cerne de uma pretensão de direito (...) é que um indivíduo tem direito à proteção contra a maioria, mesmo à custa do interesse geral*”²²¹. Ele afirma a necessidade de defesa dos direitos morais em desfavor da meramente alocação otimizada de recursos, ou coisas similares, que faz parte dos argumentos de política, para concluir que a proteção aos direitos defendida por ele leva a uma versão diferente de progresso: o progresso moral, ainda que seja difícil definir em que consiste este tipo de progresso.

Para Dworkin, o direito constitucional só poderá progredir, de fato, quando inserir em sua agenda o problema dos direitos contra o Estado e o fizer a partir de uma fusão do direito constitucional com a teoria moral – o que se torna a sua própria agenda. Essa fusão o leva a crer que a Suprema Corte (o Poder Judiciário de forma geral) está mais bem municiada para

²²⁰ DWORKIN, Ronald. Casos Constitucionais. In: Levando os Direitos a Sério. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 222.

²²¹ DWORKIN, Ronald. Casos Constitucionais. In: Levando os Direitos a Sério. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 230.

dirimir conflitos dessa natureza. E quanto à possibilidade de decisões equivocadas constantemente aludidas pelos críticos preocupados com essa posição, Dworkin assim se manifesta:

Todo jurista acha que, em algum momento de sua história, a Suprema Corte errou, às vezes profundamente. Se ele não abomina as decisões conservadoras do início da década de 30, que ameaçaram bloquear o *New Deal*, é provável que abomine as decisões liberais da última década.

Não precisamos exagerar o perigo. **As decisões realmente impopulares serão corroídas porque a adesão pública será relutante**, como ocorreu no caso das orações nas escolas públicas, e **porque os juízes mais velhos irão morrer ou se aposentar, e serão substituídos por novos juízes, indicados por estarem de acordo com um presidente que foi eleito pelo povo**²²². (destaquei)

Essa passagem mereceu transcrição porque é extremamente significativa para o debate que será promovido nos próximos capítulos. Dworkin afirma que a opinião pública exerce controle sobre as decisões da Suprema Corte e, portanto, isso pode gerar a reversão delas quando consideradas equivocadas pela *opinião*. Logo depois, afirma que se isso não ocorrer a mudança na geração de juízes ocupantes da Corte – pois alguns morrerão e outros aposentar-se-ão – deverá conduzir a uma alteração de posicionamento. Por fim, afirma expressamente que os novos juízes que substituirão àqueles serão indicados por um presidente eleito pelo povo, de modo que suas posições deverão estar em consonância com a opinião pública dominante.

Antes de tudo é bom que se diga que ele admite a reversão de posicionamentos da Corte alavancada pela opinião pública, todavia, nessa passagem ele trabalha com a ideia natural de que a Corte seja a responsável por rever suas próprias decisões, embora não negue a possibilidade de diálogo com outros órgãos. Mas a parte mais intrigante é que ele, que compreende o direito como interpretação e afirma que a proteção aos direitos morais da minoria não devem ser julgados pela maioria, consente em que a alteração do posicionamento

²²² DWORKIN, Ronald. Casos Constitucionais. In: Levando os Direitos a Sério. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 232.

da Corte ocorra a partir da troca de seus juízes, pois os novos integrantes deverão estar alinhados com novos presidentes, portadores de legitimidade democrática.

É curioso notar que a legitimidade democrática de um presidente eleito pode ser portadora dessa opinião pública contrária ao posicionamento da Corte, e mais, que isso pode ser transferido aos novos juízes que indicar, mas que, para Dworkin, essa opinião pública não pode ser verbalizada pelo Poder Legislativo e materializada em legislação que reverta a decisão da Corte, pois, nesse caso, isso significaria que a maioria estaria a legislar em causa própria, o que subverteria princípio fundamental concernente à ideia de legalidade²²³.

A leitura moral da Constituição em Dworkin tem na Suprema Corte (no Judiciário em geral), isso é inegável, o seu *locus* privilegiado e principal. Ela é desenvolvida a partir de uma relação triangular completamente voltada ao processo judicial e sua relação, no máximo, com os cidadãos, com a opinião pública, ou com a moralidade política reinante na comunidade, como prefere Dworkin. Ao abrir seu texto sobre o assunto, Dworkin deixa clara a exclusão de outras instituições na colaboração para a leitura moral da Constituição, a não ser que possam simplesmente ser incluídas na categoria dos cidadãos: “*A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos [as cláusulas ambíguas] considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça*”²²⁴.

Para ele a leitura moral insere a moralidade política no âmago do direito constitucional e como essa moralidade política é controversa e incerta, os sistemas de governo que incorporam tal moralidade ao seu direito, melhor dizendo, que inserem princípios morais em suas leis, precisa definir qual órgão “*terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los. No sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte*”²²⁵. Essa pode ser considerada a assertiva de

²²³ Esse raciocínio parece-me fiel ao texto de Dworkin, muito embora, conforme será adiante analisado, em outras obras ele tenha admitido, sem entusiasmo, que o Poder Legislativo possa, também, interpretar e aplicar a Constituição.

²²⁴ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

²²⁵ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 2-3.

Dworkin em favor não apenas do *judicial review*, como seria óbvio, mas principalmente da supremacia judicial: o poder da Suprema Corte de dar a última palavra sobre o significado da Constituição.

É certo que em outras passagens, ao confrontar-se com as objeções democráticas à sua teoria, Dworkin temporiza, mas sem esconder sua preferência pelo Judiciário como detentor da última palavra. Aos críticos segundo os quais atribuir a última palavra sobre o significado da Constituição seria postura antidemocrática, ele responde:

(...) essa idéia se baseia num pressuposto bastante difundido, mas pouco estudado, acerca de um **vínculo que existiria entre a democracia e a vontade da maioria, pressuposto esse que, aliás, a história dos Estados Unidos sempre rejeitou**. Quando compreendemos melhor a democracia, vemos que **a leitura moral de uma constituição política não só não é antidemocrática como também, pelo contrário, é praticamente indispensável para a democracia**. Não quero dizer que a democracia só existe quando os juízes têm poder para deixar de lado as idéias que a maioria das pessoas têm acerca do que é bom e justo. (...) **A democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham**²²⁶. (destaquei)

Para justificar a leitura moral da Constituição, Dworkin começa por asseverar que é “*evidente que as opiniões dos juízes sobre moralidade política influenciam suas decisões constitucionais*²²⁷”. Para ele os advogados e os operadores do direito em geral partem, intuitivamente, do princípio de que a Constituição “*expressa exigências morais abstratas que só podem ser aplicadas aos casos concretos através de juízos morais específicos*²²⁸”, e essa seria a função do Judiciário. Note-se que Dworkin parece restringir a aplicação de princípios morais pelo Judiciário a situações específicas postas sob julgamento, os casos concretos.

²²⁶ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 9-10.

²²⁷ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5.

²²⁸ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 4.

A leitura moral proposta por Dworkin não constitui método de interpretação²²⁹, aliás, não há metodologia específica exigida pela leitura moral da Constituição. Em sua prática os dispositivos devem ser lidos e interpretados da maneira mais natural possível e, como cuidam de princípio morais, Dworkin advoga uma leitura ampla, em nível mais geral possível. Além disso, ele não admite que os juízes afirmem juízos morais pessoais e específicos, pois assim cairia facilmente na crítica de que sua teoria gera decisões discricionárias.

Dworkin requer que os juízes fundamentem os juízos morais adotados com coerência, levando em consideração o passado institucional, as decisões precedentes, considerando que participam de um trabalho realizado em conjunto, de modo que devem harmonizar suas decisões com todas as anteriores, elaborando em parceria uma moralidade constitucional coerente em uma espécie de *romance em cadeia*²³⁰.

Esse esforço interpretativo coletivo dos juízes de diversas gerações pode ser resumido na ideia de *romance em cadeia*, por meio da qual pode-se gerar a noção de integridade do direito, como uma moralidade política compartilhada e compreendida pela comunidade. Claro que o esforço interpretativo exigido é sobrehumano, razão por que Dworkin cria a figura do *juiz Hércules* que, dotado de capacidade intelectual e paciência sobrehumanas, é capaz de escrever – a partir da interpretação dos princípios de moralidade política compartilhados em uma dada comunidade – capítulos coerentes e bem fundamentados desse *romance em cadeia* a cada decisão judicial proferida, preservando a *integridade do direito*²³¹.

Essa bem construída teoria da decisão judicial não tem o condão de afastar a crítica à possibilidade de que a leitura moral²³² esteja conferindo aos juízes poder suficiente para imponem suas respectivas moralidades à maioria dos indivíduos, até mesmo invalidando leis

²²⁹ MENDES, Conrado H.. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 39-40.

²³⁰ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15.

²³¹ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 1 ed. 2 tir.. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 271-331.

²³² Em seu último livro, Dworkin evolui e passa a considerar não que a moralidade faz parte do direito constitucional, senão que o próprio direito é que é parte da moralidade política compartilhada em uma comunidade. Ver. DWORKIN, Ronald. Justice for Hedgehogs. Cambridge and London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

resultantes do procedimento democrático consubstanciado na regra da maioria. Dworkin volta sua atenção à democracia, então, para afastar a premissa majoritária sob o fundamento de que ela é uma tese a respeito dos resultados justos do processo de deliberação política, sendo que a justiça adviria da adesão da maioria ao resultado, todavia, afirma que o objetivo definidor da democracia dever ser outro.

Para ele a democracia deve cuidar para que “*as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito*”²³³. Nota-se que a concepção democrática de Dworkin é bastante devedora de sua interpretação da *equal protection of the laws clause*, inserida pela Emenda XIV à Constituição americana, que foi aprovada após o fim da Guerra Civil, consistindo em uma das principais emendas da chamada Reconstrução.

Com base na igualdade de consideração e respeito (*equal concern and respect*), Dworkin formula sua crítica à concepção majoritária de democracia. Para ele pode-se criar uma oposição entre a forma de tomar decisões que se baseie na igual consideração e respeito a todos os envolvidos e aquela segundo a qual o processo decisório deve distribuir o poder igualmente aos envolvidos para que adotem, a partir disso, as decisões. Ele se opõe, assim, à concepção majoritária de democracia, baseada na regra da maioria, que ele denomina premissa majoritária, e propõe a sua concepção constitucional de democracia.

Haveria, segundo Dworkin, duas formas de ação coletiva: a estatística e a comunal. A concepção majoritária de democracia estaria baseada na ação coletiva estatística, em que os indivíduos agem individualmente e depois os resultados de suas ações são somados. Seria o corolário da regra da maioria tradicional. Dworkin prefere a ação coletiva comunal que vai embasar a sua concepção constitucional de democracia. Ela se caracteriza por não se resumir a uma soma de ações individuais, mas se constituir como uma ação propriamente coletiva, em

²³³ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26.

que os indivíduos fundam suas ações em razão de um ato ulterior que será um ato deles, ou da comunidade²³⁴.

Esse tipo de ação que Dworkin denomina comunal pode ser bem visualizada por meio do exemplo dos músicos participantes de uma orquestra. Todos precisam tocar e fazer as suas respectivas funções, mas sempre mirando o ato conjunto que é a execução coletiva da música pela orquestra. É assim que Dworkin entende o povo em uma comunidade democrática. Significa dizer que o povo não é a soma dos indivíduos simplesmente, mas uma entidade distinta que surge deles, assim como a orquestra não se confunde com cada um de seus músicos ou um time de futebol com a soma de seus jogadores. O conjunto é mais que a soma das partes.

Ele afirma que ao contrário da concepção comunal de ação coletiva, a concepção majoritária pensa o povo como a soma dos indivíduos que dela participam. Dworkin precisa fundamentar em sua ação comunal o governo pelo povo e procura demonstrar que a concepção majoritária pressupõe a sua concepção constitucional de democracia. Assim, afirma que quando uma decisão majoritária é superada por uma decisão política de um órgão não majoritário, as pessoas em geral protestam sob a alegação de violação à igualdade. A ideia por trás disso é a de que todos devem ter o direito de participar das decisões coletivas (o que Berlin chamou de liberdade positiva²³⁵ e, antes dele, Constant²³⁶ chamou de liberdade dos antigos) e, quando uma decisão majoritária é invalidada por uma decisão não majoritária, estar-se-ia violando o direito do povo ao autogoverno.

Dworkin afirma, todavia, que a liberdade não depende de uma relação entre o governo e os cidadãos considerados separadamente. Segundo a concepção comunitária, a liberdade depende da relação do governo com o conjunto dos cidadãos, com o povo. Dada a irrelevância da participação de cada indivíduo considerado isoladamente nas decisões coletivas das

²³⁴ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 30-31.

²³⁵ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: Estudos sobre a humanidade: Uma antologia de ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 2002;

²³⁶ CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: Revista de Filosofia Política. N. 2, 1985.

democracias atuais e considerada a sua concepção comunal que pressupõe a relação entre governo e coletividade, Dworkin afirma que é preciso estipular um vínculo justo entre o indivíduo e o grupo, a comunidade, para que ele se sinta efetivamente parte da coletividade, responsável por suas ações, assim como um jogador de futebol sente-se com relação ao seu time. Esse é o conceito de participação moral necessário para se compreender a teoria de Dworkin. Se a democracia é o governo do povo, então, na concepção comunitária de autogoverno, a democracia verdadeira deve fundar-se na participação moral²³⁷.

A concepção majoritária quer pensar a participação com base na ideia de liberdade positiva²³⁸, mas ela só garantirá o autogoverno, para Dworkin, se e quando todos os membros da comunidade forem tratados como e se sentirem efetivamente seus membros morais. Os judeus que viveram sob o nazismo na Alemanha de Hitler não podem ser considerados membros morais daquela comunidade política; por outro lado, é comum entre os alemães, mesmo entre os jovens que não viveram o tempo dos horrores da guerra, o sentimento chamado de culpa coletiva. Tudo evidenciaria que a ideia de pertencimento moral à comunidade é premissa para qualquer boa concepção democrática.

A concepção constitucional de democracia de Dworkin depende de certas condições, especialmente da ideia de participação moral do indivíduo na comunidade. Por essa razão, ele afirma que a liberdade positiva não é sacrificada quando a premissa majoritária é ignorada, se isso se der em favor de uma concepção constitucional de democracia. Como o autogoverno só é possível se a comunidade atender às exigências de participação moral, as medidas tomadas para garanti-la são, em verdade, benéficas à democracia²³⁹.

Por isso, a concepção constitucional exige o tratamento de cada indivíduo com igual respeito e consideração como condição de sua participação moral na comunidade política, mas não apenas isso. Para que um indivíduo possa ser efetivamente membro moral de uma

²³⁷ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 34-38.

²³⁸ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Liberalismo *versus* democracia: os conceitos de liberdade de Berlin e o diálogo entre Rawls e Habermas. In: Revista de Direito Internacional. Vol. 8, n. 2, jul./dez 2011, pp.1-18. Cuidei mais detidamente do tema relacionado às concepções positiva e negativa de liberdade nesse texto.

²³⁹ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 38-41.

comunidade política deve ser-lhe propiciada (i) a *participação* em qualquer decisão coletiva; (ii) um *interesse* nessa decisão; e (iii) a possibilidade de *independência* com relação a essa decisão.

Portanto, o indivíduo deve ter amplo direito de se manifestar e de se expressar sobre as questões de seu interesse; deve ser tratado com igual respeito e consideração relativamente aos demais membros da comunidade, o que geraria uma reciprocidade, no sentido de que as consequências das decisões coletivas para a vida de uma pessoa sejam consideradas tão importantes quanto as suas consequências para a vida de outras pessoas, significando, ao fim, a ilegitimidade de uma comunidade política em que as majorias desprezam as necessidades das minorias; e, finalmente, a noção de independência moral, que permite a liberdade de pensamento, de formação de convicções políticas próprias e distintas das que se revelam na maioria da comunidade²⁴⁰.

É a noção de independência moral que permite a divergência e a responsabilização pessoal pelos rumos da própria vida. Um dos grandes veículos da independência moral, nessa concepção, é o recurso ao Poder Judiciário, em especial considerando alegações de inconstitucionalidade de atos resultantes do procedimento majoritário. O controle judicial difuso de constitucionalidade seria, para Dworkin, um veículo de exercício dessa independência moral do indivíduo proporcionado por uma comunidade moral e política que tem por ele igual consideração e respeito mesmo ante divergências políticas.

A concepção constitucional de democracia leva em consideração, assim, um conceito de igualdade política que é reconduzido à noção de liberdade positiva, entendida como participação moral na comunidade política. Tornam-se as mesmas virtudes, uma vez que a igualdade, nessa concepção de democracia, não deve ser examinada na relação individual de cada um com o governo, mas na relação deste com a coletividade, com o povo. A igualdade

²⁴⁰ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 40-41.

política torna-se, portanto, o estado de coisas em que o povo é que governa os governantes, e não o contrário²⁴¹.

A revisão judicial continua a ser controversa. Dworkin não afirma que ela escapa da objeção democrática simplesmente porque uma democracia deve respeitar o direitos fundantes dela mesma, ou morais dos indivíduos. A leitura moral da Constituição, a teoria da decisão judicial e a concepção constitucional de democracia de Dworkin, em conjunto, permitem assumir que para ele o controle judicial de constitucionalidade está sujeito ao seu próprio acerto, ou seja, à sua capacidade para dar as respostas certas: a única resposta certa para cada caso concreto. As decisões equivocadas revelam-se, portanto, antidemocráticas. As decisões erradas da Suprema Corte, para Dworkin, prejudicam a democracia, sobretudo quando cuidam de seus pressupostos e condições. Mas uma decisão equivocada oriunda do Poder Legislativo prejudica a democracia do mesmo modo e, segundo o autor, a possibilidade de erro é simétrica. De todo modo, no que diz respeito à dificuldade contramajoritária exposta por Alexander Bickel e relatada no início desse capítulo, Dworkin a contorna, uma vez que afirma desde o início que sua concepção constitucional de democracia a rejeita expressamente.

Dworkin, de toda forma, prefere conviver com instituições especializadas em lidar com argumentos de princípio, as Cortes, pois a ele importa mais essa atitude de seriamente cuidar dos direitos morais dos indivíduos do que propriamente a resposta que será dada. Apesar de Dworkin dizer que o erro da Corte prejudica a democracia, de modo que sua legitimidade estaria condicionada ao resultado. O olhar mais atento ao conjunto de sua obra revela que o direito como integridade, com o seu protótipo de juiz, o Hércules, implica a legitimação da Corte não apenas quando acerta a resposta, mas também quando sincera e transparentemente tenta fazê-lo.

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 43-44.

CAPÍTULO 4 – CRÍTICAS À SUPREMACIA JUDICIAL E A PROPOSTA DE REVALORIZAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO PELA TEORIA JURÍDICA

O capítulo anterior demonstrou a dificuldade enfrentada pelos teóricos para justificar a prática do *judicial review*. Seja em razão de não conseguirem desvendar-se da dificuldade contramajoritária com coerência argumentativa, seja por exigirem concepções de democracia próprias e teorias complexas sobre a decisão judicial, de modo geral não partilhadas pela comunidade jurídica, o fato claro é que existe uma tensão no ar.

O controle judicial de constitucionalidade teve início mais ou menos tímido. O caso *Marbury v Madison*, apesar de muito polêmico, não significou uma ingerência do Poder Judiciário nas atribuições do governo eleito, antes o contrário, afirma-se que a genialidade de Marshall consistiu em estipular as bases do *judicial review* sem bater de frente com o governo de Jefferson. De toda sorte, no que concerne à invalidação de leis federais, a Suprema Corte só voltou a exercer o controle cerca de cinquenta anos depois.

A partir do século XX a prática intensificou-se em diversos sentidos. Por um lado, os Estados Unidos conviveram com períodos de forte protagonismo da Suprema Corte tanto no viés liberal como no conservador, de modo que a prática do *judicial review* verificada durante o século XX teve o condão de agradar e de desagradar a todos, a depender apenas do período pelo qual passava a Suprema Corte. Podem ser verificados períodos *ativistas* bastante distintos entre si, como o da Corte de Warren e o da Corte Renhquist, surpreendentemente²⁴².

Por outro lado, no momento em que a exacerbação da prática do *judicial review* começava a ficar evidente e a incomodar os professores norte-americanos, o controle de constitucionalidade passou por um significativo processo de expansão em virtude de sua adoção pelas repúblicas que se desagregaram da ex-União Soviética. Antes havia passado por

²⁴² VERMEULE, Adrian. Judicial Review and Institutional Choice: the dilemma of institutional choice. William and Mary Law Review. Vol. 43, 2002, pp. 1557-1568.

processo similar na Europa ocidental, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial e também após o fim das ditaduras militares na península ibérica e na América Latina²⁴³.

Nos Estados Unidos, apesar da prática estar enraizada nas instituições políticas em razão de sua antiguidade, vários autores exerceram tentativas de refrear os seus excessos, quando não clamaram pelo seu abandono²⁴⁴. As tentativas de conter o *judicial review* de modo geral envolvem prescrições sobre o comportamento judicial adequado para lidar com questões que envolvem a invalidação da leis aprovadas pelo Legislativo democraticamente eleito. Seria uma postura de deferência judicial com relação ao Parlamento. Outras vezes envolvem questões de desenho institucional, de capacidades específicas dos atores envolvidos na interpretação da Constituição. Nesse primeiro tópico serão analisadas algumas dessas tentativas teóricas de conter a denominada supremacia judicial.

4.1. Objeções teóricas à supremacia judicial

O problema da supremacia judicial é colocado de forma bastante didático por Mark Tushnet em artigo sobre o tema. Ele relata que em 1982 a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao decidir o caso *Plyler v. Doe*, reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que negava o acesso à escola pública gratuita aos filhos de imigrantes ilegais. Em 1994, os eleitores da Califórnia aprovaram a Proposição 187, que emendava a constituição estadual, para, entre outras coisas, negar, exatamente como o fizera lei do Texas, acesso às crianças filhas de imigrantes ilegais à escola pública gratuita²⁴⁵.

Um Tribunal Federal prontamente declarou a inconstitucionalidade dessa parte da Proposição 187, com base no precedente da Suprema Corte, e, portanto, os servidores públicos do Estado da Califórnia foram proibidos de aplicar a proposição. Tushnet considera, então, as situações (i) do legislador do Estado da Califórnia, (ii) dos administradores públicos que

²⁴³ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: First Harvard University Press, 2007.

²⁴⁴ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999. Ver o capítulo 7.

²⁴⁵ TUSHNET, Mark. *Marbury v. Madison and the Theory of Judicial Supremacy*. In: *Great Cases in Constitutional law*. Edited by Robert P. George. Princeton: Princeton University Press, 2000, pp. 17-54, pp. 17-18.

deveriam aplicar a proposição e, portanto, recusar os pedidos de matrículas de crianças cujos pais sejam imigrantes ilegais; e (iii) dos eleitores californianos que apoiaram, nas urnas, diretamente, a alteração constitucional veiculada pela Proposição 187.

Vejamos a situação dos primeiros, os legisladores. Eles terão que votar um projeto de lei que poderá contemplar a regulamentação da Proposição 187, considerando, inclusive, a parte controversa. A Constituição americana, no entanto, obriga os legisladores a prestarem o juramento de cumprir fielmente a constituição do país; por outro lado, o direito da Califórnia também exige o juramento à constituição estadual e às leis do estado. Tushnet então pergunta se esses dois juramentos conflitam entre si. E, caso conflitem, se o legislador estaria cometendo alguma falta se votasse pela implementação integral da Proposição 187, a despeito da decisão da Suprema Corte no caso *Plyler*, do Texas.

A resposta que ele mesmo oferece é a seguinte: *“Of course not. Legislators took an oath to support the Constitution – ‘the Constitution’, not the Supreme Court. What the Constitution means is not necessarily what the Supreme Court says it means²⁴⁶”*. Para Tushnet não há qualquer dúvida que os legisladores devem permanecer fiéis ao seu juramento à Constituição, de maneira que se eles julgarem que a Suprema Corte a interpretou equivocadamente, devem manter-se fiéis ao juramento que fizeram e aprovar a regulamentação, ignorando a decisão da Suprema Corte. E ressalta: a mesma coisa deve valer para os administradores e para os eleitores²⁴⁷.

O situação relatada por Tushnet realmente coloca em relevo os pontos principais a serem examinados e, conforme ele mesmo reconhece, explicar a resposta é bem mais complicado do que a fornecer. Em *Marbury v. Madison*, Marshall fez uma famosa afirmação, que tem origem em julgados das Cortes britânicas do *common law*, já comentada nesse trabalho: *“It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is”* (é exatamente a responsabilidade e o dever do poder judiciário dizer o que é o direito). É preciso então saber exatamente o que ela significa.

²⁴⁶ TUSHNET, Mark. *Marbury v. Madison* and the Theory of Judicial Supremacy. In: Great Cases in Constitutional law. Edited by Robert P. George. Princeton: Princeton University Press, 2000, pp. 17-54, p.18.

²⁴⁷ TUSHNET, Mark. *Marbury v. Madison* and the Theory of Judicial Supremacy. In: Great Cases in Constitutional law. Edited by Robert P. George. Princeton: Princeton University Press, 2000, pp. 17-54, p.18.

Uma leitura dessa afirmação de Marshall é aquela na qual ela pode significar apenas que se for aprovada uma lei e, em algum caso concreto sua aplicação for questionada perante o Judiciário, este cumprirá o seu dever e dirá o que ela significa. Nesse sentido, as palavras proferidas por Marshall estariam simplesmente a dizer o que as Cortes fazem e já faziam em sistemas jurídicos da tradição do *common law*, mesmo antes da fundação dos Estados Unidos. A rigor, Edward Coke é o autor dessa afirmação, pelo menos ela foi por ele amplamente divulgada, a partir do julgamento do *Dr. Bonham's case*, consoante visto no primeiro capítulo do trabalho.

Uma outra interpretação, entretanto, trata as Cortes, e não apenas a Constituição, como supremas. Por essa interpretação, segundo Tushnet, a afirmação de Marshall ficaria assim redigida: *“It is emphatically the province and duty of the judicial department – and no one else – to say what the law is. Once we say what the law is, that’s the end of it. After that, no one obliged to support the Constitution can fairly assert that the Constitution means something different from what we said it meant”*²⁴⁸ (destaquei o texto acrescido à afirmação original).

A Suprema Corte americana em algumas ocasiões significativas²⁴⁹ e até recentes²⁵⁰ adotou esse último entendimento, o que alertou o ambiente acadêmico jurídico sobre a necessidade de cuidar do assunto. Adiante serão vistas algumas propostas de contenção desse ideia de supremacia judicial.

4.1.1. As capacidades institucionais e o minimalismo judicial

As críticas à supremacia judicial podem assumir diversos matizes e, em muitos casos, elas têm se mostrado ineficientes. Ao perceberem esse fato e preocupados com o avanço das ideias favoráveis à supremacia judicial, quando não até mesmo apoiadoras de um monopólio das Cortes no que diz respeito à interpretação da Constituição, Sunstein e Vermeule resolveram estudar o tema com o objetivo de oferecer razões mais concretas, baseadas em

²⁴⁸ TUSHNET, Mark. *Marbury v. Madison* and the Theory of Judicial Supremacy. In: *Great Cases in Constitutional law*. Edited by Robert P. George. Princeton: Princeton University Press, 2000, pp. 17-54, p.18.

²⁴⁹ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

²⁵⁰ *City of Boerne v. Flores*, 117 S.Ct. 2157, 2172 (1997).

pesquisas empíricas, em desfavor da supremacia judicial e a favor de uma postura mais contida por parte das Cortes²⁵¹.

Os autores partiram da constatação de que os teóricos propunham posturas a serem adotadas pelos juízes muito difíceis de serem compreendidas na prática, em razão de propugnarem um comportamento judicial orientado por princípios hermenêuticos muito abstratos e vagos. Exemplificam com as ideias de John Hart Ely, discutidas no capítulo anterior, para quem a intervenção judicial só se justificaria na medida em que fosse *protetora das condições da democracia*, o que parece mesmo ser vago para uma aplicação prática efetiva; mencionam, ainda, a teoria de Dworkin (que também foi objeto de exame no capítulo anterior), segundo a qual o direito como integridade e a concepção constitucional de democracia exigem que os indivíduos sejam tratados com *igual consideração e respeito*²⁵².

O diagnóstico de Sunstein e Vermeule aponta para a possível falha nas perguntas que esses competentes teóricos do direito estão a formular. Segundo os autores, as perguntas não devem ser abstratas tampouco devem os teóricos colocarem-se no lugar dos juízes. As perguntas, para serem úteis à prática do dia-a-dia dos tribunais, precisam levar em consideração as limitações das instituições e dos seus atores. Significa dizer que os teóricos da postura judicial devem considerar que os juízes, por mais bem dotados intelectualmente e bem intencionados que sejam, são seres humanos normais, com limitações intelectuais e, em especial, falta-lhes tempo e as informações minimamente necessárias para exercerem a tarefa hercúlea sugerida por Dworkin, por exemplo²⁵³.

Se assim é, uma boa teoria norteadora da interpretação do direito pelos juízes não deve cometer o equívoco referido acima de idealizar o magistrado ou seja lá quem for o intérprete²⁵⁴. Antes deve atentar para as questões em jogo, para as capacidades institucionais

²⁵¹ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: Michigan Law Review. Vol. 101, n. 4, 2003, pp. 885-951.

²⁵² A teoria de Dworkin exige, certamente, um grande esforço interpretativo por parte do magistrado, mas uma vez realizado tal esforço com transparência e competência, não me parece que o autor continue preocupado com qualquer excesso relativo à supremacia judicial.

²⁵³ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: Michigan Law Review. Vol. 101, n. 4, 2003, pp. 885-951.

²⁵⁴ SCHAUER, Frederick. Playing by the Rules. Oxford: Clarendon Press, 1991.

dos atores²⁵⁵, muitas vezes comparando-as, como por exemplo pode-se fazer com relação às vantagens da deliberação judicial sobre a legislativa e vice-versa²⁵⁶.

Há também o problema da amplitude da decisão e seus possíveis efeitos no sistema jurídico-político como um todo, bem como sobre atores privados e públicos²⁵⁷. Quando o juiz profere uma decisão mais ampla do que o caso sob julgamento requer, ele também amplia o horizonte de teorização de sua decisão judicial. Isso pode acarretar várias dificuldades. Por um lado, uma decisão desse tipo pode gerar consequências não antecipadas pelo seu autor e prejudiciais com relação a atores não envolvidos diretamente no caso, de modo que ao ampliar desnecessariamente o escopo da decisão pode-se, em verdade, torná-la menos apta a atrair consensos²⁵⁸.

Esse tipo de prática judicial tende a demonstrar que há juízes mais empenhados em teorizar em suas decisões, comprovando erudição e capacidade intelectual, do que em resolver os casos que lhes são trazidos a exame. No Brasil, nos casos em que as decisões possuem efeitos *erga omnes*, a amplitude desnecessária da teorização pode mostrar-se ainda mais nefasta. E não se trata apenas dos casos de controle de constitucionalidade, mas também do julgamento de ações coletivas.

Tudo isso está a indicar, e o alarme aqui é importante, que diante de questões complexas do ponto de vista moral, científico, religioso, a Corte deve atrelar-se o máximo possível ao quanto necessário para solucionar o caso específico, evitando teorizar sobre questões sobre as quais não possui formação profissional adequada, o que pode aumentar os

²⁵⁵ SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; e BINENBOJM, Gustavo (orgs.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 311-322, pp. 317-18.

²⁵⁶ VERMEULE, Adrian. Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge an London: Harvard University Press, 2006, pp. 255-276. O autor sugere uma forte deferência judicial em situações de incerteza: “*Just as I suggested that courts should defer to agencies when statutes contain gaps or ambiguities, so too I shall suggest that courts should defer to legislatures when constitutional provisions contain gaps or ambiguities*” (p. 233).

²⁵⁷ SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: Michigan Law Review. Vol. 101, n. 4, 2003, pp. 885-951, p. 886.

²⁵⁸ SUNSTEIN, Cass R. Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional. Tradução de Letícia Borges Thomas. Revisão de André Pedreira Ibañez. In: Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico. TEIXEIRA, A. V.; e OLIVEIRA, Elton S. de. Barueri: Manole, 2010, pp. 294-317, pp. 294-297.

custos de erro da decisão²⁵⁹. Ao contrário do que o *minimalismo judicial* recomenda, parece ser corriqueiro que ao se depararem com questões envolvendo desacordos morais razoáveis, as Cortes tendam a aumentar a amplitude da fundamentação de suas decisões, ao invés de diminuí-la.

Sunstein afirma que a postura maximalista pode ser mal sucedida mesmo quando a decisão é bem teorizada. Isso ocorreria porque pode ser proferida em momento em que ainda não há maturidade na sociedade para aquela discussão, o que transforma a decisão em um entrave para o debate democrático, quando bloqueadora do processo político ordinário. É isso o que ocorre quando a supremacia judicial é aceita. Por outro lado, em caso de decisão equivocada e amplamente teorizada sobre questão moralmente controvertida, aponta-se a grande probabilidade de ela colaborar para uma polarização maior das opiniões opostas, de modo a fazer com que um assunto difícil e polêmico passe a separar ainda mais as pessoas²⁶⁰.

É recomendável, portanto, que os juízes adotem posturas modestas ou humildes diante de casos complexos. Não apenas em razão da insuficiência de informações por eles acessíveis para teorizar sobre o problema, mas também porque, por vezes, o excesso de teorização sobre a aplicação de princípios mais gerais pode contribuir para dividir a sociedade. Note-se que se está a falar de duas coisas diferentes: Sunstein até aborda ambos os problemas, mas seu foco principal são as decisões ou acordos teorizados de modo incompleto. Nesses casos, a recomendação é no sentido de que se possa angariar convergência para as decisões concretas sem, contudo, que haja acordo quanto aos princípios mais gerais que fundamentam em última instância a decisão.

No caso da densificação de princípios gerais para a decisão de casos concretos ocorre o oposto do que acontece na hipótese anterior. O desdobramento dos princípios gerais em regras concretas operativas na resolução de conflitos pode gerar a divisão da sociedade e trazer problemas à estabilidade social. Essas espécies de princípios, bastante presentes em constituições modernas, que criam convergências em níveis gerais, mas geram desacordos

²⁵⁹ SUNSTEIN, Cass R.. One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Second Print. Cambridge and London: Harvard University Press, 2001, pp. 46-55.

²⁶⁰ SUNSTEIN, Cass R. Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional. Tradução de Letícia Borges Thomas. Revisão de André Pedreira Ibañez. In: Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico. TEIXEIRA, A. V.; e OLIVEIRA, Elton S. de. Barueri: Manole, 2010, pp. 294-317, pp. 294-297.

quando densificados em regras específicas, foram chamados por Schmitt de cláusulas dilatórias (ou compromissos dilatatórios)²⁶¹. Um bom exemplo, para o Brasil, seria a questão envolvendo a liberdade de expressão (princípio com o qual todos concordam) e o controle social da mídia (que gera desacordos profundos).

Por fim, Sunstein afirma que a decisão aconselhada em razão da presença, no caso concreto, de acordos teorizados de modo incompleto prestigia a ideia de respeito mútuo imprescindível nas democracias modernas, visto que possibilita a convergência de posições político-jurídicas quando isso é necessário²⁶² e torna desnecessário o acordo quando ele é impossível²⁶³.

Note-se que entre essa proposta de Sunstein e aquela de Dworkin há uma imensa diferença no que concerne ao tratamento dos princípios e à postura judicial. Enquanto Dworkin recomenda a imersão do juiz em uma busca profunda por coerência e compreensão da verdadeira moralidade política compartilhada na comunidade, uma vez que o Direito seria apenas uma parte dessa moralidade política²⁶⁴, Sunstein²⁶⁵ – e também Vermeule²⁶⁶ – advoga uma postura modesta do juiz. Para esses autores é impossível que os magistrados consigam chegar a uma decisão que atenda à tal moralidade, se é que ela é alcançável, em razão do profundo desacordo moral existente na sociedade, bem como porque o processo judicial e os juízes não estão devidamente capacitados para esse tipo ousado de empreitada.

Assim, se Dworkin entende o direito como interpretação²⁶⁷ e, portanto, incentiva uma postura de ousadia judicial nessa busca interpretativa por valores morais que fundamentariam a prática constitucional, Sunstein verifica os evidentes e realistas limites à capacidade

²⁶¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 2006, pp. 14-25.

²⁶² SUNSTEIN, Cass R.. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Second Print. Cambridge and London: Harvard University Press, 2001, p. 14.

²⁶³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 183-186. O autor faz um apanhado mais amplo dessa discussão.

²⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge and London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

²⁶⁵ SUNSTEIN, Cass R.. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Second Print. Cambridge and London: Harvard University Press, 2001, p. 12 e s.

²⁶⁶ VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2006, pp. 255 e s.

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Law as Interpretation*. In: *Arguing About Law*. Edited by Aileen Kavanagh and John Oberdiek. London and New York: Routledge, 2009, pp. 127-143.

interpretativa dos magistrados e, nos moldes de um minimalismo à moda de Burke (*Burkean Minimalism*²⁶⁸), propõe que o Poder Judiciário deva evoluir em suas posições com certo conservadorismo, que requer passos lentos e seguros, jamais interpretações de princípios em postura ousada como aquela incentivada por Dworkin.

Para Sunstein, portanto, a modéstia judicial favorece a sociedade impedindo polarizações. Os princípios gerais (compromissos dilatórios) de textura aberta e amplamente considerados permitem a reunião em comunidade de indivíduos de crenças e concepções de vida completamente distintas (reconhece-se aqui o fato do pluralismo²⁶⁹, evidente nas sociedades modernas²⁷⁰), ao passo que a densificação desses amplos princípios, por meio do processos de adjudicação, tende a produzir essas divisões sociais que muitas vezes mostram-se perigosas à paz social²⁷¹.

4.1.2. *A supremacia judicial e o constitucionalismo popular*

Um dos principais representantes dessa corrente do pensamento jurídico que ficou conhecida como constitucionalismo popular é Larry Kramer. Para ele os limites impostos pelo texto constitucional ao governo deveriam ser fiscalizados pelo povo, comprometidos com o documento fundante de seu Estado, bem como pelas instituições republicanas. Ele faz um longo exame dos debates constituintes norte-americanos (esses debates foram examinados na

²⁶⁸ SUNSTEIN, Cass R.. *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What it Meant Before*. Princeton: Princeton University Press; 2009, pp. 35 e s.

²⁶⁹ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: *Estudos sobre a humanidade: Uma antologia de ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002;

²⁷⁰ RAWLS, John. *Justiça como Equidade: Uma reformulação*. Erin Kelly (org.). Tradução de Claudia Berliner. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 47. Confira-se a seguinte passagem: “Ao atribuírmos um lugar importante para a idéia de consenso sobreposto, assumimos que o fato do pluralismo razoável é uma condição permanente de uma sociedade democrática (...) a diversidade de doutrinas religiosas, filosófica e morais existentes em sociedades democráticas modernas não é uma mera condição histórica que logo passará; é um aspecto permanente da cultura pública de uma democracia. Nas condições políticas e sociais garantidas pelos direitos e liberdades básicos de instituições livres, pode surgir e perdurar uma grande diversidade de doutrinas abrangentes conflitantes e irreconciliáveis, mas razoáveis, caso já não existissem. É esse fato das sociedades livres que denomino fato do pluralismo razoável”.

²⁷¹ SCHMITT, Carl. *La Tirania de los Valores*. Traducción de Anima Schmitt de Otero. In: *Revista de Estudios Políticos*. Madrid: 115, Enero-Febrero, 1961. A preocupação de Schmitt com a emergência da filosofia dos valores e, por conseguinte, com as decisões fundamentadas em um valor hierarquicamente superior a outro está em que a afirmação de um valor implica a negação do outro envolvido em dada disputa como sendo um desvalor. Em sociedades plurais, como são as modernas democracias, percebe-se de pronto as dificuldades de adjudicar controvérsias com base na concretização de valores, ao contrário do que tanto se afirma em nossos textos jurídicos.

primeira parte desse trabalho) e conclui, com plausibilidade de acerto, que a constituição não era entendida como uma lei comum a ser manuseada e aplicada por juízes e cortes. A constituição era uma espécie de lei popular, feita pelo povo para vincular seus governos a seus anseios fundantes, para limitá-los²⁷².

Kramer afirma que os *founding fathers*, de modo geral, não imaginavam a Constituição como objeto de adjudicação judicial, mas de reivindicação popular. Eles desejavam que o público insistisse e participasse da realização constitucional. Segundo ele “*It was the legislatures’ delegated responsibility to decide whether a proposed law was constitutionally authorized, subject to oversight by the people. Courts simply had nothing to do with it, and they were acting as interlopers if they tried to second-guess the legislatures’ decision*”²⁷³

Na releitura que Kramer realiza dos debates constitucionais, o *judicial review* surge como um ato de resistência²⁷⁴. Ele afirma que apesar de muitos participantes das convenções constituintes terem percebido alguma função para o controle judicial de constitucionalidade, pouquíssimos delegados o imaginavam como um instituto importante ou poderoso e que fosse exercer o papel atual. A maior parte dos delegados pensava em termos de um constitucionalismo popular, focado nos meios políticos tradicionais de implementação da constituição. O controle judicial de constitucionalidade sequer passava por suas mentes²⁷⁵.

Kramer sugere que para os *founding fathers*, o *judicial review* claramente era um instituto de exceção, para ser utilizado raramente, como substituto à resistência popular e, mesmo assim, apenas quando a inconstitucionalidade da norma atacada estivesse evidentemente fora de questionamentos²⁷⁶.

O autor, no entanto, resigna-se com o controle judicial de constitucionalidade que se tornou instituição tradicional dos americanos e passa a se preocupar mais efetivamente com o

²⁷² KRAMER, Larry D.. The Supreme Court 2000 Term – Foreword: We the Court. 115 Harvard Law Review, n. 4, p. 9.

²⁷³ KRAMER, Larry D.. The people themselves: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004, p. 59.

²⁷⁴ Parece-me que na concepção constitucional de democracia advogada por Dworkin, que pressupõe que o indivíduo inserido na comunidade política goze de independência moral, a utilização do *judicial review* também ganha certos ares de resistência, de afirmação de independência com relação aos desígnios da comunidade.

²⁷⁵ KRAMER, Larry D.. The people themselves: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004, p. 78.

²⁷⁶ KRAMER, Larry D.. The people themselves: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004, p. 92.

seu controle, isto é, com o *judicial review without judicial supremacy*. Para ele o controle mais efetivo está mesmo nas mãos do povo, da opinião pública, a qual a Suprema Corte não tem como escapar, ainda que não possa ser diretamente responsabilizada e punida pela população. Pode ser punida, todavia, politicamente, e ele menciona a possibilidade de *impeachment* de seus integrantes, o descumprimento de suas decisões, o aumento do número de suas cadeiras promovido por F. D. Roosevelt em represália a decisões que dificultavam a implementação de seu programa político-econômico.

Kramer sustenta, portanto, que esses instrumentos políticos são importantíssimos para que se possa exercer algum controle sobre a Suprema Corte. Brandão faz um bom resumo da posição final de Kramer sobre como se pode conter a supremacia judicial sem inviabilizar o controle judicial de constitucionalidade:

A disponibilidade destes instrumentos políticos [refere-se ao descumprimento de decisões da Corte pela Presidente da República e pelo Legislativo, ao *impeachment*, entre outros] não fomentaria conflitos institucionais, mas os desestimularia, pois o seu efetivo uso deve ser bastante raro – como comprova o seu reduzido emprego na história norte-americana. Todavia, a mera possibilidade do seu exercício mudaria a autopercepção da Corte acerca dos seus poderes, tornando mais factível que ela antecipe eventuais reações políticas e se torne mais sensível às opiniões do povo e dos seus representantes. Em uma só palavra: **a possibilidade de reações políticas a decisões judiciais agregaria responsividade judicial ao sistema político norte-americano**²⁷⁷. (destaquei)

A conclusão a que chega Kramer sobre como refrear a supremacia judicial no sistema norte-americano é bastante interessante e parece ser difícil dela discordar. Além disso, ela se aplica perfeitamente à realidade brasileira, por isso sua discussão será retomada no último capítulo.

Mark Tushnet tem entendimento próximo ao de Kramer e é considerado um dos precursores dessa corrente do pensamento jurídico norte-americano que ficou conhecida como

²⁷⁷ BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 193.

constitucionalismo popular²⁷⁸. Ele já defendeu posição contrária à própria existência do *judicial review*²⁷⁹, mas recentemente evoluiu para admiti-lo em uma modalidade fraca (*weak form of judicial review*). Segundo Tushnet, a interpretação constitucional realizada pelo Judiciário não deve ser superior a nenhuma outra, oriunda de qualquer departamento do Estado.

O autor firmou a sua posição em favor da interpretação constitucional pelo Legislativo, que pode realizar interpretações muito boas. Recusou a influência do eleitorado sobre as interpretações do legislador – que em si não pode ser condenada –, tendo em vista que a maior parte das questões constitucionais não recebem grande atenção da população. Quanto à supremacia judicial constata, no entanto, que tem o condão de prejudicar muito a participação do Poder Legislativo no processo de interpretação da Constituição, uma vez que pode gerar o que denomina de problema do descumprimento antecipado da Constituição pelo Legislativo, que aprovaria leis populares, mas inconstitucionais, deixando o ônus de invalidá-las ao Poder Judiciário²⁸⁰. Essa questão e seus desdobramentos serão vistos no próximo capítulo.

Tushnet apoia, atualmente, o que se conhece por *weak form of judicial review*. É o controle judicial com ampla possibilidade de reversibilidade por decisão legislativa ordinária, que se caracteriza por aprovação por maioria simples. Isso tem o condão de gerar um maior diálogo institucional sobre a interpretação da Constituição, o que será abordado na conclusão do trabalho.

4.2. Jeremy Waldron, a persistência dos desacordos morais e a importância do Poder Legislativo

O ingresso de Waldron nos debates ampliou o espectro por meio do qual se pensa sobre o controle de constitucionalidade e em especial trouxe de volta o Poder Legislativo à consideração da teoria constitucional. Ele reagiu de forma clara à separação entre argumentos de princípio e argumentos de política realizada por Dworkin e estudada no capítulo anterior.

²⁷⁸ TUSHNET, Mark. Taking the Constitution Away from the Courts. Princeton: Princeton University Press, 1999.

²⁷⁹ TUSHNET, Mark. Non-judicial review. In: Harvard Journal of Legislation. Vol. 40, pp. 453-492, 2003.

²⁸⁰ TUSHNET, Mark. Weak courts, strong rights – judicial review and social welfare rights on comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008, pp. 111-161.

Para Waldron, essa separação é artificial e restringe o desacordo apenas às questões referentes às metas sociais, inviabilizando a discussão na esfera político-representativa sobre os direitos fundamentais.

Separação dessa espécie seria absolutamente impossível porque faz parecer que nas questões de princípio existe sempre uma resposta correta a que somente o Judiciário pode chegar, o que, para ele, esconde uma espécie de preconceito que a teoria jurídica guarda com relação ao Poder Legislativo. Ele abre um de seus livros afirmando “*There are many of us, and we disagree about justice*”²⁸¹ para propor que as discussões sobre os desacordos morais razoáveis sejam travadas com transparência. Ele afirma que foi construído um retrato idealizado da atividade julgadora do Poder Judiciário – basta que se lembre do mítico juiz Hércules, criado por Dworkin –, ao passo que o Parlamento foi abandonado pelos juristas²⁸².

Para que as coisas sejam reequilibradas entre as Cortes e o Parlamento, Waldron afirma ser preciso voltar a atenção dos juristas ao Poder Legislativo, tão criticado por questões contingentes. Pede um tratamento igual por parte dos juristas (como os que os cientistas políticos despendem ao Judiciário e ao Legislativo), os quais se mostram sempre céticos com relação ao Parlamento. Para se tratar o Legislativo com dignidade, Waldron sugere:

Quero que vejamos o processo de legislação – na sua melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles. Esse é o tipo de compreensão da legislação que eu gostaria de cultivar. E penso que, se capturássemos isso como a nossa imagem da legislação, haveria, por sua vez, uma saudável diferença no nosso conceito geral do direito²⁸³.

Recuperada a dignidade da legislação, os Parlamentos revelariam-se superiores no processo de deliberação em razão dessa transparência que se quis evidenciar no trecho citado. Waldron procura demonstrar isso por meio do exame que considera como vetores essenciais a existência de desacordos morais razoáveis e persistentes encontrados no seio das sociedades

²⁸¹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 1.

²⁸² WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 2.

²⁸³ WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3.

democráticas modernas, bem como da imperiosidade de se (re)dignificar a regra da maioria e o papel da legislação, o que elevaria a participação política à posição de direito dos direitos.

4.2.1. *Os desacordos morais razoáveis como circunstâncias da política*

Tomando de empréstimo à Rawls a ideia de circunstâncias de justiça²⁸⁴, com as quais o filósofo norte-americano procura demonstrar que determinados aspectos da condição humana fazem com que a justiça seja tanto uma virtude como uma prática, ambas necessárias e possíveis, Waldron constrói a sua ideia de circunstâncias da política²⁸⁵. Essas circunstâncias da política seriam o sentimento compartilhado pelos membros de determinado grupo sobre a necessidade de construírem estruturas, decisões ou formas de agir comuns para solucionarem problemas, mesmo quando discordem sobre como estabelecer essa estrutura ou sobre quais as melhores decisões para resolver os assuntos em comum. Desse modo, as circunstâncias da política são o par: desacordo e necessidade de ação conjunta²⁸⁶.

A questão mais relevante, por enquanto, está no fato de existir esse desacordo e de ele não se limitar às questões de natureza política (de políticas públicas, o que Dworkin chamou de *policy*), mas de haver, no seio das sociedades democráticas modernas, o que Waldron denomina de *desacordo moral razoável*. Ele desenvolve esse ponto bastante para responder a Dworkin que, conforme visto no capítulo anterior, afirma que ao Judiciário deveria incumbir a decisão sobre questões de princípio, ou seja, sobre assuntos que envolvam a distinção entre princípio morais compartilhados em dada comunidade. O Judiciário seria, para Dworkin, o fórum do princípio e não deveria cuidar de questões políticas.

Waldron aduz que nas sociedades pluralistas de que se cuida as pessoas discordam quanto ao papel do Estado na promoção dos direitos sociais; divergem quanto à forma de distribuição de riquezas, de cargos públicos ou de vagas nas universidades, se deveria dar-se com base em critérios puramente meritórios ou em normas impositivas de ações afirmativas,

²⁸⁴ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes: 1997.

²⁸⁵ WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 102.

²⁸⁶ WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 102-103.

aprovadas contra possíveis discriminações existentes na sociedade. Essas seriam questões relacionadas às políticas públicas.

E nessas sociedades as pessoas também discordam – e esse é o ponto essencial para Waldron – sobre questões de princípios. E esse desacordo moral é razoável na medida em que pessoas de boa fé, bem informadas e bem intencionadas efetivamente discordam sobre o que seja uma vida boa ou sobre o que leva uma pessoa a ter uma vida feliz. Significa dizer que os indivíduos sinceramente discordam uns dos outros quanto às questões relacionadas ao aborto, ao uso de métodos contraceptivos em dadas circunstâncias, quanto à eutanásia, ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, às pesquisas científicas mediante a utilização de células-tronco embrionárias, entre tantas outras questões²⁸⁷.

A dificuldade, portanto, das chamadas *circunstâncias da política* (a necessidade de um agir coletivo e o fato do desacordo) está na necessidade de se estabelecer a estrutura institucional que viabilize o agir coletivo, permitindo que a sociedade adote posições e, assim, decida uma série de questões absolutamente controversas, como as mencionadas acima. Construir tais instituições em circunstâncias de profundo desacordo sobre temas tão sensíveis é um grande desafio e as democracias liberais modernas saíram-se razoavelmente bem ao enfrentarem esse desafio. Ocorre que atualmente há uma certa indisposição com o Parlamento e alguns autores anunciam o Poder Judiciário como o local apropriado para dirimir desacordos sobre princípios. A postura de Waldron, todavia, é a de prestigiar o Parlamento como órgão apropriado para essas deliberações em razão de constituir o *locus* por excelência da tomada de decisão político-democrática das sociedades modernas.

Em sua oposição ao *judicial review* ou ao Poder Judiciário como órgão precípua para a discussão sobre princípios ou direitos morais, Waldron faz a defesa do Parlamento e dos mecanismos democráticos tradicionais para a adoção de decisões mesmo sobre princípios, desde que a sociedade em debate preencha alguns requisitos ou pressupostos que ele assim explica:

²⁸⁷ WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao *Judicial Review*. Tradução de Adauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. In: *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 113-114.

Devemos imaginar uma sociedade que possua (1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio universal adulto; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias e (4) discordância persistente, substancial e de boa fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos²⁸⁸.

A sociedade brasileira, assim como a norte-americana ou a inglesa, para as quais Waldron preferencialmente se dirige, preenche os pressupostos elencados na transcrição. Há aqui poderes legislativo e judiciário em condições razoáveis de funcionamento, há também o respeito por direitos individuais e das minorias por parte tanto das autoridades como da maioria da sociedade (ao que tudo indica), e, quanto ao ponto que mais interessa ao argumento, há grande divergência, sincera e substancial, sobre direitos, isto é, sobre aquilo que Dworkin denomina de princípios.

Desse modo, Waldron precisa construir uma teoria política que, sem desprezar os direitos e a justiça, dê conta das instituições e da formulação de uma justificação da autoridade que deve decidir sobre o agir coletivo. Dito de outra forma, deve contruir uma teoria que fundamente a ação coletiva e a autoridade de suas decisões, visto que necessariamente haverá aquelas pessoas que discordam dessas decisões, mas que, ainda assim, deverão cumpri-las. Para ele, essa é a função mais relevante. A afirmação da existência de teorias morais hegemônicas prestaria um desserviço à construção do agir coletivo simplesmente na medida em que ignoraria o fato essencial e visível do desacordo moral razoável e, assim, impediria a visualização e o tratamento de suas consequências²⁸⁹.

²⁸⁸ WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao *Judicial Review*. Tradução de Adauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 106.

²⁸⁹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 4-6.

A separação entre argumentos de princípios e argumentos de política (*policy*) feita por Dworkin teria a intenção de separar o que pode ser objeto (as *policies*) de decisão coletiva por meio do corpo de representantes, o Poder Legislativo, daquilo que deve ser decidido por *experts* nas Cortes, as questões morais (de princípio). Para Waldron, essa divisão não pode ser feita. Ela, no mínimo, esconderia um pequeno segredo sujo (*dirty little secret*), na expressão de Roberto Mangabeira Unger²⁹⁰. As pessoas que lutaram pela democracia não estariam brigando apenas pela possibilidade de participar de decisões sobre políticas públicas, mas também sobre as questões morais mais profundas que lhes dizem respeito e sobre as quais discordam.

O *dirty little secret* contado por Unger seria um desconforto com a democracia. Para Unger, o mundo do direito em geral sente esse incômodo e o revela em vários momentos: na crescente concessão de atribuições contramajoritárias aos juízes e juristas; no crescimento de outras instituições com poder decisional de caráter contramajoritário, como as agências; entre outras coisas, no fracasso da academia jurídica que não se mostrou apta (ou mesmo interessada) em desenvolver uma teoria da legiferação, uma legística, minimamente equivalente em quantidade e qualidade às doutrinas sobre adjudicação e sobre a função jurisdicional produzidas²⁹¹.

Para Waldron, a forma digna e igualitária de tratar os indivíduos é considerando isonomicamente suas respectivas participações no processo político-democrático de tomada de decisões. Só assim é possível a criação dos pressupostos do agir coletivo. Essa igualdade de possibilidade de participação não implica, evidentemente, uma influência igual de cada indivíduo no processo de escolhas políticas. Há momentos e atores políticos que tendem a atrair as atenções e a exercer certo protagonismo nos debates públicos, todavia, o importante é a igualdade na possibilidade de participação como *input* legitimador do sistema. Ante o desacordo moral razoável persistente, as leis aprovadas não gozarão de consenso, ou seja, indivíduos que eram contrários à aprovação de certas medidas legislativas continuarão pensando da mesma forma. Havido participado do processo decisional, no entanto, aceitarão a nova lei como legítima e como deles também.

²⁹⁰ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 8-10.

²⁹¹ UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should Legal Analysis Become?* London: Verso, 1996, pp. 72 e s.

A regra da maioria utilizada como instrumento de decisão político-democrática não tem como garantir que a melhor decisão será adotada, mas insere no sistema decisional o seu critério de legitimidade, oriundo da participação em condições de igual dignidade e consideração. Desse modo, deve-se compreender melhor como isso ocorre.

4.2.2. A dignidade da legislação, a regra da maioria e a física do consentimento: a importância dos procedimentos políticos decisórios

O tópico anterior procurou deixar clara a posição de Waldron sobre a inafastabilidade dos desacordos morais razoáveis do seio das sociedades democráticas modernas. Esse desacordo é fruto dos direitos que a própria democracia exige sejam concedidos a todos os indivíduos e respeitados pelo Estado. Encerrou-se o último tópico com a afirmação de que Waldron enxerga a deliberação política que conta com a participação democrática dos cidadãos, organizada procedimentalmente por meio da regra da maioria, como a forma legítima não apenas de tomar decisões sobre políticas públicas a serem adotadas pela comunidade como também acerca dos direitos essenciais dos membros dessa sociedade. É preciso, agora, desenvolver um pouco melhor esses argumentos.

Ao afirmar a persistência do desacordo sobre questões morais e a regra da maioria como a forma procedimental digna para solucioná-los, pelo menos provisoriamente, Waldron coloca no centro do debate a questão da autoridade. Ele o faz do seguinte modo: já que os desacordos são inafastáveis, a quem, e mediante qual procedimento, deve ser atribuído o poder de solucionar essas discordâncias? Para Waldron, conforme tantas vezes mencionado, a política é sobre princípio e sobre metas públicas a serem atingidas; o que acontece no processo político determina não apenas quais metas sociais deverão ser buscadas e em que nível de prioridade, mas também como e qual será a distribuição de direitos fundamentais entre os indivíduos membros da sociedade; e, em ambos os casos, a decisão será controvertida – agradará a alguns e desagradará a outros –, de modo que a necessidade do estabelecimento de

uma autoridade decisória não é excepcionada simplesmente em razão de a questão debatida cuidar de direitos²⁹² (princípios, na linguagem de Dworkin).

Desse modo, Waldron expõe pelo menos duas alternativas de autoridades. A primeira consiste em atribuir aos próprios sujeitos de direitos em uma dada comunidade, cujas vidas e relações serão alvo das decisões legislativas, a autoridade de decidir como e qual será a distribuição de direitos entre eles, bem como quais serão as prioridades e metas sociais as quais a sociedade deverá empenhar-se em alcançar. A decisão poderá ser tomada por deliberação direta entre os sujeitos de direitos envolvidos, ou mediante a utilização dos mecanismos de representação democrática próprios ao funcionamento do Poder Legislativo, consistentes em uma intrincada rede de procedimentos que envolvem, em resumo, o debate a deliberação e o voto de cada parlamentar.

Outra possibilidade é atribuir a autoridade desse tipo de decisão a um mecanismo jurídico, também bastante intrincado, que se distingue pela hipervalorização de um pequeno grupo de juízes cujos votos e argumentos lograriam derrubar ou superar as decisões coletivas adotadas pelos indivíduos diretamente ou por seus representantes, nos moldes delineados na primeira hipótese. Waldron prefere a primeira hipótese, mas antes de se verificar suas razões, impende esclarecer que ele não está a propor um retorno à democracia dos antigos, à democracia ateniense, em que os cidadãos deliberavam diretamente entre si: *“I don’t suggest*

²⁹² WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 243-244. Vale transcrever o seguinte trecho: *“Politics is about principle as well as policy. What happens in the political process determines not only what our social goals are, but also the content and distribution of individual rights. Of course the political process cannot control anyone’s critical sense of what rights we have or ought to have, nor can it affect the truth about that issue (if talk of truth is appropriate here). But since people disagree about what rights we have or ought to have, the specification of our legal rights has to be accomplished through some political process.*

Rights, in other words, are no exception to the general need for authority in politics. Since people hold different views about rights and since we have to settle upon and enforce a common view about this, we must ask: ‘Who is to have the power to make social decisions, or by what processes are social decisions to be made, on the practical issues that competing theories of rights purport to address?’ As political philosophers, our task is to inquire into the principles and criteria by which this question of authority is to be answered? The claim we have been examining – the claim that political participation is a right – constitutes an answer, or at least part of an answer, to the question of authority. When someone asks, ‘Who shall decide what rights we have?’, one answer (my answer) is: “The people whose rights are in question have the right to participate on equal terms in that decision.”

*that these need to be settled by plebiscite, or plenary initiative*²⁹³”. Ele está mesmo a valorizar os mecanismos de decisão majoritária normalmente adotados pelos parlamentos.

Ao escolher a primeira hipótese, aquela que requer que os sujeitos dos direitos diretamente envolvidos participem da decisão coletiva que lhes afetará, Waldron concede suas razões nos seguintes termos:

The political value most naturally associated with the modern legislature and with the authority of its product – legislation as positive law – is *democratic legitimacy*. Not all jurists accept the association. Some disparage the democratic credentials of statutes, because they are doubtful about Parliament’s or Congress’s success in representing the people, or because they are bewitched by the formal difficulties of public choice theory, or because they simply do not regard democracy as anything other than derivative or instrumental value. Still, most students of legislation figure that a claim of democratic legitimacy – if it could be sustained – would be the best one could say for the authority of a statute. The democratic and representative credentials of the legislature, such as they are, are supposed to be the best reason a court or a citizen can have for deferring to its decisions²⁹⁴.

É preciso, ainda, mencionar que a legitimidade democrática pode tomar diversas formas. Um presidente de uma república eleito pelo povo pode clamar por sua legitimidade democrática. A mesma coisa acontece quando se está a falar de representação. Muitas vezes falou-se da representação de uma população inteira por uma única pessoa. Hobbes, por exemplo, assim manifestou-se sobre o assunto: “*Uma multidão de homens se torna uma pessoa quando é representada por um só homem ou pessoa, de maneira que tal seja feito com o consentimento de cada um dos que constituem essa multidão*”²⁹⁵. Apesar dessas ocorrências, na prática, ao se falar em legitimidade democrática ou de representação legislativa,

²⁹³ WALDRON, Jeremy. Introduction: Disagreements on Justice and Rights. In: New York University Journal of Legislation and Public Policy. Vol. 6, n. 5, 2002, pp. 5-10, p. 7.

²⁹⁴ WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 53-54.

²⁹⁵ HOBBS, Thomas. Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil. Richard Tuck (org.). Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Tradução do aparelho crítico de Claudia Berliner. Revisão de tradução e supervisão da edição brasileira: Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, p.139. O trecho transcrito no corpo do texto faz referência à pessoa, cujo conceito em Hobbes é o seguinte: “Uma PESSOA é aquele cujas palavras ou ações são consideradas quer como as suas próprias, quer como representando as palavras ou ações de outro homem, ou de qualquer outra coisa a que sejam atribuídas, seja verdade ou ficção”.

naturalmente vem à mente das pessoas a representação de uma pluralidade de representados por uma pluralidade de representantes. De alguma forma, a ideia de representação democrática encampa a noção de pluralidade de representantes e representados, por isso as assembleias de representantes são, de modo geral, bastante numerosas²⁹⁶.

Waldron resolve a questão da representação ser coletiva em seus dois extremos: representados e representantes, fazendo uma digressão interessantíssima ao período político da idade média. Baseando-se nas ideias de Bartolo de Sassoferrato (um dos maiores juristas da idade média) ele explica as dificuldades que as cidades italianas viviam nesse período. Isso porque essas cidades estavam ligadas ao Sacrossanto Império Romano e a única autoridade legislativa admitida pelo direito romano residia no próprio Imperador²⁹⁷.

O problema que Waldron procura desvendar está no fato de que apesar de o poder legislativo ter sido transferido do povo romano para seu imperador, a literatura histórica dá conta de ter havido governos republicanos (leia-se: cidades que se autogovernavam) em várias cidades, em especial do norte da Itália. Novos imperadores surgiram, inclusive germânicos, e as cidades italianas não contestavam, em absoluto, suas autoridades, todavia, reivindicavam a manutenção de algumas conquistas ligadas à liberdade das próprias cidades. Entendiam por liberdade (i) sua independência do imperador, insistindo em que aceitariam a paz por ele proposta apenas na medida em que suas respectivas liberdades fossem mantidas; e (ii) e seus respectivos direitos de manterem suas formas de governo, pois embora não tivessem a intenção de negar ao imperador quaisquer jurisdições antigas, sentiam-se obrigadas não renunciar à liberdade herdada de seus ancestrais²⁹⁸.

O problema dessas cidades italianas estava em que o direito romano, sobretudo materializado no Código de Justiniano, tal como interpretado pelos glosadores, afirmava que o rei governava (e, portanto, legislava) sozinho. As cidades, que até podiam receber delegações legislativas do imperador, não podiam considerar-se independentes ou soberanas, em especial quando esses imperadores constantemente tentavam suprimir quaisquer poderes a elas

²⁹⁶ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 54.

²⁹⁷ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 60.

²⁹⁸ SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução de Renato Janine Ribeiro (caps. 1 a 11) e Laura Teixeira Motta (caps. 12 em diante). Revisão técnica de Renato Janine Ribeiro. 6 reimp.. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 29.

delegados. A interpretação do direito romano pelos glosadores engessava a situação jurídica das cidades e, assim, dificultava qualquer tentativa de aquisição de maior independência. Skinner, ao relatar a dificuldade de as cidades imporem suas reivindicações por liberdade ao imperador, explica o empecilho da interpretação do direito pelos glosadores:

A causa dessa dificuldade residia no fato de que, desde que o estudo do direito romano renascera nas universidades de Ravena e Bolonha, em fins do século XI, o código civil romano passou a servir como a base em que se enquadravam a teoria e a prática da lei por todo o Santo Império romano. E, desde que os juristas começaram a estudar e a glosar os textos antigos, o princípio cardeal para a interpretação da lei – e a característica que definiu escola que se chamou dos Glosadores – foi a de seguir com absoluta fidelidade as palavras do Código de Justiniano, aplicando seus resultados tão literalmente quanto possível às circunstâncias dominantes. Ora, não podia haver a menor dúvida quanto ao fato de que os antigos textos jurídicos enunciavam, e com abundância de palavras, que o *princeps* – identificado por todos os juristas com o Santo Imperador romano – devia ser considerado o *dominus mundi*, o senhor único do mundo. Isso significava que, enquanto os métodos literais dos glosadores continuassem a ser usados na interpretação do direito romano, as cidades não teriam a menor possibilidade de alegar qualquer independência *de iure* do Império – ao passo que os imperadores tinham à disposição o mais sólido amparo legal possível nas suas campanhas para subjugar as cidades²⁹⁹.

Ficou evidenciado para as cidades que se não encontrassem uma forma de reinterpretar o direito, dando uma base legal às suas pretensões de independência e liberdade contra o Império, elas nada conseguiriam. Seria preciso, antes de qualquer outra coisa, uma mudança de atitude dos juristas citadinos em face dos antigos livros jurídicos. A maior figura nesse reposicionamento dos juristas com relação à autoridade dos antigos textos jurídico foi Bartolo de Saxoferrato (1314-1357), fundador da escola que ficou conhecida como a dos Pós-Glosadores³⁰⁰.

²⁹⁹ SKINNER, Quentin. As fundações do pensamento político moderno. Tradução de Renato Janine Ribeiro (caps. 1 a 11) e Laura Teixeira Motta (caps. 12 em diante). Revisão técnica de Renato Janine Ribeiro. 6 reimp.. São Paulo: Martins Fontes, 2009, pp. 29-30.

³⁰⁰ SKINNER, Quentin. As fundações do pensamento político moderno. Tradução de Renato Janine Ribeiro (caps. 1 a 11) e Laura Teixeira Motta (caps. 12 em diante). Revisão técnica de Renato Janine Ribeiro. 6 reimp.. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 30.

Os textos jurídicos antigos partiam do pressuposto de que quando houvesse conflito entre a lei e a realidade, melhor dizendo, entre o direito e os fatos, estes é que deveriam se ajustar àquele. O que fez de Bartolo de Saxoferrato o fundador da escola dos Pós-Glosadores foi, inicialmente, afirmar que algumas vezes é a lei ou o direito que deve ajustar-se aos fatos. O que Bartolo estava a dizer é que o Imperador e a lei deveriam preparar-se para aceitar a situação *de fato* existente: *“The cities legislate; they legislate competently; they act as though they are sovereign; and their law-making appears to be accepted by those over whom they claim authority. If legal theory denies that such a legislative capacity is possible because only the Emperor is sovereign, then legal theory must be adapted to reality”*³⁰¹.

O importante para a teoria que Waldron pretende desenvolver sobre a necessidade de a representação de uma pluralidade ser plural e sobre a legitimidade da regra da maioria vem agora. Bartolo de Saxoferrato faz a sua reinterpretação do direito e dos fatos por meio de uma analogia – que será muito cara a este trabalho – entre o direito costumeiro e o direito legislado. Mesmo naquela época os costumes eram compreendidos como fontes do direito e isto era absolutamente inequívoco em toda a parte: *“No emperor, king or pope had any say in the people’s own usages and customs”*³⁰².

Os costumes eram entendidos como sendo baseados em práticas provenientes ainda da antiguidade, porém, o que Bartolo de Saxoferrato utiliza como ponto central de sua argumentação é o fato de que os costumes são apenas modos de conduta, de forma que o essencial estaria em que os costumes apenas adquirem força de lei, vinculante, e tornam-se o direito da localidade, a partir do **consentimento tácito** daqueles que a eles se subordinam e cujas respectivas aquiescências são imprescindíveis para que se tornem o direito estabelecido.

Ullmann explicita essa compreensão ao afirmar que para Bartolo de Saxoferrato os costumes eram a *causa remota* do direito costumeiro, sendo o consentimento tácito a sua *causa próxima*, que é inferido da prática desses mesmos usos e costumes. Note-se que nem todas as condutas habituais adquiriam força de lei. A força vinculante de alguns costumes era-

³⁰¹ WALDRON, Jeremy. Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 63.

³⁰² ULLMANN, Walter. Principles of Government and Politics in the Middle Ages. London: Mathuen, 1961, p. 283.

lhes atribuída justamente por esse consentimento tácito, que podia ser considerado como a vontade do povo de se impor obrigações e de se conferir direitos³⁰³.

Faça-se uma pequena regressão apenas para explicar que na interpretação de Waldron o direito costumeiro e o direito legislado ambos têm como fonte o povo, sendo, assim, ambos modos ascendentes de autoridade legal ou jurídica. Isso é dessa forma, por um lado, em razão de os costumes serem inferidos dos usos e práticas imemórias da população de uma dada comunidade; por outro, porque a prática da legislação considerada como a lei da terra (*Lex Terrae* ou *The Law of the Land*) inicia-se durante os regimes feudais em que o soberano precisava submeter suas leis à aprovação do que se chamava de *communitas regni* – a comunidade política do reino – que, em geral, era um corpo plural formado pelo próprio rei e pelos senhores feudais que com ele mantinham relações e que fundaram o reino. Quando, séculos depois, os representantes do povo passaram a ser admitidos na *communitas regni* como membros indispensáveis, a autoridade da legislação editada por esse corpo político plural passou a ser associada à sua parte democraticamente eleita e, portanto, reconduzida ao povo³⁰⁴.

Resgatando a ideia segundo a qual força vinculante de alguns costumes era-lhes atribuída pelo consentimento tácito das pessoas, nota-se que se torna fácil e até natural dar o passo seguinte e admitir que se as pessoas, por meio de seu *consentimento tácito*, podem criar um direito não-escrito, então essas mesmas pessoas podem, por meio de *um consentimento expresse*, utilizar o mesmo poder criador do direito para editar leis escritas (direito escrito). A diferença estará simplesmente na forma de expressão da vontade, do consentimento, jamais na essência da função da vontade do povo como criadora do direito: o *consentimento tácito* cria o direito costumeiro, enquanto o *consentimento expresse* em uma assembleia popular representativa cria o direito escrito, as leis. Para Bartolo de Saxoferrato, ambas as formas de consentimento são igualmente geradoras do direito e, portanto, ele estabelece uma equivalência entre o direito costumeiro e a legislação civil³⁰⁵.

³⁰³ ULLMANN, Walter. *Jurisprudence in the Middle Ages*. London: Variorum Reprints, 1980, p. 269.

³⁰⁴ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 56-60.

³⁰⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 63-64.

A partir dessa nova compreensão do direito na idade média, as cidades passaram a ter a possibilidade de produzir seu próprio direito por meio das duas formas de consentimento referidas. Ainda que o direito costumeiro gozasse de maior credibilidade no início, pois o consentimento tácito dava-se de forma diferida no tempo, trazendo certa segurança; em algumas circunstâncias as cidades puderam perceber a utilidade de produzir direito mais rápida e diretamente, independentemente da frequência e da longevidade da prática de certos usos e costumes, mas apenas reunindo-se em assembleia popular representativa e votando, manifestando sua concordância. Isso acabou transferindo ao direito legislado a legitimidade democrática (como se passou a denominar o fenômeno tempos depois) e a respeitabilidade do direito costumeiro³⁰⁶.

O consentimento, tácito ou expresso, era importante para a teoria do direito que Bartolo de Saxoferrato estava a produzir porque significava independência. Na medida em que se prescindia de qualquer tipo de *imprimatur* superior para que o direito das cidades gozasse de coercitividade, elas passaram a ser soberanas e, portanto, a efetivamente exercerem o autogoverno. Tornaram-se príncipes de si mesmas (*civitas sibi princeps*)³⁰⁷, podendo editar quaisquer leis que lhes aprouver sobre quaisquer assuntos relacionados ao bem comum. Note-se que apesar da teoria do consentimento ser fundamental para Bartolo de Saxoferrato, o direito das cidades passa a valer e a ser efetivamente aplicado a todos que nelas ingressarem, mesmo que não tenham participado do consentimento, portanto³⁰⁸.

Essa narrativa sobre a reinterpretação do direito da idade média engendrada por Bartolo de Saxoferrato mostra o início de uma mudança de concepção da autoridade do direito no Estado que é de crucial importância para o pensamento de Jeremy Waldron. Essa mudança está no fato de se poder dizer que a autoridade legislativa da cidade está na vontade livre do seu próprio povo e não em sua submissão à vontade de qualquer outra autoridade. Essa já era a característica que conferia legitimidade ao direito costumeiro (por meio do *consentimento tácito* dos indivíduos) e, com as novas ideias narradas acima, passa a ser também a

³⁰⁶ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 63-65.

³⁰⁷ SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução de Renato Janine Ribeiro (caps. 1 a 11) e Laura Teixeira Motta (caps. 12 em diante). Revisão técnica de Renato Janine Ribeiro. 6 reimp.. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 33.

³⁰⁸ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 64-65.

característica do direito legislado (contando com o *consentimento expresso* dos cidadãos) por assembleias populares representativas.

É claro que Bartolo de Saxoferrato não ignorava a questão procedimental presente na manifestação de consentimento (tanto tácita como expressa). Significa dizer que sabia que esses consentimentos não ocorrem de forma unânime. Mesmo no que concerne aos usos e costumes, sempre haverá aqueles que os rejeitam pelos mais diversos motivos e, portanto, que são contrários a que se lhes conceda força de lei, vinculante. Assim, mesmo os costumes não serão aceitos como lei por todos, senão pela maior parte. A minoria, no entanto, com o tempo terminaria por perceber que suas objeções àquelas práticas não superaria a necessidade de estabilidade³⁰⁹.

Com a legislação deve acontecer algo procedimentalmente similar. Deverá ocorrer alguma forma de deliberação sobre a proposta que se pretende transformar em lei cujo resultado seja não a unanimidade de adesão aos termos da proposta, mas o *consensus majoris partis*, que normalmente emergirá a partir da discussão sobre os prós e contras da medida. A deliberação equivaleria à experiência (no caso do direito costumeiro) e a votação equivaleria à manifestação de consentimento. Apenas sob essa equivalência do processo político de elaboração das leis com o procedimento de reconhecimento do direito costumeiro é que a paridade entre ambos torna-se completa³¹⁰.

A partir desse procedimento, portanto, a legislação não pode ser compreendida como ato de uma autoridade única, pessoal. Segundo Bartolo de Saxoferrato, *Concilium representat mentem populi* (o conselho ou assembleia representa a mente do povo), de modo que uma assembleia de representantes só pode ser concebida como uma concessão do próprio povo, que não mais receberia passivamente a legislação como obra da mente isolada do imperador, mas como produto de sua própria deliberação ou de seus representantes. O povo passa a ser, portanto, criador e destinatário do direito produzido, do que se conclui que:

If the people thought significant experience was being slighted, or significant opinion overlooked, in the process of legislation, then it was perfectly appropriate on this model for them to complain and to do something about it, for the laws that were made in this assembly were

³⁰⁹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 65-66.

³¹⁰ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 66.

their laws and the basis of the laws' legitimacy was supposed to be *their* understanding and their acceptance of the place the laws would occupy in *their* way of life³¹¹.

Waldron, assim, justifica a legitimidade da legislação editada por um corpo de representantes. E, em outra obra, reforça sua tese ao explicar a legitimidade do próprio método consistente na regra da maioria como procedimento de tomada de decisões nas assembleias representativas. O raciocínio que ficou conhecido como a *física do consentimento* tem como ponto de partida o seguinte trecho da principal obra de John Locke:

Quando qualquer número de homens *consentiu desse modo em formar uma comunidade ou governo*, são, por esse ato, logo incorporados e formam *um único corpo político*, no qual a maioria tem o direito de agir e deliberar pelos demais.

96. Pois quando um número qualquer de homens formou, pelo consentimento de cada indivíduo, uma *comunidade*, fizeram eles de tal comunidade, dessa forma, um corpo único, com poder de agir como um corpo único, o que se dá apenas pela vontade e determinação da *maioria*. Pois sendo aquilo que leva qualquer comunidade a agir apenas o consentimento e seus indivíduos, e sendo necessário àquilo que é um corpo mover-se numa certa direção, é necessário que esse corpo se mova na direção determinada pela força predominante, que é o *consentimento da maioria*; do contrário, torna-se impossível que aja ou se mantenha como um corpo único, uma comunidade única, tal como concordaram devesse ser os indivíduos que nela se uniram – de modo que todos estão obrigados por esse consentimento a decidir pela *maioria*. E, portanto, vemos que, nas assembleias que têm poder para agir segundo leis positivas em que nenhum número é fixado por essa lei positiva que lhes confere o poder, *o ato da maioria* passa por ato do todo e, é claro, determina, pela lei da natureza e da razão, o que é o poder do corpo inteiro³¹².

O trecho transcrito faz uso do termo consentimento diversar vezes e cuida, em especial para o propósito ora tratado, de como um corpo representativo deve agir. E, segundo Locke,

³¹¹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 66-67.

³¹² LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo: Livro II: Segundo Tratado*. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 469.

ele só pode agir como um corpo único se o fizer em observância à regra da maioria. Claro que por trás desse trecho está toda a teoria contratualista de Locke, o que se esclarece com a passagem que se segue àquela transcrita acima: *“Por conseguinte, todo homem, ao consentir com outros em formar um único corpo político sob um governo único, assume a obrigação, perante todos os membros dessa sociedade, de submeter-se a determinação da **maioria** e acatar a decisão desta. Do contrário, esse **pacto original** (...) não teria nenhum significado (...)*³¹³”.

Waldron pretende consagrar a legislação como fonte digna do direito e, assim, procura dar resposta à crítica comum que se tem feito à legislação majoritária (aprovada segundo a regra da maioria) que a acusa de ser arbitrária, uma mera soma de números, uma pura determinação estatística. Em geral, essa crítica é feita pelos defensores do *judicial review* que, para tanto, buscam denegrir a imagem da legislação ou do próprio Poder Legislativo. Seria péssimo, segundo a visão desses críticos, que questões tão relevantes para a vida da comunidade sejam decididas meramente por meio da contagem de cabeças. Por esse argumento querem excluir do parlamento a deliberação sobre princípios (direitos fundamentais).

Waldron inicia sua resposta com a afirmação de o método de tomada de decisão segundo a regra da maioria é tão antigo quanto a democracia ateniense e, mais, ele é aplicado pelas próprias cortes ao decidirem questões envolvendo direitos fundamentais. Ele cita, então, inúmeras decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos cujo placar final foi de cinco votos contra quatro. Se houver qualquer arbitrariedade em uma decisão majoritária legislativa, ela deve estar presente também nas decisões da Suprema Corte, de modo a viciar quase todo o direito constitucional norte-americano. Ele enfatiza, portanto, que a diferença entre a legislação e a decisão da Corte é de representação, não de método decisório³¹⁴.

³¹³ LOCKE, John. Dois Tratados Sobre o Governo: Livro II: Segundo Tratado. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 470.

³¹⁴ MENDES, Conrado H.. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 91-92.

Mas a principal defesa que se pode fazer da regra da maioria contra as críticas fundadas na arbitrariedade vale para as decisões das cortes, assim como para as dos parlamentos: o consentimento de que fala Locke não é físico ou de qualquer outro tipo, mas moral e relacionado à autorização para o agir coletivo de uma comunidade e à legitimidade dessa ação.

Desse modo, Waldron interpreta Locke de modo a homenagear o procedimento. Isso quer dizer que a decisão segundo a regra da maioria não diz nada sobre a sua correção, senão apenas que a decisão, se adotada pela maioria, será legítima em relação às questões para as quais o consentimento é relevante. O respeito a uma decisão majoritária não está relacionado a nenhuma reivindicação de maior sabedoria das multidões, como querem os críticos, mas a sua legitimidade.

A regra da maioria leva em conta que a forma mais equitativa para se proceder em situações de desacordo é a decisão majoritária³¹⁵, tomada a partir de propostas dos próprios indivíduos, criadores e destinatários dessa mesma decisão. A interpretação da física do consentimento em Locke, portanto, também não pode ser agregativa. Ela deve estar relacionada ao “*reconhecimento do ‘status’ de cada cidadão como igual*”³¹⁶, de modo que possam participar da decisão equitativamente e, por meio do exercício dos seus respectivos direitos de participação, conferir legitimidade à decisão.

A legitimidade da decisão não pode depender de seu resultado, como pretende Dworkin, mas do procedimento por meio do qual se alcança o resultado. As respostas certas jamais poderão ser garantidas, mas, com sorte, pode-se garantir o direito de participação equitativo a todos, por meio de seus representantes eleitos. Os indivíduos não pretendem abrir mão de seus respectivos direitos de deliberar sobre quais direitos têm: esse é o significado de se afirmar, como o fez Waldron, que a participação é o direito dos direitos. Ele não está a propor algo hierarquizante, mas apenas inserindo-os em uma ordem adequada ao seu raciocínio³¹⁷.

³¹⁵ WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 190.

³¹⁶ MENDES, Conrado H.. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 98.

³¹⁷ WALDRON, Jeremy. *O Judicial Review e as Condições da Democracia*. In: *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 243-270, pp. 251-266.

Em sua melhor forma, portanto, Waldron considera, por todas as razões expendidas acima, os parlamentos melhores que as cortes para solucionar situações em que se fazem presentes desacordos morais razoáveis. Eles resistem a soluções racionais (ao contrário do que propõe Dworkin), são realidades mais divididas do que o mero pluralismo político e as sociedades modernas convivem, inevitavelmente, com essa situação³¹⁸.

Assim, excluir da deliberação parlamentar esses desacordos apenas revela uma atitude elitista e antidemocrática, na medida em que impede a participação ampla da população no debate por meio de seus representantes eleitos. Além disso, a deliberação parlamentar é mais aberta, transparente e com menos tecnicismos, o que implicaria maior inteligibilidade da discussão por parte dos maiores interessados. Os legisladores, portanto, não poderiam ser excluídos de deliberações sobre questões que envolvem grandes desacordos morais razoáveis, tais como o aborto, as pesquisas com células-tronco, entre outras.

Diante dessas questões, Waldron afirma que quando o direito está submetido constantemente ao controle judicial de constitucionalidade os direitos fundamentais estão antes em risco do que protegidos³¹⁹. Galvão assim resume o pensamento de Waldron:

Isto porque nesse tipo de sistema judicial, em matéria de fundamental importância para os cidadãos, as decisões finais cabem aos tribunais, órgãos não representativos e sem credenciais democráticas. Desse modo (...) em uma sociedade que realmente leva seus direitos a sério, existe bastante espaço para um desacordo moral honesto e de boa-fé entre os cidadãos a respeito de seus direitos fundamentais. Tais tópicos são normalmente complexos e controversos, e o consenso entre os filósofos consiste em não haver respostas definitivas para estas matérias. Assim, tendo em vista ser necessário eleger um procedimento para decidir estes casos, o processo democrático seria preferível. Ambos os Parlamentos e as Cortes decidem essas matérias por meio do voto majoritário de seus membros e ambos podem tomar decisões consideradas ruins pela opinião pública³²⁰.

³¹⁸ BESSON, Samantha. *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*. Oxford: Hart publishing, 2005, p. 1.

³¹⁹ WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*. N. 1, 1993, p. 13.

³²⁰ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. In: *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. Coordenação de José Levi Mello do Amaral Júnior. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 148.

Waldron leva a sério os desacordos morais razoáveis. Os considera um fato e parece ter razão. Ele não concorda com Dworkin, por óbvio, e pensa que ele confunde uma teoria dos direitos com uma teoria da autoridade sobre quem deve decidir sobre os direitos: Dworkin aponta as Cortes como o foro do princípio. Para Waldron, essa posição apenas esconde desacordos essenciais e os leva para o interior da Suprema Corte, por exemplo. E é fato: os juízes também divergem sobre essas questões controvertidas, basta um lançar de olhos sobre a quantidade de decisões por 5x4 que são tomadas na Corte.

Se a regra da maioria vale para as decisões das Cortes não deveria ser criticada quando aplicada ao Parlamento, trata-se de um mecanismo justo de organização procedimental. Por fim, Waldron entende que os desacordos morais razoáveis são muito complexos e multifacetários para serem resolvidos pela lógica binária do certo-errado³²¹ das decisões judiciais. Ele desconfia da constitucionalização dos direitos, sobretudo quando somada à revisão judicial, alegando a perda da autonomia individual e da responsabilidade moral dos indivíduos, que seriam condições para o exercício dos direitos. O controle judicial de constitucionalidade, como exercido, levaria à diminuição dos indivíduos como atores políticos e morais responsáveis por resguardarem seus próprios direitos, por meio daquele que é o direito dos direitos: o de participação democrática.

³²¹ FULLER, Lon. The Forms and Limits of Adjudication. Harvard Law Review, nº. 92, p. 353 (1940).

TERCEIRA PARTE

CAPÍTULO 5 – DIÁLOGO INSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO

No fim do capítulo anterior foi examinada a forte contestação que algumas correntes do meio acadêmico jurídico e político apresentam à ideia de supremacia judicial. As correntes defensoras da supremacia judicial remontam à Marshall e a célebre decisão que redigiu para o caso *Marbury v. Madison*, em que se expõe que a noção de que a constituição é a norma superior de dado ordenamento jurídico, que está acima da política ordinária e que para que se conserve assim demanda a proteção de um guardião: em geral, o poder judiciário e, em especial, uma Suprema Corte.

Essa noção foi, conforme mencionado, fortemente combatida por alguns teóricos. Larry Kramer defende a corrente do constitucionalismo popular, advogando um alargamento do sentido de interpretação da constituição para que o próprio povo participe do processo interpretativo³²²; o próprio Thomas Jefferson é considerado o precursor da corrente conhecida como departamentalismo, que procura distribuir a prerrogativa de interpretar a constituição entre os diversos poderes do Estado e, assim, minimizar as chances de erupção de um *judiciário imperial*; Mark Tushnet, que pode ser incluído em várias correntes, desde o constitucionalismo popular, passando por uma posição abolicionista do *judicial review*, na qual apresentou, em livro, uma proposta de emenda constitucional para pôr fim à instituição do controle judicial de constitucionalidade³²³, à defesa de uma forma fraca de controle de constitucionalidade, que se beneficiaria de algumas premissas dialógicas³²⁴.

Ainda no capítulo anterior foi estudada a posição de Jeremy Waldron. O autor faz severas críticas à instituição do *judicial review*, em especial do ponto de vista democrático.

³²² KRAMER, Larry D.. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

³²³ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999., pp. 175-176.

³²⁴ TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights – judicial review and social welfare rights on comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

Em diversos textos Waldron trabalha as dificuldades de se justificar a revisão judicial, procurando enfatizar a necessidade de a teoria jurídica alavancar o estudo dos parlamentos e de suas relevantes atribuições, inclusive no que concerne à atividade de interpretar a constituição. Apesar de Waldron admitir a relevância, em determinadas hipóteses, da revisão judicial³²⁵, certamente o autor neozelandês não é um entusiasta da prática e, assim, também opõe-se ao monopólio do judiciário quanto à interpretação da constituição, bem como à supremacia judicial.

É interessante notar que entre os autores que defendem o *judicial review* há uma grande preocupação com a chamada *dificuldade contramajoritária*. Bickel, o criador da expressão, Ely, Ackerman, Sunstein, todos eles, afirmam a necessidade da existência do controle judicial, mas se mostram preocupados em justificá-lo ante o seu viés contramajoritário, uma vez que a invalidação da leis aprovadas por uma maioria parlamentar seria uma função ofensiva à democracia. Ronald Dworkin também não foge ao tema da *dificuldade contramajoritária*, mas o aborda à sua moda e procura dissolvê-lo a partir da construção de sua concepção constitucional de democracia, conforme visto no terceiro capítulo desse trabalho.

Tendo em mira essa preocupação e no ensejo de de críticas à atuação da Suprema Corte norte-americana começam a surgir novas propostas de conformação do instituto do *judicial review*. O Canadá, país cuja tradição jurídica e política está ligada à Inglaterra, convivia com o princípio da supremacia do parlamento, todavia, por ocasião das discussões para a implementação de sua Carta de Direitos, acabou optando por fazer a previsão de um tipo de controle judicial de constitucionalidade singular. As notas características do sistema canadense são: sistema do *common law*, somado a uma tradição de soberania do parlamento, com recente introdução do *judicial review*, mitigado por uma cláusula que permite que o legislativo supere a decisão judicial.

³²⁵ WALDRON, Jeremy. O *Judicial Review* e as Condições da Democracia. In: Limites do Controle de Constitucionalidade. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 243-270.

Esse novo sistema de controle judicial de constitucionalidade, sobretudo em virtude da adoção da chamada cláusula *notwithstanding*, foi considerado por Hogg e Bushell³²⁶ como caracterizador de um modelo dialógico de *judicial review*, em razão de a referida cláusula permitir essa resposta legislativa à decisão da Suprema Corte. Para os autores que definiram esse sistema criador de um diálogo institucional sobre o sentido da Constituição, o novo modelo ajudaria a dissolver a *difficuldade contramajoritária*, conforme se passa a examinar.

Tudo isso foi visto e no capítulo imediatamente anterior foram analisadas algumas objeções à supremacia judicial, isto é, à ideia de que a Suprema Corte deve ter a última palavra sobre a interpretação da Constituição. Não sou poucos os teóricos que se posicionam contrariamente à tese da supremacia judicial. Eles são muitos e suas teorias são relevantes e bem fundamentadas.

Diante dessas objeções ao papel das Cortes, em especial da Suprema Corte como detentora da última palavra sobre o significado da Constituição, surge com alguma naturalidade a ideia de diálogo institucional.

5.1. A institucionalização do diálogo entre os poderes Legislativo e Judiciário no Canadá

Ao referir-se ao problema da supremacia judicial (ele a considera um problema), Kramer relata episódios que revelam que a pressão política muitas vezes foi suficiente para controlar os eventuais excessos da Suprema Corte, ou seja, para limitar a supremacia judicial ou até mesmo para a impedir em determinados momentos da história³²⁷. Pode ser que a institucionalização do diálogo institucional, com a previsão normativa da possibilidade de superação de uma decisão da suprema corte pelo poder legislativo signifique uma forma de constranger previamente o poder do judiciário em seu exercício dessa nova atribuição.

Um dos poucos exemplos de institucionalização do diálogo entre os poderes judiciário e Legislativo sobre a interpretação da Constituição é o caso do Canadá. Oriundo da tradição

³²⁶ HOGG, Peter W. & BUSHELL, Alison A.. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). In: Osgoode Hall L. J., 35, 1997.

³²⁷ KRAMER, Larry D.. The people themselves: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004. Vide capítulo 4 deste trabalho.

inglesa do *common law* e, portanto, observador do princípio da soberania do parlamento, o Canadá, assim como o Reino Unido, não adotava fórmula alguma de revisão judicial da legislação. O Canadá contava com uma declaração de direitos de 1960 (*statutory bill of rights*) que possuía estatura infraconstitucional. Esse *status* da declaração de direitos, somado a um judiciário habituado a conviver sob o regime de soberania do parlamento, tornava a *statutory bill of rights* pouco efetiva.

A Carta de Direitos e Liberdades do Canadá elevou tanto os direitos fundamentais ao plano constitucional como o poder judiciário ao patamar dos demais poderes. Muitos debates foram travados por ocasião da aprovação da *Carta* e tantos outros depois dela. Essas medidas representaram a vitória dos que pensavam ser a proteção de direitos essencial a uma democracia³²⁸, mas ainda assim a inclusão da seção (1), conhecida como *limitation clause*, deixa clara a possibilidade de restrição legislativa a esses direitos: “*1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*”.

Essa seção (1) da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá afigura-se bastante interessante, sobretudo ao analista acostumado à apologia retórica dos direitos fundamentais como trunfos, tal como ocorre na acepção de Dworkin. Os canadenses no mesmo documento por meio do qual elevavam a *status* constitucional os direitos fundamentais, cuidavam de fazer a previsão expressa da possibilidade de sua limitação pelo legislador. Hiebert informa que a previsão de uma disposição como essa logo no início da *Carta* foi benéfica na medida em que conduziu a um debate mais transparente sobre as justificativas e os méritos das escolhas políticas, em especial quando impliquem restrições a direitos, as quais devem ser rigorosamente justificadas. Desse modo, a seção (1) também colaborou com a ideia de diálogo e debate institucional³²⁹.

Com a aprovação de sua Carta de Direitos, em 1982, o Canadá passou a contar com o instituto do controle judicial de constitucionalidade. O receio de instituir um modelo de

³²⁸ MENDES, Conrado H.. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011.

³²⁹ HIEBERT, Janet. Limiting rights: the dilemma of *judicial review*. Québec: McGill-Queens University Press, 1996, p. 153.

controle que gerasse a criticada supremacia judicial e a preocupação com a *difficuldade contramajoritária* fizeram com que os canadenses não reproduzissem o modelo norte-americano de *judicial review*, o que poderia ter sido um caminho natural ante a proximidade dos países. Eles, então, buscaram uma construção própria, que levasse em consideração a história institucional do país e que acomodasse suas necessidades e evitasse os problemas que conseguiam antever. Foi instituído um modelo que evitava um monólogo judicial sobre a constituição, nos moldes norte-americanos³³⁰, e viabilizava o diálogo entre a corte e o parlamento, com a possibilidade de superação da decisão judicial por parte do Legislativo³³¹.

Esse *diálogo* foi inserido por meio da cláusula não obstante (*notwithstanding clause* ou *override clause*), que está assim prevista na Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdade do Canadá (*Constitutional Act*, 1982 – *Canadian Charter of Rights and Freedoms*):

Exception where express declaration

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

Operation of exception

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

Five year limitation

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

Re-enactment

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a

³³⁰ GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. In: American Journal of Comparative Law. Vol. 49, n. 4, 2001, p. 23.

³³¹ Sobre o tema ver: WALUCHOW, W. J.. A common law theory of judicial review: the living tree. Cambridge: Cambridge University Press, 2007; MENDES, Conrado H.. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011; CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira. Porto Alegre: Sergio fabris, 2008; MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Estado Democrático de Direito e correção legislativa da jurisprudência. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, n. 73, out.-dez., 2010, pp. 160-191; WEBBER, Jeremy. *Institutional Dialogue between Courts and Legislatures in the Definition of Fundamental Rights: Lessons from Canada (and elsewhere)*. In: SADURSKI, Wojciech (org.), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*. Den Haag: Kluwer, 2002: 61-99.

declaration made under subsection (1).

Five year limitation

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

Depreende-se da transcrição que essa cláusula permite a superação legislativa da decisão da Suprema Corte do Canadá por meio da reedição da lei declarada inconstitucional, face à seção 2 e às seções 7 a 15, todas elas compreendendo matérias concernentes a direitos fundamentais (liberdades fundamentais, garantias processuais penais e direitos relacionados à igualdade). Dessa forma, pode-se evitar a supremacia judicial, pois o parlamento tem a prerrogativa de tornar a lei revisora de uma decisão judicial imune ao controle de constitucionalidade por 5 (cinco) anos, prazo que pode ser prorrogado pelas legislaturas seguintes.

Apesar de as disposições referidas serem de 1982, somente em 1997 um artigo jurídico despertou de uma vez por todas as atenções do mundo acadêmico para o modelo de controle de constitucionalidade canadense como instituidor de um efetivo diálogo entre corte e parlamento. Hogg e Bushell escreveram esse artigo com a intenção de demonstrar que a instituição do *judicial review* pode não ter sido uma má escolha, tendo em vista a concepção predominante no Canadá no sentido de que a prática geraria uma forma de supremacia judicial incompatível com sociedades democráticas³³². Os canadenses temiam que acontecesse lá o que o governador de Nova Iorque, Charle Hughes, afirmava ocorrer nos Estados Unidos: “*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*”³³³.

O artigo faz um levantamento empírico dos casos em que a corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei ou de dispositivo de lei e em seguida procura descobrir se houve resposta legislativa a tais casos. O estudo cobre um período de cerca de 15 anos, que vai da edição da Carta de Direitos, em 1982, à publicação do artigo em, 1997. Deve-se atentar para o fato de que no início a atividade da corte, em geral, é menos profícua no que tange às

³³² HOGG, Peter W. & BUSHELL, Alison A.. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). In: Osgoode Hall L. J., 35, 1997, pp. 76-77.

³³³ Fala atribuída ao governador Hughes, de Nova Iorque, que logo após veio a ser nomeado Chief Justice da Suprema Corte dos Estados Unidos.

declarações de inconstitucionalidade³³⁴, uma vez que um período de adaptação às novas competências é natural.

Por meio da referida pesquisa empírica os autores chegaram a algumas conclusões bastante relevantes. Após as declarações de inconstitucionalidade, na maior parte das vezes o parlamento respondeu à decisão da corte por meio daquilo que chamaram de *sequência legislativa*. Essa *legislative sequel* não é necessariamente a utilização da seção (33) da *Carta*, mas alguma resposta do parlamento à decisão do judiciário. Nesse sentido, a resposta pode ser a aprovação de uma nova lei que encampe as objeções feitas pela corte e restabeleça a política pública almejada por outra via; pode também ser uma clara aquiescência do legislativo relativamente à decisão da corte, uma vez que os autores afirmam que do diálogo logicamente pode advir um acordo, entre outras hipóteses. A exigência que fazem quanto à consideração da concordância do parlamento como fruto do diálogo é apenas que a resposta seja uma reação consciente nesse sentido.

Além disso, a pesquisa informa que em regra as respostas legislativas foram imediatas; que os legisladores procuraram aproximação aos termos utilizados pela *Carta*, o que parece ficar evidenciado porquanto essas respostas muitas vezes venham antecedidas de preâmbulos justificativos; e que o diálogo foi estimulado mesmo quando a corte não declarou a inconstitucionalidade da lei examinada. Neste último caso os debates havidos no judiciário tiveram o condão de despertar os legisladores para problemas encontrados nas leis, de modo que, algumas vezes, eles agiram para as alterar e superá-los³³⁵. Concluíram que a regra é o diálogo.

O importante na conclusão de Hogg e Bushell é que eles tentaram comprovar que o *judicial review*, nos termos em que exercido no Canadá, não significa uma barreira à atividade legislativa e à vontade da maioria, mas o início de um processo dialógico entre as instituições encarregadas de interpretar a *Carta* e de promoverem as políticas públicas que irão implementar os direitos que dela constam. Para os autores a decisão judicial teve o condão de

³³⁴ HOGG, Peter W. & BUSHELL, Alison A.. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All), In: Osgoode Hall L. J., 35, 1997, pp. 96 e s.

³³⁵ HOGG, Peter W. & BUSHELL, Alison A.. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). In: Osgoode Hall L. J., 35, 1997, pp. 101-04-

conclamar o legislativo a um debate qualificado e público³³⁶ sem, no entanto, vinculá-lo às suas interpretações, uma vez que a seção (33) da Carta possibilita que o parlamento supere a decisão judicial.

O artigo teve enorme repercussão no ambiente jurídico canadense. Foi muito citado pelos próprios juízes da suprema corte em suas decisões e bastante reverberado na academia. Sofreu inúmeras críticas. Mathen, por exemplo, afirma que o termo *diálogo* foi mal empregado pelos autores, pois passa uma interpretação benigna da prática, quando os fatos não levam a essa conclusão. Para ela, os autores procuram claramente formas de legitimar o *judicial review* e, assim, dizer que ele estimula o diálogo entre os poderes e que, ao fim e ao cabo, o legislativo sempre poderá lançar mão da seção (33) e superar o entendimento do judiciário, serve ao propósito dos autores, mas não retrata fielmente a realidade³³⁷.

Desse modo, para Carissima Mathen a utilização do termo *diálogo* tem por objetivo adoçar o instituto do *judicial review* tornando-o mais palatável aos seus opositores, mas como a seção (33) em verdade é pouquíssimo invocada pelo legislativo, o que se tem é uma preponderância inequívoca do judiciário nessa relação. Em sua crítica aos argumentos de Hogg e Bushell, faz a seguinte acusação: “*Empirical evidence of legislative responses to Supreme Court ‘Charter’ decisions works to soften the impact of constitutional supremacy on legislative power when that supremacy is enforced by the judicial branch*”³³⁸.

Kent Roach, ao contrário de Mathen, procurou fornecer suportes teóricos mais robustos à tese do diálogo institucional de Hogg e Bushell. Para ele o foco deve estar no aumento dos índices de democracia do sistema como um todo e, nesse sentido, o fato simples de as decisões judiciais de inconstitucionalidades convidarem o legislativo a um diálogo ou à reflexão sobre o tema já é muito positivo. Roach afirma que os novos dispositivos da *Carta* devem ser interpretados de forma a evitar qualquer tipo de supremacia, judicial ou legislativa; em seu

³³⁶ HOGG, Peter W. & BUSHELL, Alison A.. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All), In: Osgoode Hall L. J., 35, 1997, p. 97.

³³⁷ MATHEN, Carissima. Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on “Charter Dialogue Revisited”. In: Osgoode Hall L. J., Vol. 45, n. 1, 2007.

³³⁸ MATHEN, Carissima. Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on “Charter Dialogue Revisited”. In: Osgoode Hall L. J., Vol. 45, n. 1, 2007, p. 131.

entendimento, o debate deve permitir uma atuação em equipe dos poderes, na qual um compensa as fraquezas (a miopia) do outro³³⁹.

Roach procura lembrar que não há resposta certa, em que contraria a tese de Dworkin, e ainda que ela existisse a teoria do diálogo institucional não está apta a fornecê-la tampouco a isso se propõe. O que o diálogo tem o condão de fazer é tornar o debate sobre questões constitucionais sérias mais amplo, aberto, transparente, autoconsciente e crítico e, por essas razões, ele pode reforçar o potencial democrático do sistema como um todo. Roach afirma preferir, em dúvidas, o diálogo franco a qualquer monólogo, seja ele oriundo da supremacia judicial, seja o antigo da soberania do parlamento. E quanto às suspeitas de que a introdução do judicial review possa levar ao ativismo judicial, responde que sua maior preocupação é com a democracia e que, havendo ativismo judicial, deve ele ser respondido com ativismo legislativo:

The answer to unacceptable judicial activism under a modern bill of rights is legislative activism and the assertion of democratic responsibility for limiting or overriding the Court's decisions (...) Modern bills of rights and their robust judicial enforcement allow governments to be put on trial (...) But the Court is also on trial (...) In the end, all of us are on trial for how we exercise the powers of self-government. That is the burden and the privilege of democracy³⁴⁰.

A contundente defesa da teoria do diálogo proposta por Roach não foi suficiente para evitar que seus críticos fizessem coro. Uma crítica comum centra-se na ideia de que a aceitação da decisão da corte pelo parlamento não pode ser entendida como diálogo e, portanto, o fenômeno que a pesquisa empírica realizada por Hogg e Bushell procurou desvendar é bem menor e menos relevante do que aquele que a conclusão dos autores leva a crer³⁴¹. Essa crítica afirma que se o legislador aceita a decisão judicial não há diálogo, mas subordinação; e, nesse sentido, ocorre uma distorção da política pública inicialmente

³³⁹ ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Irwin Law, 2001, pp. 236, 251 e 295.

³⁴⁰ ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Irwin Law, 2001, p. 296.

³⁴¹ MANFREDI, Christopher e KELLY, James. *Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell*. In: *Osgoode Hall Law Journal*. Vol. 37, n. 3, 1999.

empreendida e, por conseguinte, uma debilitação da democracia por conta da intervenção do judiciário³⁴².

Outros autores levam adiante as críticas ao texto de Hogg e Bushell. Morton afirma que a oposição entre minoria e maioria típica da retórica que envolve o *judicial review* é falsa. O argumenta (e parece ter alguma razão nesse ponto ainda pouco explorado) que na maior parte das disputas sobre direitos nas democracias a grande massa da população permanece desorganizada e à margem do debate, e o conflito dá-se entre duas minorias organizadas. Ante essa constatação, sua crítica informa que a decisão judicial apenas tem o condão de inverter o status quo, prestigiando a minoria derrotada no parlamento em detrimento daquela que se organizou para formar a maioria que se fez valer no legislativo.

Por essas razões, Knopff afirma que a lógica binária das decisões judiciais³⁴³ tende a gerar a sensação de vitoriosos e derrotados, levando a uma maior polarização entre os extremos³⁴⁴, sob uma falsa aparência de neutralidade. O judiciário, nessa lógica, não poderia jamais evitar a ditadura da maioria. A decisão oriunda do processo legislativo, para ele, seria a recomendável em razão de sua maior capacidade de conciliação de interesses e de encontrar a moderação e estabelecer compromissos³⁴⁵.

Andrew Petter também critica os argumentos de Hogg e Bushell e as teorias dialógicas em geral. Segundo Petter há um claro exagero por parte dessas teorias acerca da capacidade do parlamento de responder às decisões judiciais; por outro lado, subestima-se a diferença entre as situações da corte e do parlamento nessa tentativa de diálogo, o que é absolutamente impróprio – e ele tem razão –, pois enquanto a corte manifesta-se por meio da retórica de

³⁴² TUSHNET, Mark. Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Counter-Majoritarian Difficulty. In: Michigan Law review. Vol. 94, 1995. Com críticas nesse mesmo sentido, ver também: MANFREDI, Christopher e KELLY, James. Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell. In: Osgoode Hall Law Journal. Vol. 37, n. 3, 1999; e MENDES, Conrado H.. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁴³ FULLER, Lon. The Forms and Limits of Adjudication. In: Harvard Law Review, nº. 92, p. 353 (1940).

³⁴⁴ Ver: SUNSTEIN, Cass R.. Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide. New York: Oxford University Press, 2009.

³⁴⁵ KNOPFF, Rainer. Courts Don't Make Good Compromises. In: Policy Options. April, 1999, p. 34 e s.

proteção aos direitos fundamentais e como limitadora de posturas abusivas do legislativo, este precisa expressar-se para limitar direitos³⁴⁶.

De todo modo, os debates sobre direitos são pobres e, para Petter, melhor seria trabalhar para reforçar as potencialidades do parlamento (nesse ponto ele está de acordo com as ideias de Waldron, estudadas no capítulo anterior) do que criar novos constrangimentos às suas ações. Vale a transcrição de trecho significativo sobre o tema:

I am not suggesting that there is not cause for despair about the current state of Canadian democracy. On the contrary, it seems to me that our parliamentary structures are horribly unrepresentative of, and accountable to, the citizens they are supposed to serve. But subjecting one democratic institution to review by another does not make either less so. And celebrating the interaction of the two as a 'democratic dialogue' trivializes democracy³⁴⁷

Waldron faz uma importante observação sobre o modelo de diálogo institucional canadense. A cláusula *notwithstanding*, como fica claro em função de seu nome, não trata igualmente os poderes judicial e legislativo quanto à interpretação da constituição. A permissão de superação legislativa da seção (33) da *Carta* expressamente afirma que o parlamento poderá legislar não obstante o esteja fazendo em contrariedade aos direitos previstos na *Carta*, tal como interpretados pelo judiciário. Evidentemente, a *Carta* está a autorizar o parlamento a conceder à lei declarada inconstitucional pelo judiciário uma sobrevida, o que é bastante diferente de conferir ao parlamento a atribuição de interpretar a constituição em pé de igualdade com a corte. O ônus imposto ao legislativo até mesmo pela linguagem utilizada pela *Carta* é óbvio. Por essa razão, somada ao fato de que a cláusula é raramente invocada pelo legislativo, Waldron inclui o controle judicial de constitucionalidade canadenses no rol das formas fortes de *judicial review*³⁴⁸.

³⁴⁶ PETTER, Andrew. Twenty Years of Charter Justification: From Liberal Legalism to Dubious Dialogue. In: U. N. B. L. J.. Vol. 52, 2003, p. 196.

³⁴⁷ PETTER, Andrew. Twenty Years of Charter Justification: From Liberal Legalism to Dubious Dialogue. In: U. N. B. L. J.. Vol. 52, 2003, p. 198.

³⁴⁸ WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao *Judicial Review*. Tradução de Adauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 102.

Essas colocações (à exceção da observação de Waldron, que não se dirigia ao atigo em exame) denotam a força das críticas dirigidas ao texto de Hogg e Bushell. Eles tiveram a oportunidade de responder aos críticos em 2007, após dez anos da publicação do primeiro artigo. Nessa nova ocasião eles disseram que as críticas foram exageradas em razão da utilização da *metáfora do diálogo*, mas que não se opõem ao uso de outro termo que possa expressar a mesma ideia (claro que àquela altura a *metáfora do diálogo* já havia ganhado vida própria). As decisões judiciais, conforme expôs Bateup, fazem parte de um diálogo mais construtivo e igualitário entre os poderes acerca da melhor equalização entre direitos fundamentais e outros interesses³⁴⁹. Informam, ainda, que novas pesquisas empíricas demnstram a sobrevivência das *sequências legislativas*, de forma que a noção de diálogo parece ter contaminado, no bom sentido, as práticas institucionais canadenses³⁵⁰.

Com a passagem dos dez anos desde a publicação do primeiro artigo e as críticas que receberam puderam verificar o fenômeno do *second look cases*, isto é, casos em que a corte declara a inconstitucionalidade de lei editada pelo parlamento e este responde (espécie de réplica) promulgando nova lei de teor similar, que também é objeto de impugnação, fazendo com que a corte precise pronunciar-se também sobre ela (espécie de tréplica). No primeiro artigo os autores afirmavam que a corte não detinha a última palavra sobre a interpretação da constituição, ante a cláusula da seção (33) da *Carta*. Agora, a partir dos episódios de *second look cases*, os juízes da Suprema Corte canadense dividiram-se: uns adotaram postura de deferência à resposta legislativa, utilizando inclusive a noção de diálogo; e outros resitiram sob o argumento de que diálogo não significa renúncia de competência e que a reiteração de atos viciados não os tornará hígidos³⁵¹.

Após essa nova avaliação os autores passaram a entender que uma *construção coordenada* de posições pode gerar anarquia interpretativa e, portanto, defendem que o judiciário deva ter a última palavra a respeito da constituição, todavia, informam que a seção (33) da Carta faz com que o legislativo sempre possa responder, mesmo quando não devesse.

³⁴⁹ BATEUP, Christine A.. Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective. In: New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, 2006, p. 44.

³⁵⁰ HOGG, Peter W., BUSHELL, Alison A. e WRIGHT, Wade. Charter Dialogue Revisited – Or Much Ado About Metaphors. In: Osgoode Hall Law Journal. Vol. 45, n. 1, 2007, p. 44.

³⁵¹ HOGG, Peter W., BUSHELL, Alison A. e WRIGHT, Wade. Charter Dialogue Revisited – Or Much Ado About Metaphors. In: Osgoode Hall Law Journal. Vol. 45, n. 1, 2007, pp. 22-23.

Essa é uma posição explicada pelos autores do seguinte modo: do ponto de vista normativo a constituição tem seu significado dado pelo judiciário, porém, empiricamente, constata-se que o parlamento pode responder à interpretação da corte³⁵².

Por fim, os autores constataam que há efetivamente o diálogo, ainda que ele não seja tão profícuo quanto esperavam. Argumentam que de toda forma o diálogo tem a vantagem de muitas vezes retirar o legislativo de certa inércia e omissão quanto a debates constitucionais. Verificaram que o legislador é reativo e, assim, costuma responder às decisões da corte, o que faz com que possam manter uma de suas principais conclusões que é aquela que afasta ou minimiza bastante a *dificuldade contramajoritária* do *judicial review* no modelo diálogo canadense. E, por fim, conforme resume Mendes, “São entusiastas do diálogo, mas sem abandonar a noção de ‘última palavra’, que continuaria, constitucionalmente, com a corte, e, na prática, com o legislador³⁵³”.

5.2. A relativização dos mitos da dificuldade contramajoritária e da supremacia judicial

A experiência canadense revela que a institucionalização do diálogo gera canais de comunicação não antecipados pelos designers do modelo institucional. Ao responder a críticas de que no Canadá poucas foram as ocasiões em que houve revisão legislativa de decisões judiciais, Roach³⁵⁴ explica que a simples institucionalização do diálogo já foi capaz de criar vias de comunicação que permitem a adoção de soluções senão consensuais entre os poderes, pelo menos mais moderadas.

O capítulo 3 desse trabalho tratou da tensão existente entre constitucionalismo e democracia. Entre a necessidade de se proteger a supremacia da constituição e os direitos individuais em face de eventuais investidas das maiorias políticas de cada momento. Essa tensão coloca a Suprema Corte e o Congresso em rota de colisão quando materializada em decisões judiciais que invalidam leis aprovadas pelos representantes do povo. Alexander

³⁵² HOGG, Peter W., BUSHELL, Alison A. e WRIGHT, Wade. Charter Dialogue Revisited – Or Much Ado About Metaphors. In: Osgoode Hall Law Journal. Vol. 45, n. 1, 2007, pp. 45 e s.

³⁵³ MENDES, Conrado H.. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 158.

³⁵⁴ ROACH, Kent. The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue. Irwin Law, 2001.

Bickel denominou esse dilema por que passa a corte nessas ocasiões e, portanto, em boa parte de sua atuação de *dificuldade contramajoritária*, tendo em vista que um pequeno grupo de juízes não responsáveis politicamente tem o poder de invalidar o trabalho de uma assembleia representativa popular democrática. Esse é o momento de o trabalho revisitar essa questão.

5.2.1. A relativização da dificuldade contramajoritária no contexto norte-americano

Alexander Bickel publicou sua obra mais influente, *The Least Dangerous Branch*³⁵⁵, em 1962. Nela expôs o que entendia por *dificuldade contramajoritária* relacionada ao *judicial review*. Conforme visto no capítulo 3, a obra exerceu imensa influência em seu tempo e continua a fazê-lo, podendo-se dizer que pautou por um longo período os trabalhos e as discussões acadêmicas sobre o tema. No mesmo capítulo em que o livro foi discutido, o trabalho cuidou de outros autores que tentaram dar soluções ao problema levantado por Bickel, cada um à sua maneira.

Alguns anos antes da publicação do livro de Bickel, Robert Dahl havia publicado um artigo (em 1957) extremamente relevante e interessante que abordava a mesma questão. Enquanto Bickel, um jurista, procedia a uma reflexão moral e normativa sobre o *judicial review*; Dahl, um cientista político, fazia uma análise empírica, típica das ciências sociais, sobre o papel exercido pela Suprema Corte no sistema político norte-americano. Ele abre o seu texto com uma afirmação já bastante inusitada para a época em que foi escrita. Diz o autor que como uma instituição política, a Suprema Corte é bastante singular, porque não apenas os americanos não querem admitir que ela seja uma instituição política, como também não são capazes de negar que seja³⁵⁶.

Dahl define uma decisão política como sendo uma escolha entre alternativas a respeito das quais paira a incerteza por alguma razão. A incerteza sobre qual é a melhor escolha pode

³⁵⁵ BICKEL, Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed.. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

³⁵⁶ DAHL, Robert A.. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. In: *Journal of Public Law. Role of the Supreme Court Symposium*, n. 1, 1957, pp. 279-295, p. 279. O texto original é o seguinte: “*As a political institution, the Court is highly unusual, not least because Americans are not quite willing to accept the fact that it ‘is’ a political institution and not quite capable of denying it; so that frequently we take both positions at once*”.

ser decorrente da insuficiência de informação disponível sobre o assunto; da imprevisibilidade das consequências que poderão resultar de cada alternativa dada; da probabilidade de efetiva ocorrência das consequências que se consegue antecipar acerca de cada uma das escolhas disponíveis; da valoração das alternativas que estão sobre a mesa, dadas e medidas todas as variáveis anteriores. A decisão política é feita nesse tipo de ambiente.

Claro que o que se espera de uma decisão da Suprema Corte está longe do que descrito no parágrafo anterior, afirma Dahl. Uma corte deve decidir seus casos com base em critérios jurídicos, fundados em precedentes, leis e na constituição. Muitas vezes, todavia, uma instituição como a Suprema Corte precisa decidir questões para as quais o material jurídico disponível não é adequado ou suficiente. Dahl serve-se de passagem de um artigo publicado pelo *Justice Frankfurter* para ilustrar o seu ponto. Nela, o *associate justice* revela que tanto a constituição como as leis estão repletas de cláusulas amplas, princípios de textura aberta, cujas aplicações dependem de um julgamento (escolha, decisão) das autoridades competentes para tanto, incluída entre elas a Suprema Corte³⁵⁷.

Nesses casos, é muito comum que as alternativas disponíveis para a escolha de uma decisão envolvam severos e profundos desacordos³⁵⁸ na sociedade, como nos casos da segregação racial ou da necessidade de regulação da economia. Quando a Suprema Corte precisa enfrentar esses problemas, afirma Dahl, sua decisão será política. Para o autor, diga-se o que quiser, mas quando a corte precisa escolher entre alternativas controversas que envolvam a necessidade de ponderação sobre questões de valores e de fato, como a aceitabilidade social da decisão, ela não poderá deduzir essa decisão de precedentes, das leis ou da constituição. Sua decisão terá natureza política e a corte transformar-se-á em *national policy-maker* e é essa condição que lhe traz as dificuldades levantadas por Bickel, em um sistema político entendido como democrático³⁵⁹.

³⁵⁷ DAHL, Robert A.. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. In: Journal of Public Law. Role of the Supreme Court Symposium, n. 1, 1957, pp. 279-295, p. 280.

³⁵⁸ Note-se que para Robert Dahl não há dúvidas sobre a existência de casos em que o material jurídico disponível não fornece meios para definir a questão. Nesse ponto, portanto, ele se afasta das teses de Dworkin. Por outro lado, Dahl também julga ser claro que desacordos profundos sobre direitos encontrem-se na sociedade. Nesse ponto, ele se aproxima de Waldron.

³⁵⁹ DAHL, Robert A.. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. In: Journal of Public Law. Role of the Supreme Court Symposium, n. 1, 1957, pp. 279-295, pp. 280-281.

Dahl vai afirmar que quando a corte precisa adotar decisões políticas ela passa a fazer parte do sistema político e pode ser medida por seus critérios. Segundo eles, em todo conflito relevante – e são esses os que chegam a ser examinados pela Suprema Corte – uma decisão política resolve um conflito entre a maioria e uma minoria ou minorias; ou resolve uma disputa entre minorias. Diante desse quadro, Dahl conclui que a decisão (i) defenderá uma minoria contra a maioria; ou (ii) apoiará as preferências da maioria em oposição as de uma minoria; ou, ainda, (iii) se colocará em favor das preferências de uma minoria contra as de outra minoria³⁶⁰.

Como se sabe, a visão mais influente e abalizadora do papel da corte afirma que ela protege os direitos das minorias contra a maioria, que por vezes pode ser tirânica. Ocorre que após empreender análises históricas e empíricas sobre a atuação da Suprema Corte, Dahl conclui que ela não consegue sustentar durante muito tempo uma posição contra uma maioria política persistente (é o que aconteceu, por exemplo, com as medidas relativas ao *New Deal*). Para ele, portanto, a Corte, em algum tempo, acaba juntando-se à coalizão majoritária governante e exercendo papel de *policy-maker*. Assim, o papel contramajoritário da corte apenas persiste ou se mostra viável em face de majorias fracas: já mortas, transitórias, ou unidas durante uma semana em razão de políticas de menor importância³⁶¹.

A análise empírica feita realizada por Robert Dahl, em 1957, havia antecipado algumas das críticas que seriam feitas décadas depois à obra de Alexander Bickel. Dahl faz uma série de exames e um de seus achados é o de que em muitos casos, talvez na maior parte das disputas analisadas, o conflito dá-se entre minorias, ou seja, duas minorias organizadas disputam direitos para a classe que representam muitas vezes como se fossem de todos. No que concerne às relações entre maioria e minoria suas conclusões contrariam as de Bickel, uma vez que Dahl afirma que a Suprema Corte, empiricamente, não cumpre um papel contramajoritário.

A função da corte, no entanto, não é simples. Ela não é meramente mais um membro da coalizão governante, pois sua legitimidade singular de intérprete última e autorizada da

³⁶⁰ DAHL, Robert A.. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. In: Journal of Public Law. Role of the Supreme Court Symposium, n. 1, 1957, pp. 279-295, p. 282.

³⁶¹ DAHL, Robert A.. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. In: Journal of Public Law. Role of the Supreme Court Symposium, n. 1, 1957, pp. 279-295, p. 285-86.

constituição permite-lhe alguma discricionariedade dentro dos limites e diretrizes impostos pela aliança majoritária. Nesse sentido, a corte pode ser mais efetiva quando estão em jogo questões envolvendo governos locais ou maiorias transitórias; quando se trata de legislação nacional, seus poderes são bastante próximos daqueles dos demais atores políticos, como as comissões legislativas, consistindo na possibilidade de barganhar, sobretudo quanto ao *timing* dos julgamentos. Dificilmente se poderá definir a atividade da corte em termos de minoria-maioria e, para Dahl, uma de suas principais funções é a de conferir uma aura de legitimidade sobre o próprio funcionamento do regime democrático ordinário³⁶².

Conforme mencionado acima, o trabalho de Dahl não foi devidamente estimado entre os juristas na época de sua publicação, talvez por ser ele próprio um cientista social. A questão da *dificuldade contramajoritária* levantada por Bickel durante muito tempo dominou o cenário acadêmico. Mais recentemente, no entanto, Pildes informa que novas análises empíricas foram empreendidas estimuladas pelo artigo de Dahl³⁶³. E essas novas análises serviram-se de dados mais robustos, de técnicas mais apuradas e, com adaptações, tendem a confirmar as ideias de Dahl.

Mark Graber, por exemplo, após salientar que a atividade da Suprema Corte não pode ser medida levando-se em consideração apenas a tensão presente na dificuldade contramajoritária, afirma: “*With the important exception of the New Deal, whenever a prevailing national majority clearly supported a policy, the Supreme Court declared that policy constitutional*”³⁶⁴. Mark Rush, entre outros, também relativiza bastante o papel contramajoritário do *judicial review* e afirma que o judiciário é mais um ator no sistema político, que não ameaça o governo da maioria³⁶⁵.

Bassok publicou um artigo em que procura mostrar como o trabalho acadêmico impulsionado pelo texto de Dahl procurou dissolver a tese da *dificuldade contramajoritária*. A

³⁶² DAHL, Robert A.. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. In: Journal of Public Law. Role of the Supreme Court Symposium, n. 1, 1957, pp. 279-295, p. 293-295.

³⁶³ PILDES, Richard H.. Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution? In: New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 251, 2011, pp. 1-3.

³⁶⁴ GRABER, Mark A.. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. In: Studies in American Political development, 7, Spring, 1993, pp. 35-73, p. 71.

³⁶⁵ RUSH, Mark. Constitutional Dialogues and the Myth of Democratic Debilitation: Defusing the Counter-majoritarian Tension? Paper apresentado no encontro anual da Canadian Political Science Association, 1 June, 2010.

grande nova ferramenta utilizada pelos cientistas sociais para aferir o alinhamento da corte com as posições majoritárias é a pesquisa de opinião, mas não apenas ela³⁶⁶. As modernas técnicas utilizadas para medir a opinião pública sobre as questões mais candentes, em especial quando elas são submetidas ao descortino da Suprema Corte permitem que os pesquisadores verifiquem a aderência das decisões às correntes majoritárias de opinião.

As pesquisas empíricas têm sido as mais diversas, mas em geral, chegam a conclusão de que com o passar do tempo a corte vai se adaptando à opinião majoritária na sociedade. Barry Friedman chega a anotar: “*By the end of Rehnquist Court, it was widely acknowledge fact that the Court was mirroring public opinion (...) What history shows is assuredly not that Supreme Court decisions always are in line with popular opinion, but rather that they come into line with one another ‘over time’*”³⁶⁷. De forma que esses pesquisadores afirmam ser a Suprema Corte uma instituição majoritária.

Bassok, procura infirmar o argumento contramajoritário a partir de quatro mecanismos que reputa serem suficientes para a sua *dissolução*. O primeiro está relacionado à forma de indicação dos juízes da Suprema Corte (indicação presidencial com aprovação pelo Senado), que atualmente é capaz de gerar alguma responsividade do juiz nomeado para com a opinião pública que apoiou sua indicação, tendo em vista que os processos de confirmação de *justices* no Senado ganharam cores eleitorais; o segundo é denominado por Bassok de comportamento estratégico e *attitudinal change*: o comportamento estratégico levaria os juízes a evitarem um distanciamento maior da opinião pública em razão de saberem que a corte precisará de apoio público para que suas decisões sejam efetivas e a *attitudinal change* sugere que os juízes, em virtude da socialização política e de sua preocupação com as opiniões terminam, mesmo involuntariamente, convergindo às ideologias predominantes na opinião pública e entre seus representantes³⁶⁸.

O terceiro mecanismo é o que os americanos chamam de *public backlash*. Backlash é a intensa e persistente manifestação pública contra uma decisão judicial acompanhada de sérias

³⁶⁶ BASSOK, Or. The Two Countermajoritarian Difficulties. In: Saint Louis University Public Law Review. Vol. XXXI: 333, 2012.

³⁶⁷ FRIEDMAN, Barry. The Will of the People: How Public Opinion has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, pp. 364-65 e 382.

³⁶⁸ BASSOK, Or. The Two Countermajoritarian Difficulties. In: Saint Louis University Public Law Review. Vol. XXXI: 333, 2012. pp. 352-55.

tentativas de resistência ao seu cumprimento³⁶⁹. Os juízes mostram-se sensíveis a esse tipo de manifestação e dão lugar a um fenômeno correlato que Friedman denominou de *quiet equilibrium*, que seria a antecipação de um possível *backlash* pelos juízes fazendo-os alinharem previamente suas decisões à opinião pública predominante³⁷⁰; e o quarto é a consideração simplesmente da opinião pública como um argumento jurídico legítimo. Esse mecanismo dissolveria literalmente o argumento contramajoritário, pois colocaria a corte com os olhos voltados para o futuro, para onde vai a opinião pública em geral, e não para o passado, os precedentes judiciais e as tradições³⁷¹.

Esses mecanismos dissolveriam apenas a primeira dificuldade tradicionalmente relacionada ao papel contramajoritário da corte, que diz respeito à necessidade de que ela seja *responsiva*, ao longo do tempo, à opinião pública. Balkin afirma que “*What gives the system of judicial review its legitimacy, in other words, is its responsiveness – over the long run – to society’s competing views about what Constitution means*”³⁷². Mas ainda remanesce uma dificuldade, pois estar alinhado à opinião pública não é a mesma coisa de ser responsável politicamente perante o eleitorado. Os membros da corte permanecem não *accountable* nesse sentido. Seria preciso que houvesse alguma avaliação periódica, similar às eleições para que se pudesse dissolver essa dificuldade contramajoritária mais relacionada à responsabilidade perante o eleitorado³⁷³.

Por essa razão Bickel advogava a necessidade de a corte exercer o que ele denominou de *virtudes passivas* (ver o terceiro capítulo), as quais consistiriam em um poder de gerenciamento da agenda da corte para que ela não se deparasse frequentemente com casos que mobilizassem muito a opinião pública. A preocupação de Bickel era que a corte pudesse

³⁶⁹ SUNSTEIN, Cass R.. A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn’t Mean What it Meant Before. Princeton: Princeton University Press; 2009, p. 125.

³⁷⁰ FRIEDMAN, Barry. The Will of the People: How Public Opinion has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 376.

³⁷¹ BASSOK, Or. The Two Countermajoritarian Difficulties. In: Saint Louis University Public Law Review. Vol. XXXI: 333, 2012. pp. 357-58.

³⁷² BALKIN, Jack. Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 71.

³⁷³ BASSOK, Or. The Two Countermajoritarian Difficulties. In: Saint Louis University Public Law Review. Vol. XXXI: 333, 2012. pp. 358-62.

manter-se fiel aos princípios jurídicos e morais que ele julgava essenciais à atividade jurisdicional e, caso tivesse que decidir muitos casos polêmicos, isso seria difícil³⁷⁴.

Essa dificuldade viria da necessidade de a corte manter-se alinhada com a opinião pública. O fato de os juízes não contarem com a renovação de legitimidade representada pelas eleições periódicas fazia com que, para Bickel, eles tivessem que estar sempre atentos ao apoio que recebia da opinião pública – a única fonte de respaldo efetivo para as suas decisões. Bickel dizia que a corte tinha uma espécie de cota de decisões periódicas que podiam desagradar a opinião, e, por isso, o exercício das *virtudes passivas* é tão importante: para gerenciar bem essa cota e manter-se no equilíbrio necessário.

A corte estaria sempre dividida entre *principle* e *expediency*³⁷⁵ e precisa confiar em sua expertise para manter a confiança do público, uma vez que lhe faltam a bolsa e a espada³⁷⁶. Pode ser que a confiança advinha da crença do público em sua expertise, de modo que o exagero no alinhamento, sem princípios, pode significar que a instituição perdeu sua razão de ser. Para Bickel, esse era um dilema profundo e, nesse sentido, a *dificuldade contramajoritária* pode ser persistente³⁷⁷.

5.2.2. A relativização da dificuldade contramajoritária no Brasil

Antes de adentrarmos o exame do mérito de algumas discussões constitucionais, faz-se necessário realizar um levantamento das ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal para que se possa avaliar se há ou não, no Brasil, uma dificuldade contramajoritária enfrentada pela jurisdição constitucional. Nesse sentido, o levantamento que será utilizado leva em

³⁷⁴ BASSOK, Or. The Two Countermajoritarian Difficulties. In: Saint Louis University Public Law Review. Vol. XXXI: 333, 2012. pp. 364 e s.

³⁷⁵ BICKEL, Alexander M.. The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2 ed.. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

³⁷⁶ Ver: HAMILTON, Alexander. O Federalista n. 78. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. O Federalista. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2005, pp. 469-475.

³⁷⁷ Além dessa forma por meio da qual a dificuldade contramajoritária pode continuar surgindo vez ou outra, alguns autores colocam em dúvida a dissolução da dificuldade com base em pesquisas de opinião e dão exemplos de decisões da Suprema Corte que se afiguram claramente contramajoritárias. Como são pouquíssimos os exemplos recentes que eles conseguem fornecer, pode-se considerá-los dentro da *cota* referida por Bickel. Nesse sentido, ver: PILDES, Richard H.. Is the Supreme Court a 'Majoritarian' Institution? In: New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 251, 2011.

consideração apenas as ações de controle abstrato de normas (ADI, ADC e ADPF³⁷⁸), tendo em vista significarem o ponto mais relevante da atuação do tribunal em sua relação com o Congresso Nacional³⁷⁹, o que é o objeto desse trabalho.

A principal intenção subjacente à análise desses dados é verificar empiricamente, com um bom grau de segurança se atividade de controle de constitucionalidade exercida pelo Supremo Tribunal Federal tem um forte viés contramajoritário ou se, pelo contrário, a postura do tribunal é deferente à atuação do Congresso Nacional. A pesquisa cobrirá o período de 21 (vinte e um) anos que vai da promulgação da Constituição Federal de 1988 até o fim do ano de 2009. Nesse período foram protocolizadas e distribuídas no STF 4.574, entre ADIs, ADPFs e ADCs.

Nesse universo de 4.574 ações, 4.347 são ADIs, o que corresponde a 95,05% do total. Há 202 ADPFs (4,42% do total) e 25 ADCs (0,55% do total). Além de o objeto impugnável por meio de ADI ser mais amplo, ela está em pela operatividade há mais tempo. A ADPF somente foi regulamentada em 1999 e a ADC contava com um rol menor de legitimados ativos até a EC 45/2004, que uniformizou o referido rol para todas essas ações. Por essa razão, esperava-se o número de ADIs efetivamente bem maior³⁸⁰.

Desse total de 4.574 processos protocolizados desde o advento da Constituição de 1988 até o fim de 2009, o STF julgou (proferindo decisão final) 2.982 processos (65,19% do total). Sendo, dentro desse percentual, 65,61% das ADIs, 64% das ADCs e 56,44% das ADPFs. Do universo total de 4.574 ações de controle abstrato de normas³⁸¹ recebidas no período, apenas 857 tiveram por objeto normas federais emanadas do Congresso Nacional, que são o nosso objeto de estudo, e equivalem a 18,74% dos processos. As demais 81,26% das ações protocolizadas no período, isto é, 3.717 leis ou atos normativos impugnados, tiveram origem outra que não o Congresso Nacional.

³⁷⁸ Utilizarei as abreviações oficialmente reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

³⁷⁹ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?: Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Serão utilizados a pesquisa empírica e os dados levantados pela autora.

³⁸⁰ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?: Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 17-53.

³⁸¹ Para efeito desse levantamento não há necessidade de se distinguir entre as ADPFs que ensejam ou não o controle puramente abstrato de normas.

Nota-se, portanto, que mesmo que muitas ações sejam protocolizadas no Supremo Tribunal Federal, o número delas que impugna normas emanadas do Congresso nacional é relativamente pequeno, correspondendo a menos de um quinto do total. De posse desse dado, pode-se inferir que caso haja ativismo judicial por parte do STF ele não está relacionado à invalidação de leis federais. Pode-se afirmar também que o Congresso Nacional não parece ser responsável por legislação de má qualidade. Mas essas ainda são afirmações provisórias.

Se fizermos outra desagregação de dados, retirando as ADCs da conta, cuja quantidade revela-se insignificante, restando apenas 18,49% das ADIs e ADPFs ajuizadas impugnando normas provenientes do Poder Legislativo federal, enquanto as demais 81, 51% das ações têm por objeto normas de outras origens. Assim, do universo de 841 ADIs e ADPFs propostas entre 1988 e 2009 contra atos legislativos oriundos do Congresso Nacional, 503 ações, ou 59,81%, foram julgadas, enquanto 338, ou 40,19%, aguardam julgamento³⁸².

Considerando, então, apenas as 503 ADIs e ADPFs que receberam decisão final do STF (as cautelares foram descartadas), observa-se que algumas foram julgadas no mérito e outras indeferidas liminarmente ou havidas por prejudicadas, entre outras hipóteses. Agregadas as categorias de indeferimento sem julgamento do mérito (que englobam o indeferimento da inicial, o não conhecimento, a negativa de seguimento, as prejudicadas e a extinção do processo) soma-se 374 ações, o correspondente a 74,35% das decisões finais nos processos contra normas editadas pelo Congresso Nacional. Tem-se, portanto, que o STF apenas considerou que devesse julgar o mérito de 25,65% (um quarto) das ações que impugnavam leis federais.

Desse conjunto de 25,65% de decisões finais de mérito, 12,33% foram julgadas improcedentes (ou 62 ADIs); foram julgadas procedentes 6,96% das ações propostas contra normas oriundas do legislativo federal (ou 34 ADIs e 1 ADPF); e as demais 6,36% foram julgadas parcialmente procedentes (ou 32 ADIs)³⁸³. Considerando que as decisões que não adentram o mérito significam que a norma impugnada foi mantida, isto é, não foi declarada inconstitucional, pode-se somar esse universo às ações julgadas improcedentes e ter-se-á o

³⁸² POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?: Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 17-53.

³⁸³ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?: Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 25 e s.

produto de 86,68%. Significa dizer que das ações julgadas pelo STF sobre normas oriundas do Congresso Nacional, **86,68% das decisões confirmam a constitucionalidade das normas atacadas e, assim, o STF endossa a vontade majoritária expressa na norma aprovada.**

Constata-se que o número de normas editadas pelo Congresso Nacional que são declaradas inconstitucionais pelo STF é baixíssimo e que o tribunal se abstém de as declarar inconstitucionais em cerca de 90% dos casos. Isso revela uma postura deferente do STF com relação ao Congresso Nacional, com a consequente preservação da vontade majoritária, ao contrário do que alardeado. Os dados revelam, ainda, que a Corte faz uma boa triagem dos casos que vai julgar e que são fortes e em grandes quantidades as tentativas de judicialização dos conflitos por parte das entidades legitimadas a propor essas ações. Manoel Gonçalves Ferreira Filho alertava para esse provável excesso de judicialização ao verificar o formato da Constituição brasileira e sua prolixidade³⁸⁴.

O STF indefere liminarmente (utiliza-se aqui a expressão como gênero que engloba todas as decisões terminativas que não adentram o mérito das ações) cerca de 74,35% das ações que impugnam leis federais contra apenas 42,25% das demais ações, o que pode sugerir um maior rigor nesses processos. Tem-se, até aqui, que em 21 anos o STF apreciou o mérito de 129 ações de controle abstrato de normas ajuizadas em face de legislação federal, tendo julgado 62 improcedentes (48,06%) e 67 procedentes ou procedentes em parte (51,94%)³⁸⁵.

Entre as 67 ações julgadas procedentes total ou parcialmente, observou-se que em 89,55% dos casos a declaração foi de parcial procedência, de modo que a norma não foi invalidada no todo e, portanto, continua a vigorar no ordenamento jurídico. Mais uma vez, o dado revela que o STF procura preservar ao máximo as normas federais sob seu escrutínio. Das decisões que declararam a inconstitucionalidade total de diplomas federais, a pesquisa pode verificar que elas, de fato, resuíram-se a duas ocasiões, porque do total de cinco: uma referiu-se à ADPF 130 que cuidava de norma anterior à Constituição de 1988 e não entra,

³⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988 –Judicialização da política e politização da Justiça. In: Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 189-216.

³⁸⁵ POGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou Representação?: Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 25 e s.

assim, na estatística; outra cuidava da ADI 3682, que pedia a inconstitucionalidade de uma omissão do Congresso³⁸⁶.

Das três decisões restantes, duas referem-se às ADIs 2.797 e 2.860, as quais foram julgadas em conjunto, pois tinham o mesmo objeto (essas ações serão analisadas adiante pois se referem ao tema do trabalho), e nelas declarou-se a inconstitucionalidade de dois parágrafos que lei federal havia acrescentado ao art. 84 do Código de Processo Penal. Por fim, tem-se ADI 447, por meio da qual se declarou a inconstitucionalidade de uma taxa de conservação rodoviária instituída pela Lei 8.155/90. Dessa forma, entre os pedidos de inconstitucionalidade atacados totalmente pelo STF, tem-se que em 21 anos (1988-2009) o tribunal invalidou duas normas editadas pelo Congresso Nacional³⁸⁷.

Significa dizer que das 810 ações ajuizadas contra leis federais no período analisado apenas três foram acatadas totalmente, o que resultou na invalidação de duas normas ou 0,2% do total de normas impugnadas por meio de processo objetivos. Outras 44 vezes o STF declarou a inconstitucionalidade parcial de normas federais impugnadas. Outro dado relevante é que em ações que impugnam normas de fora do Congresso Nacional o índice de julgamentos procedentes ou parcialmente procedentes é de 29,37%, contra apenas 13,32% nos casos em que a lei impugnada emana do Congresso Nacional. A diferença é de mais da metade do percentual.

Outro dado relevante diz respeito aos temas debatidos nessas ações. A autora reduziu as 67 ações que obtiveram decisão final de mérito a seis categorias: trabalho (relações trabalhistas e previdenciárias), tributação (impostos, taxas e contribuições), direitos (direitos difusos e coletivos e garantias constitucionais), administração pública (serviço público, competências administrativas e federativas), justiça (questões relativas ao Poder Judiciário e às funções essenciais à justiça) e política (questões eleitorais e partidárias)³⁸⁸.

³⁸⁶ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?: Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 25 e s.

³⁸⁷ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?: Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 25 e s.

³⁸⁸ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?: Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 25 e s.

A constatação é surpreendente e demonstra ainda mais a não interferência do Poder Judiciário em questões próprias ao legislativo: do universo de 67 decisões finais declarando a inconstitucionalidade de leis federais, 26 cuidavam de questões relativas ao próprio Poder Judiciário ou às funções essenciais à justiça, o que representa 39% do total (bem mais que um terço). E isso em 21 anos de história.

Se os casos de invalidação total ou parcial de leis federais pelo STF já são poucos, tornam-se ainda menos relevantes com a constatação de que mais de um terço deles disseram respeito a normas relativas ao próprio Poder Judiciário, que tem competência para rever os atos dos demais poderes, mas também autonomia e iniciativa legislativa para disciplinar-se a si mesmo.

Essa análise comprova que não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal exerça um poder contramajoritário, pelo menos não de forma relevante. Com relação ao Congresso Nacional tampouco pode-se falar em uma absoluta supremacia judicial. O STF tem-se mostrado deferente e procurado aproveitar as leis em suas partes aproveitáveis, preferindo as declarações parciais de inconstitucionalidade. Em outros casos a inconstitucionalidade verificada dava-se em razão de omissões legislativas, hipóteses em que o STF tem procurado conceder prazo para que o Congresso supra a sua inércia.

Tanto nessas hipóteses de omissão inconstitucional quanto naquelas de declaração de inconstitucionalidade parcial ou de interpretação conforme à constituição a decisão do tribunal pode ser bem entendida como colaborativa e como um convite ao diálogo para que o Legislativo possa melhorar a norma examinada.

5.3. Da supremacia judicial ao fato do diálogo institucional

Nos Estados Unidos e no Brasil, países em que o diálogo não foi institucionalizado, ele, não obstante, acontece. E não se pode afirmar que são poucas as hipóteses de diálogo tampouco que sejam similares. São casos diversos e interessantes. Para iniciar a reflexão pode-se escolher um caso de cada país em que houve recalcitrância por parte do judiciário em afirmar-se intérprete supremo da Constituição.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, ao decidir o caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, reformou decisão de Corte estadual que havia determinado a concessão de seguro desemprego a funcionários demitidos em razão do uso de *peiot* em cerimônias religiosas, sob o fundamento de que a lei vedava o uso dessa substância. Trata-se de uma planta, possivelmente de origem mexicana, que possui propriedades alucinógenas. A Corte, por maioria, decidiu que a liberdade religiosa não poderia impedir a aplicação de leis gerais e abstratas, neutras (que proíbem o uso de drogas), que são de aplicação, portanto, indiscriminada.

Justice Scalia, o redator da decisão, salientava que fosse de outra forma ter-se-ia que abrir exceções para cada grupo religioso na aplicação de cada lei do país, o que colocaria em risco a estabilidade e tangenciaria a anarquia. Por essa razão, o controle de constitucionalidade de leis gerais restritivas da liberdade religiosa não precisava submeter-se ao escrutínio estrito, que exige a adoção pela Corte da medida menos restritiva entre as igualmente capazes de atingir o interesse público cogente, nos moldes do princípio da proporcionalidade estrita no direito brasileiro. A *Justice* O'Connor manifestou seu voto divergente e a polarização a partir daí foi enorme em vários setores da sociedade e do governo³⁸⁹.

Em resposta o Poder Legislativo editou o Religious Freedom Restoration Act (RFRA), que expressamente reverteu a decisão da Suprema Corte em *Smith*, ao determinar que as leis gerais restritivas à liberdade religiosa fossem submetidas ao escrutínio judicial estrito. No caso seguinte, *City of Boerne v. Flores*, quando a questão novamente se colocou perante a Corte, esta declarou a inconstitucionalidade do Restoration Act (RFRA), sob o fundamento de que a lei teria violado a decisão anterior da Corte, representando tentativa de corrigir a autorizada interpretação da Suprema Corte³⁹⁰.

No caso brasileiro, aconteceu algo semelhante. O Supremo Tribunal Federal havia editado a Súmula 394 que estendia o foro por prerrogativa de função para o julgamento de processos criminais contra ex-detentores de cargos públicos relativamente aos atos praticados no exercício da antiga função. Na ADI 2860, todavia, o Supremo, sem que houvesse alteração

³⁸⁹ HALL, Kermit L.. The Oxford guide to United States Supreme Court decisions. New York: Oxford University Press, 1999.

³⁹⁰ BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 10-14.

de texto, declarou inconstitucional aquele entendimento e passou a rejeitar o foro por prerrogativo de função de todos os ex-funcionários.

No final de 2002, foi aprovada a Lei 10.628, que novamente estendia a prerrogativa de foro relativamente aos atos administrativos do agente, nos termos do voto vencido do Min. Sepúlveda Pertence na assentada que cancelou a súmula. Essa nova lei foi impugnada por meio da ADI 2797, ocasião em que o STF declarou a inconstitucionalidade da lei, por maioria de votos, registrando que uma lei não poderia dirigir-se a superar uma interpretação constitucional da Corte sob pena de inconstitucionalidade, inclusive formal. Mesmo o Min. Sepúlveda Pertence, que no mérito concordava com a legislação, votou nesse sentido e, como relator, fundamentou a inconstitucionalidade formal da lei que revia uma interpretação da Corte. O Min. Gilmar Mendes objetou que era papel do Legislativo editar leis e que aquele poder, ao fazê-lo, também interpretava a Constituição, mas ficou vencido.

Note-se que tanto nos Estados Unidos como no Brasil, a depender do caso, as Supremas Cortes reagem contra as investidas do Legislativo corporativamente. A reação está bastante relacionada ao fenômeno que ficou conhecido como leis *in your face*. Quando o legislador edita lei assim entendida pelo judiciário, a tendência deste último é reagir. Mas em tantos outros casos, as revisões legislativas acontecem sem grandes alardes³⁹¹, de modo que a intensidade do conflito entre poderes depende da publicidade do caso.

5.3.1. O diálogo constitucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional

O artigo 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988 dispõe competir ao Supremo Tribunal Federal precipuamente a *guarda da Constituição*. Alguns poderão interpretar essa locução como reservadora de um monopólio interpretativo da constituição ao Supremo, mas ao que tudo indica sequer o próprio tribunal afirma essa posição. No julgamento da ADI 221 MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julgada em 29.3.1990, o Supremo Tribunal expressa e

³⁹¹ Para acompanhar casos de revisão legislativa nos Estados Unidos, ver: PICKERILL, J. Mitchell.. *Constitutional Deliberation in Congress*. London: Duke University Press, 2004; *The Least Dangerous Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Edited by Richard Bauman and Tsvi Kahana. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Neste volume há uma série de artigos sobre o tema. FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton: Princeton University Press, 1988; FISHER, Louis. *On Appreciating Congress: The People's Branch*. London: Paradigm Publishers, 2010; PRICHETT, C. Herman. *Congress Versus the Supreme Court 1957-1960*. Minneapolis: University of Minesota Press, 1961; e DAHL, Robert A.. *Democracy and Its Critics*. New Haven and London: Yale University Press, 1989.

excepcionalmente admitiu que os chefes dos poderes executivo e legislativo, em nome dos respectivos poderes, pudessem se recusar a aplicar leis ou atos normativos por considerarem-nos inconstitucionais. Além desse há outros precedentes que levam à mesma interpretação. A palavra precipuamente certamente transmite a mensagem de que o STF é um intérprete essencial da Constituição e seu guarda, mas não significa atribuir-lhe monopólio interpretativo.

A supremacia judicial nunca foi regra pacífica desde os primórdios de nossa vida republicana, pelo menos. No início do século XX o Supremo Tribunal passou por uma fase interessante de sua história, na qual se pôs a construir o que ficou conhecido como a doutrina brasileira do *habeas corpus*. O objetivo não é tratar dessa história em si, mas apenas de um episódio conexo. Uma série de decisões foi editada pela Corte na construção da doutrina que alargaria as hipóteses de conhecimento do *habeas corpus* para alcançar constrangimentos “*a liberdades outras que a de ir e vir*”³⁹², porém desde que a ela relacionadas.

Talvez a decisão que tenha mais marcado esse período tenha sido a concessão de *habeas corpus* pelo Supremo a um grupo de intendentess do Conselho Municipal do Distrito Federal. Este conselho era o Legislativo da Capital da República, composto por 16 intendentess eleitos. No pleito eleitoral de 1909 uma divisão entre grupos rivais, em razão de ambos julgarem-se no direito de ocupar a direção do Conselho, gerou grave comoção. O Presidente da República, Nilo Peçanha, editou decreto determinando que o Prefeito do Distrito federal assumisse a administração e o governo de toda a capital e, então, sucederam-se várias impetrações³⁹³.

A ordem de *habeas corpus* que dava permissão a um grupo de intendentess para que ingressassem na edifício-sede do Conselho e continuassem o trabalho de verificação dos poderes dos intendentess eleitos contornava o referido decreto presidencial. O voto condutor da posição da Corte foi proferido pelo Ministro Pedro Lessa. O caso possui nuances interessantes, mas que sobejam o objeto do trabalho. O relevante é que na sequência o Presidente Hermes da Fonseca recusou-se a cumprir a decisão do STF e informou por meio de

³⁹² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 228.

³⁹³ HORBACH, Carlos Bastide. *Memória Jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, pp. 83 e s.

ofício do Ministério da Justiça e de mensagem ao Congresso Nacional que a concessão do *habeas corpus* por meio daquela nova doutrina extrapolava as funções do Poder Judiciário.

O Ministro Pedro Lessa, na sessão seguinte ao recebimento do ofício, levou o assunto ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, respondeu às críticas contidas na mensagem presidencial e, em seguida, passou a rechaçar a indevida invasão presidencial das competências do Judiciário e o descumprimento de sua decisão. Carlos Horbach informa que o quadro fático não mudou. O Conselho Municipal do Distrito Federal continuou a sofrer os efeitos do decreto editado pelo Marechal Hermes da Fonseca³⁹⁴. E esse foi, ainda na infância da República, um episódio de superação pelo Presidente da República, por meio da edição de um decreto, de decisão judicial do Supremo Tribunal Federal.

Gilmar Mendes fez importante anotação sobre uma característica de nossa trajetória constitucional que gera uma tendência ao diálogo institucional. A Constituição de 1934 previu a participação do Senado no processo de controle de constitucionalidade. O Senado poderia conferir eficácia erga omnes a uma decisão do Supremo que declarasse a inconstitucionalidade de lei em caso concreto³⁹⁵. Trata-se de um importante instrumento de coordenação de esforços do legislativo e do judiciário para conferir uma eficácia maior às decisões da Corte. À exceção da Constituição de 1937, todas as outras Cartas brasileiras toruxeram essa cláusula. Atualmente o Supremo está a analisar se o dispositivo teria passado por um processo de mutação constitucional.

Tratando ainda da evolução do processo constitucional no Brasil, Gilmar Mendes informa que o controle abstrato de normas foi introduzido no Brasil em 1965, por meio da EC 16. A legitimidade ativa para arguir a inconstitucionalidade de leis federais ou estaduais incompatíveis com a Constituição foi atribuída ao Procurador-Geral da República. A Constituição de 1988 manteve ambos os sistemas de controle de constitucionalidade e ampliou significativamente o rol de legitimados à propositura das ações de controle abstrato de normas³⁹⁶ (com as inclusões da EC 45/2004).

³⁹⁴ HORBACH, Carlos Bastide. *Memória Jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, pp. 83 e s.

³⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3 ed.. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

³⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3 ed.. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

O mais relevante para os propósitos desse trabalho na evolução constitucional brasileira é considerar que está em uma previsão da Constituição de 1937 que fazia expressa referência e criava o procedimento para a derrubada de decisão judicial que declarasse inconstitucionalidade de atos normativos. Conforme o relato de Gilmar Mendes:

Na Constituição de 1937 criou-se a possibilidade de se suspender, mediante ato legislativo, decisão judicial que declarasse inconstitucionalidade do ato normativo. Isso deveria ocorrer através de uma resolução do Parlamento Nacional, aprovada por uma maioria qualificada de dois terços dos votos (art. 96). Esse instituto deveria cumprir dupla função: *confirmar a validade da lei e cassar a decisão judicial questionada*. A lei *confirmada* ganhava, assim, a força de uma Emenda Constitucional.

A necessidade desse instituto foi justificada com o caráter pretensamente “antidemocrático” da jurisdição, que acabava por permitir a utilização do controle de normas como instrumento aristocrático de preservação do poder ou como expressão de um *Poder Moderador*. Deveria ser criada sobretudo em virtude da *abertura* das normas constitucionais uma instância especial, que estivesse e condições de corrigir eventuais desvios da Constituição. A faculdade confiada ao Parlamento de suspender decisões judiciais acabou por ser exercida diretamente pelo ditador mediante a edição de decreto-leis (Constituição de 1937, art. 180). Confirmada a constitucionalidade da lei, passava o Supremo Tribunal Federal a reconhecer ipso jure a sua validade³⁹⁷.

Esse regime autocrático teve fim com a convocação da assembleia nacional constituinte no mês de novembro de 1945. As peculiaridades, no que concerne ao tema do diálogo institucional, ainda conheceram episódio riquíssimos durante o período do governo militar, bem como nos anos que o antecederam, todavia, cumpre estudar diretamente o presente.

A pergunta que o trabalho pretende responder, nesse ponto, diz respeito à possibilidade de superação de decisões do Supremo Tribunal Federal, que veiculem interpretações

³⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3 ed.. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 30-33. A justificativa desse dispositivo introduzido a Constituição de 1937 é obra de Francisco Campos. Nas páginas referidas nesta nota de rodapé, Gilmar Mendes faz a transcrição de parte dela, cuja leitura recomenda-se. O autor ainda transcreve voto do ministro Carlos Maximiliano no Manda de Segurança 623, que aborda o tema de forma bastante interessante.

constitucionais, por parte do Poder Legislativo federal. Há aqueles que negam qualquer possibilidade de superação e há aqueles que a admitem a depender da hipótese em apreço.

5.3.1.1. *Superação de decisões constitucionais do STF por emenda constitucional*

A hipótese mais aceita é a superação de uma interpretação constitucional do Supremo por meio da aprovação e emenda constitucional. A Constituição brasileira de 1988 notabiliza-se por ser extremamente analítica e, assim, constitucionalizar uma série de assuntos que em outros países jamais seriam elevados à estatura constitucional. Dessa forma, muitas das políticas públicas tidas por ordinárias envolvem questões constitucionais e demandam implementação por meio de alterações constitucionais.

Quando, nos Estados Unidos alguém se refere à possibilidade de reversão de decisão judicial apenas por meio da aprovação e emenda constitucional, o assunto é praticamente deixado de lado. A dificuldade de aprovação de uma alteração constitucional é imensa³⁹⁸, exigindo uma verdadeira mobilização nacional, de modo que a depender apenas disso o sistema garantiria a supremacia judicial estrita. No Brasil, por outro lado, as emendas podem ser aprovadas com relativa facilidade³⁹⁹. O diálogo institucional, portanto, pode ocorrer por intermédio delas. Cumpre analisar alguns casos⁴⁰⁰.

Em questões tributárias o diálogo institucional ocorreu com certa frequência até pouco tempo atrás. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 182 da CF, fixou que somente se permitiria a fixação de alíquotas progressivas de Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU para atendimento de finalidade extrafiscal (adequação do uso da propriedade à sua função social), dada a sua natureza real. Esse entendimento ficou sedimentado a partir do julgamento RE 153.771, publicado no DJ de 5.9.1997.

Algum tempo depois foi aprovada a Emenda Constitucional 29/2000, que alterou o parágrafo primeiro do art. 156 da Constituição de modo a autorizar a instituição de alíquota progressiva de IPTU em razão do valor venal do imóvel. Essa emenda restabeleceu

³⁹⁸ Ver: Constituição dos Estados Unidos da América, artigo V.

³⁹⁹ Ver: Constituição Federal de 1988, artigo 60.

⁴⁰⁰ Seguirei, em boa medida, roteiro proposto por:

exatamente a possibilidade de instituição de IPTU havida por inconstitucional anteriormente pelo STF. A Corte não reagiu à alteração constitucional, de modo que o parlamento (o Poder Constituinte derivado) deu a última palavra sobre o assunto.

A mesma coisa aconteceu com relação à jurisprudência do Supremo que declarava a inconstitucionalidade de taxas de iluminação pública, sob o argumento de que essa espécie tributária não era apta à criação de taxas. Ante a necessidade das localidades de cobrarem tal exação o Congresso Nacional aprovou a EC 39/2002 que, ao dialogar com a Corte, entendeu os fundamentos de sua decisão pela inconstitucionalidade da criação de taxa para o propósito em tela, e instituiu a possibilidade de criação de contribuição para o custeio da iluminação pública. A interpretação da emenda continua válida também nesse caso.

O Supremo Tribunal Federal entendia não ser cabível ICMS na importação de bens por pessoa física, tendo em vista não haver a necessária circulação de mercadoria, conforme sua interpretação do art. 155, IX, parágrafo 2º, *a*, da CF. O Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional 33/2001 superando esse entendimento e tornando esse tipo de ICMS uma espécie de imposto de importação de estadual. A emenda tem prevalecido, todavia, a questão está sob julgamento no Tribunal.

Na ADI 14 (DJ de 1º.12.1989), o Supremo exarou o entendimento de que as vantagens de caráter pessoal não entravam no cômputo do teto remuneratório. A EC 19/98 expressamente as inseriu no referido cômputo, revertendo a decisão do tribunal. Este, em sessão administrativa (24.6.1998), decidiu que o a nova fórmula d cômputo do teto não seria autoaplicável, dependendo de desdobramento legislativo. A EC 41/2003 significou nova reação à decisão do STF. E a emenda foi clara: fez menção expressa as vantagens pessoais, incluindo-as no teto remuneratório e previu a autoaplicabilidade do teto, bem como a rejeição prévia aos argumentos fundados em direito adquirido. A emenda obteve resposta do STF no julgamento do MS 24.875, em que a Corte considerou a irredutibilidade de vencimentos uma forma qualificada de direito adquirido e protraiu no tempo, assim, o cumprimento integral dos termos da alteração constitucional.

Houve diálogo institucional intenso também sobre a questão envolvendo a criação dos municípios. O texto original da Constituição condicionava a criação de novos municípios à

consulta da população diretamente interessada e aos parâmetros contidos na legislação estadual. Como houve certa preocupação com a intensa atividade de criação de municípios, aprovou-se a EC 15/1996 que trouxe critérios mais rigorosos para a criação de municípios, entre eles a aprovação de uma lei complementar federal estabelecendo critérios gerais disciplinando a criação de municípios. Ante a inércia congressual municípios continuaram a ser criados.

Algumas ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas em face de leis estaduais que criaram municípios e outras ações diretas por omissão foram ajuizadas ante a inércia congressual em aprovar a lei complementar reclamada pela constituição (art. 18, parágrafo 4º). Ao julgar a ADI 2.240 que tratava da criação do município de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia, o STF acolheu proposta de voto do Min. Gilmar Mendes, que reconheceu haver uma situação de fato consolidada, concernente à criação do município, e declarou a inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro*. Concedeu prazo de 24 meses para que o Congresso editasse a lei complementar sob pena de se ter que extinguir o município.

A resposta do Congresso veio com a aprovação da EC 57/2008 que convalidou os municípios cujas leis criadoras tenham sido publicadas até o dia 31.12.2006, mas não editou a lei complementar requerida pela Constituição e pela decisão do STF. Em todos esses casos a resposta do Congresso mediante a aprovação de emenda constitucional prevaleceu.

No RE 197.917 (DJ 7.5.2004), Rel. Min. Maurício Corrêa, o tribunal, ao julgar o caso do município de Mira Estrela, envolvendo a interpretação do antigo art. 29, IV, da CF, que afirmava que a quantidade de vereadores dos municípios deve ser proporcional às respectivas populações, observada as balizas constantes da regra constitucional, decidiu preencher o conteúdo do termo proporcional inserido no dispositivo constitucional e elaborou uma *regra de três* que lhe permitiu achar uma proporcionalidade razoável entre população e número de vereadores. Essa decisão, também implementada pelo TSE, resultou em uma grande redução do número de vereadores por municípios, que apenas foi implementada no pleito eleitoral seguinte, ante a modulação de efeitos engendrada pelo Supremo. Os prejudicados, no entanto, protestaram veementemente junto ao Congresso Nacional.

A resposta foi a aprovação da EC 58/2009, a qual suprimiu a regra da proporcionalidade, subtraindo assim o parâmetro de controle utilizado pelo STF, e passou a fixar limites máximos do número de vereadores por municípios, de uma maneira que permitiu um grande acréscimo de cadeiras relativamente ao que estava em vigor a partir da decisão do STF. Esse caso torna-se mais interessante do que os anteriores porque o Congresso previu uma cláusula de retroatividade na emenda. Apesar de só aprovada em 23.9.2009, a alteração constitucional dispôs sobre a retroatividade de sua aplicação ao pleito eleitoral ocorrido em 2008, o que teria o condão de criar novos cargos eletivos, no meio da legislatura, para alojar esses vereadores tardios.

Foi proposta a ADI 4.307 contra a referida retroatividade. Apenas nesse caso o STF, então, concedeu a cautelar para suspender a eficácia do dispositivo da emenda constitucional que fizera a previsão da retroatividade, ante a evidente ofensa aos princípios da anualidade eleitoral, da segurança jurídica entre outros.

Dessa grande quantidade de casos em que diálogos institucionais foram travados entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, em regra terminando com a superação da decisão judicial por meio da aprovação de emenda à Constituição, pode-se tirar algumas conclusões. A primeira é que, no Brasil, a forma mais comum de diálogo institucional entre o STF e o Congresso é por meio da aprovação de emenda como resposta à decisão. Isso ocorre porque com a aprovação de emenda constitucional o Congresso praticamente garante que dará a última carta no jogo (pelo menos provisoriamente)⁴⁰¹.

É que com a aprovação da alteração constitucional o Congresso altera a própria regra de base do diálogo. Significa dizer que ele muda o parâmetro de controle que serviu de fundo para a primeira apreciação do tribunal. Por essa razão, a resposta via emenda é praticamente um monólogo, pois salvo raras exceções – como no caso da emenda dos vereadores – será difícil uma reação do Supremo. Note-se: isso também não é um problema. O Supremo só deverá invalidar emendas em caso de ofensa clara às cláusulas pétreas da Constituição.

⁴⁰¹ ALEXANDER, Larry e SCHAUER, Frederick. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. Harvard Law Review. Volume 110, n. 7, May 1997, p. 1359. Mesmo Alexander e Schauer que são favoráveis à supremacia judicial admitem a superação de interpretação constitucional da Corte por emenda constitucional.

Outro ponto que fica evidenciado é que realmente a aprovação de emendas no Brasil não é difícil o bastante para causar grandes constrangimentos. Além disso, nos casos analisados as decisões judiciais, via de regra, foram técnicas e atingiram objetivos federativos, melhor dizendo, prejudicaram os estados e os municípios. Isso foi a regra nos casos tributários, no caso dos vereadores e da criação de municípios, de modo que o Congresso agiu em proteção dos interesses dos entes federados.

De resto parece haver consenso⁴⁰² sobre a possibilidade de superação de decisões constitucionais do Supremo Tribunal Federal mediante emenda constitucional. a reversão por lei apresenta maiores debates.

5.3.1.2. *Superação de decisões constitucionais do STF por majorias legislativas simples*

Os casos de reversão de decisões judiciais pela via legislativa ordinária são mais interessantes, na medida em que podem gerar maior polêmica. Nessas hipóteses, pode-se verificar, na prática, um verdadeiro embate entre defensores das teorias dialógicas e os cultores da supremacia judicial, bem como uma discussão mais acesa entre cortes e parlamentos.

Pouco acima foi descrito o contexto em que se deu a decisão do caso *City of Boerne*, julgado pela Suprema Corte americana, o qual teve características similares ao julgamento da ADI 2.797, pelo Supremo Tribunal Federal. Em ambos os casos as cortes receberam respostas legislativas diretas às suas decisões. Será interessante agora proceder-se a um exame mais detalhado do caso brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal havia editado a Súmula 394, que estendia o foro por prerrogativa de função para o julgamento de processos criminais contra ex-detentores de cargos públicos relativamente aos atos praticados no exercício da antiga função. O Supremo, todavia, sem que houvesse alteração de texto, declarou inconstitucional aquele entendimento e

⁴⁰² Nesse sentido: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012; MENDES, Conrado H.. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito, 2009. Entre outros.

passou a rejeitar o foro por prerrogativa de função de todos os ex-servidores ou ocupantes de cargos públicos.

No final de 2002, foi aprovada a Lei 10.628, que novamente estendia a prerrogativa de foro relativamente aos atos administrativos do agente, nos termos do voto vencido do Min. Sepúlveda Pertence na assentada que cancelou a súmula. Essa nova lei foi impugnada por meio da ADI 2797, ocasião em que o STF declarou a inconstitucionalidade da lei, por maioria de votos, registrando que uma lei não poderia dirigir-se a superar uma interpretação constitucional da Corte sob pena de inconstitucionalidade, inclusive formal. Houve um debate interessante e votos divergentes que podem esclarecer algo mais sobre o tema.

O Min. Sepúlveda Pertence foi o relator e conduziu a corrente vencedora, porém os ministros Eros Graus e Gilmar Mendes apresentaram fundamentações diversas da do relator e interessantes. Segundo a fundamentação do Min. Sepúlveda Pertence, é admissível que o Congresso edite lei idêntica a uma lei anteriormente declarada inconstitucional pelo STF, uma vez que o efeito vinculante das decisões do tribunal, mesmo no controle abstrato de normas, não alcança o Poder Legislativo. Desse modo, Pertence prossegue e conclui que tal lei não caracteriza descumprimento à decisão do tribunal, uma vez que o Congresso não está a ela vinculado, incidindo uma tal lei em simples reabertura do debate entre a Corte e o Congresso

Mas o Min. Pertence prossegue e afirma que, todavia, lei que se destine a conferir a texto constitucional exegese diversa daquela exarada pelo Supremo será inescapavelmente inconstitucional. Para o Min. Pertence, tal lei seria formal e materialmente inconstitucional, pois norma inferior não pode ter por objeto imediato a interpretação de norma superior, sob pena de subversão da hierarquia normativa (vício formal) e de desvinculação do Congresso à Constituição (vício material).

O Min. Eros Grau ficou na corrente oposta à do relator, vencido. Em seu voto, consignou que *“coartar a faculdade do Poder Legislativo, de atuar como intérprete da Constituição, isso nos levaria a supor que nossos braços, como as árvores – na metáfora de Loewenstein –, alcançam os céus”*. Prossegue o Min. Eros Grau para afirmar que é possível que a lei manifeste uma interpretação da Constituição diferente daquela oriunda do STF, mas a

lei não pode superar uma decisão do Stf que declara a inconstitucionalidade de norma anterior. Nesses casos, a última palavra seria da Corte, afirmou Eros.

O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, acompanhou a divergência aberta pelo Min. Eros, porém, com argumentos distintos. Para o Min. Gilmar Mendes a interpretação constitucional está aberta aos diversos atores sociais, em especial ao legislador, que dispõe da mais ampla liberdade de conformação na concretização da Constituição. Dessa forma, deixa claro o seu ponto de vista no sentido de que *“não é possível presumir a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a ‘última palavra’ dada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo completamente diverso, o diálogo, o debate institucional deve continuar”*. (destaquei)

Agora que as três posições que surgiram do debate no Supremo Tribunal Federal estão dispostas cumpre analisá-las. A posição adotada pelo Min. Sepúlveda Pertence parece um pouco confusa no início, pois ele diz claramente que se o legislador não está vinculado pela decisão do Supremo, pode ele editar as leis que quiser; na linha seguinte, todavia, dá um passo atrás e diz que o legislador não pode editar lei cujo objetivo imediato seja conferir a texto constitucional interpretação diferente da atribuída ao mesmo texto pelo STF. E afirma que norma inferior não pode ter por objeto a interpretação de norma superior (sob pena de vício formal) e que a sua desvinculação da Constituição configuraria vício material.

Há alguns equívocos nessa formulação. Primeiro indique-se a parte em que há consenso: de fato, o legislador não está abarcado pelo efeito vinculante das decisões do Supremo (isso está no parágrafo único do art. 28 da lei 9.868/99, que rege o processo abstrato de normas no STF, além disso, é uma característica típica dos sistemas Cortes Constitucionais). Agora, quanto aos equívocos, o primeiro deles está na parte em que afirma que o legislador não pode editar lei interpretativa da constituição sob pena de vício formal. Por óbvio, toda lei é uma interpretação da constituição. Kelsen ensinava que toda a produção de

regra jurídica é, ao mesmo tempo, aplicação de norma superior e criação de norma no nível inferior⁴⁰³.

Além disso, para se saber se a lei é interpretativa da constituição no sentido imediato que o Min. Pertence pretendeu conferir à sua explicação é preciso interpretá-la. Desse modo, o vício, se existente, seria de fundo, material. Quanto à última passagem, nela há afirmação de que o vício material caracterizaria-se pela desvinculação da lei interpretativa à constituição. Parece claro que o Ministro está a dizer, em verdade, que há uma incompatibilidade entre a lei nova e a interpretação da constituição realizada pelo Supremo quando do julgamento da lei anterior. Não se pode confundir o sentido da constituição com o sentido a ela atribuído por algum intérprete, por mais insígne que seja. Esse é o mesmo engano cometido por Marshall e por tantos outros que pretendem justificar rapidamente a supremacia judicial.

A interpretação proposta por Eros Grau também encontra dificuldades. O Min. Eros distingue as decisões do STF que meramente veiculam interpretações constitucionais daquelas em que a Corte efetivamente declara a inconstitucionalidade de uma lei. Para ele, então, uma nova lei pode conferir novas interpretações na primeira hipótese, mas, na segunda, quando o STF haja declarado a inconstitucionalidade de lei anterior, aí o legislador estaria *vinculado* à decisão da Corte.

Foi utilizada a palavra *vinculado* acima para evidenciar o problema. O Poder legislativo não se vincula às decisões do STF, sobretudo quando veiculadas no controle abstrato de normas, quando terão evidentemente caráter interpretativo. O sistema impede a vinculação e impõe a liberdade ao legislador como ponto central de seu mecanismo de funcionamento, pois é justamente quando a Corte declara a inconstitucionalidade de uma lei com efeitos vinculantes e *erga omnes*, dos quais fica excluído o legislador, é exatamente nesse momento que a atuação do legislador é potencialmente libertadora. Nesse ponto, somente o Poder Legislativo poderá reabrir o debate por meio da edição de uma nova lei, já que os outros poderes e órgãos estão vinculados e o Judiciário não pode agir de ofício e ditar uma lei nova.

Nesse caso, portanto, a única alternativa do sistema é a atuação do legislador e foi essa mesma atuação, exatamente nessas circunstâncias a que se opôs o voto do min. Eros Grau. É a

⁴⁰³ Kelsen, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 119-194.

liberdade de conformação do legislador, salientada pelo min. Gilmar Mendes, que pode impedir a esclerose do sistema jurídico-político caso ele chegue a tal ponto de travamento.

Diante dessas colocações o trabalho posiciona-se do lado do Min. Gilmar Mendes ao dispor que diante de nova lei, fruto da liberdade de conformação do legislador, a Corte só tem uma alternativa: abrir-se ao diálogo institucional e aferir a compatibilidade material entre a nova lei e o texto constitucional.

Ressalte-se que em outros casos a Corte admitiu a superação legislativa de decisão sua. Na ADI 3.772, por exemplo, o STF reconheceu a constitucionalidade de lei nova que alterava a interpretação de jurisprudência pacífica e sumulada da Corte. A Súmula 726 dizia: *Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço fora de sala de aula*. Foi aprovada a Lei 11.301/2006, que considerou o tempo de trabalho na função de assessoramento pedagógico e de direção escolar para o cômputo da aposentadoria especial dos professores. O STF admitiu, nesse caso, a reversão de decisão por lei ordinária.

As formas de diálogo institucional são múltiplas, em todos os casos de omissão a Corte convida o legislador a dialogar sobre o tema. Mesmo quando adota um sentença de perfil aditivo o STF deixa clara a ressalva de que sua decisão normativa valerá apenas até o advento da legislação. O Min. Gilmar Mendes tem, sistematicamente, incentivado o diálogo. Veja o caso do MI 943 que cuidou do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e que obteve a resposta legislativa adequada, com a regulamentação da matéria.

Em casos polêmicos como os da união homoafetiva e das cotas para afrodescendentes nas universidades públicas, o voto do Min. Gilmar Mendes fez a ressalva de que a decisão da Corte deveria servir de estímulo para que o legislador conformasse com mais detalhamento as respectivas matérias. A ideia é que, conforme foi exposto, o diálogo existe e acontece no mundo dos fatos. É preciso que os poderes judiciário e legislativo tomem consciência da existência desse diálogo institucional e de suas potencialidades e, para isso, é preciso que a academia reflita sobre o tema e divulgue aos atores políticos e jurídicos as suas conclusões.

A literatura cuidou também do problema do descumprimento antecipado da Constituição por parte de parlamentares. Isso foi verificado no Brasil. O caso refere-se às hipóteses em que os parlamentares aprovam leis que são populares sabendo-as

inconstitucionais, confiando no controle de constitucionalidade pela Suprema Corte em momento posterior.

Isso foi exatamente o que ocorreu com a aprovação da LC 135/2010 (conhecida como Lei da Ficha Limpa). Em razão de o projeto ter origem popular, vários parlamentares o aprovaram mesmo contra seus respectivos interesses, deixando na lei cláusulas que previam retroatividade legal claramente inconstitucional (artigo que previu punição a parlamentares que renunciaram antes do advento da lei). Nesse caso específico, no entanto, o STF reconheceu a constitucionalidade da lei, para surpresa dos parlamentares.

Seja em que formato for, o diálogo institucional é um fato que precisa ser reconhecido pela academia jurídica e pelos operadores do Direito para ser melhor entendido e vivenciado. Acredita-se que o Congresso Nacional deve ser estimulado a retomar o debate das grandes questões e o diálogo institucional é o veículo ideal para isso.

CONCLUSÃO

O início do trabalho procurou mostrar que o sistema do *common law* inglês consistia em uma forma de produção do direito elitizada. O trabalho era realizado pelos juízes, com a utilização de uma língua específica, o *law french*⁴⁰⁴, até o ano de 1731. Esses juízes tornavam-se parlamentares. Eles eram os redatores das leis, assim como das decisões judiciais. McIlwain demonstrou que não se fazia distinção ainda no século XVII, na Inglaterra entre as funções de adjudicação e de legislação, o que aumentava a confusão entre as atribuições de juízes e parlamentares.

Muito embora construído de uma forma jurisprudencial controlada e elitizada, o *common law* manteve a imagem de um direito que nasce do povo, de suas relações, de seus usos e costumes. Essa ideia generalizava-se e tornava o *common law* a cada dia mais íntimo do povo inglês. Era essa retórica do direito que brota de baixo para cima que legitimava a prática do *common law* e que lhe dava até mesmo uma matriz democrática.

Por essa razão, mediante alguns enganos interpretativos e necessidades históricas colocou-se nas mãos do *common law* a atribuição de refrear os abusos dos poderes. Se na Europa a ideia de entregar aos juízes o poder de exercer o controle de constitucionalidade parecia obviamente extravagante⁴⁰⁵, nos Estados Unidos pareceu-lhes aos norte-americanos absolutamente natural. O *judicial review* com base no *common law* apenas reforça a matriz democrática e a legitimidade desse sistema de jurídico.

O controle de constitucionalidade de matriz norte-americana nasce, assim, de modo mais natural. Já o controle de matriz europeia, idealizado por Kelsen, é fruto de um raciocínio cuidadoso, que procura não colidir com a teoria da separação dos poderes e que incorpora em seu *modus operandi* o da democracia parlamentar liberal e pluripartidária⁴⁰⁶ que estava em

⁴⁰⁴ HEUSCHLING, Luc. *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris. Dalloz, 2002.

⁴⁰⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

⁴⁰⁶ KELSEN, Hans. *A Essência e o Valor da Democracia*. In: *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 45 e s.

pleno desenvolvimento na década de 20, quando Kelsen publica seu texto seminal⁴⁰⁷. Apesar de todo o zelo teórico de Kelsen, foi a Guerra que deu o pontapé definitivo à noção de Tribunal Constitucional, bem como à incorporação ao ideal de segurança jurídica do *Rechtsstaat* dos direitos humanos declarados pela ONU em 1948.

Os direitos humanos declarados após os horrores da guerra convertem-se, no continente, nos direitos fundamentais inseridos nas constituições nacionais e o Tribunal Constitucional passa a ter a missão de guardá-los e de lembrá-los aos cidadãos para que aqueles horrores do nazismo não retornem. Toda aquela teoria dos direitos como parte da moralidade política compartilhada na comunidade desenvolvida por Dworkin faz parte de uma tradição ligada àquele direito que brota de baixo, do *common law*. Para um jurista europeu continental as teorias de Dworkin pouco dizem.

O estudo de juristas como Bickel e Dworkin pôde demonstrar a dificuldade que encontram na tradição jurídica do *common law* para justificar práticas já antigas como o controle judicial de constitucionalidade. Um juiz do Tribunal Constitucional federal alemão tem um arsenal de princípios interpretativos com os quais trabalha todos os dias que lhe servem de atalho. Ele não precisa pensar em concepções de democracia ou morais, no máximo uma hermenêutica dos direitos fundamentais e os métodos jurídicos tradicionais e ele resolve os seus problemas. Um jurista continental sequer imagina que só haverá uma resposta correta para cada caso que venha a examinar⁴⁰⁸.

A jurisdição constitucional do modelo europeu, mesmo com todas as suas variações, foi pensada como uma espécie de terceira câmara do parlamento, da qual se socorreria a minoria política derrotada no processo legislativo parlamentar: a minoria aqui está organizada em forma de partido político⁴⁰⁹. O *judicial review*, ainda que se generalize a decisão depois de tomada, jamais poderia ter sido concebido dessa forma. As fontes de legitimação são distintas e, portanto, são também diferentes às justificativas de autoridade e os procedimentos pelos quais atuam.

⁴⁰⁷ Kelsen, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 119-194.

⁴⁰⁸ SCHLINK, Bernhard. Hercules in Germany? Roundtable

⁴⁰⁹ Kelsen, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 119-194.

Waldron faz críticas severas às práticas de controle de constitucionalidade fortes e procura reerguer a tradição de um parlamento vigoroso e ativo. A noção de *rule of law* traz com ela uma ideia de desenvolvimento orgânico do direito, conservador, paulatino, por meio das práticas, usos e costumes do povo, sem a interferência de qualquer legislador transformador da realidade de cima para baixo.

A noção de Estado de Direito continental procura sua fonte de legitimidade, sim, nos processos democráticos de formação da vontade majoritária e busca organizar a vida em sociedade por meio da lei, legislada⁴¹⁰. Lei que deve ser observada de modo simples, sem grandes recursos a moralidades históricas ou usos e costumes imemoriais; o Estado de Direito angaria a sua segurança da clareza de suas formas; da possibilidade de planejar legislativamente as balizas da vida em comunidade.

A jurisdição constitucional brasileira transita nos dois mundos, mas sua fonte última é a tradição jurídica do direito romano-germânico. O Supremo Tribunal Federal, sob a Constituição de 1988, exerce o controle de constitucionalidade abstrato de normas por meio de ações ajuizadas por entidades e não indivíduos. A preocupação com a legitimidade é bem menor do que no sistema do *common law* e o diálogo que pode travar com o legislativo tem potencial maior do que o da Suprema Corte americana em razão de sua posição no sistema, de estar afastado de encargos morais e aproximado da função de árbitro ou moderador.

O diálogo institucional ao trazer para o centro do debate constitucional o Poder Legislativo com seu teor de representatividade popular, certamente incrementa os índices democráticos do modelo de controle e interpretação da constituição. Por outro lado, o receio externado por Schauer⁴¹¹ de que o diálogo impeça a adjudicação de disputas no sistema, prejudicando o ideal do Estado de Direito e da segurança jurídica não precisa ser levado adiante, pelo menos no Brasil.

A teoria do diálogo institucional deve gerar maior comedimento dos atores. O diálogo traz ao controle judicial de constitucionalidade o elemento da teoria da separação dos poderes que não fazia parte de seu universo. Enquanto se pensar a Suprema Corte como detentora da

⁴¹⁰ SHAPIRO, Scott J.. *Legality*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp. 311 e s.

⁴¹¹ ALEXANDER, Larry e SCHAUER, Frederick. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*. Volume 110, n. 7, May 1997, p. 1359.

última palavra sobre a interpretação da Constituição ela, nesse múnus, permanece sem freios típicos da teoria da separação dos poderes⁴¹². Mesmo quando se imagina uma separação dos poderes mais avançada, o Tribunal Constitucional⁴¹³ permanece em um patamar em que pouco sofre contenção em sua atividade principal de intérprete da constituição.

O trabalho permite que se tire algumas conclusões esperançosas: o diálogo já é fato, mas precisa ser melhor compreendido; o Supremo Tribunal Federal não invade competências do Congresso Nacional; o sistema político não dá nem um sinal de que os diálogos entre esses órgãos possam ser intermináveis e geradores de insegurança; o Estado de Direito ganhará em qualidade e clareza das normas produzidas a partir do diálogo; essas novas leis gozarão também de maior estabilidade, pois resultarão de um consenso mais amplo, que envolverá o judiciário; a participação do Congresso aumentará o nível de democracia na interpretação da Constituição; e, por fim, o diálogo gera *accountability*, algo escasso em nosso sistema político.

⁴¹² MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. O Espírito das Leis. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 166 e s. Ver também: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de O espírito das leis. Revista os Tribunais, Ano 97, V. 868, fevereiro 2008. São Paulo: RT, 2008.

⁴¹³ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder: Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. A Generation of Betrayal? In: Fordham Law Review. Vol. 45, 1996-1997.

ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. In: The Yale Law Journal, Vol. 99, n. 3, pp. 453-547, p. 454.

ACKERMAN, Bruce. The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of Presidential Democracy. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lectures: Discovering the Constitution. In: Yale Law Journal. Vol. 93, 1984.

ACKERMAN, Bruce. We the People: Foundations. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

ACKERMAN, Bruce. We the People 2: Transformations. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998.

ALEXANDER, Larry e SCHAUER, Frederick. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. Harvard Law Review. Volume 110, n. 7, May 1997.

ALLEN, Michael e THOMPSON, Brian. Cases & Materials on Constitutional & Administrative Law. 8 ed. New York: Oxford University Press, 2005.

ARISTÓTELES. Constituição dos Atenienses. Introdução, tradução do original grego e notas de Delfim Ferreira Leão. 2 ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

BALKIN, Jack. Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

BARNETT, Randy E.. Restoring the Lost Constitution: the presumption of liberty. Princeton: Princeton University Press, 2004.

BASSOK, Or. The Two Countermajoritarian Difficulties. In: Saint Louis University Public Law Review. Vol. XXXI: 333, 2012.

BATEUP, Christine A.. Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective. In: New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, 2006.

BERGER, Raoul. Government by Judiciary: The Transformations of the Fourteenth Amendment. Prefácio de Forrest McDonald. 2 ed.. Indianapolis: Liberty Fund, pp. 322-332 e 369-378.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: Estudos sobre a humanidade: Uma antologia de ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BESSON, Samantha. The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law. Oxford: Hart publishing, 2005.

BICKEL, Alexander M.. The Morality of Consent. New Haven: Yale University Press, 1975.

BICKEL, Alexander M.. The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2 ed.. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BILDER, Mary Sarah. The Corporate Origins of Judicial Review. New Haven: The Yale Law Journal, 116, pp. 502- 566.

BILDER, Mary Sarah. The Transatlantic Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

BLACKSTONE, William. Commentaries on the Laws of England in Four Books, 2 Vols. Notes selected from the editions of Archibold, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and

others, Barron Field's analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. Philadelphia: J. B. Lippincott Co., 1893;

BORK, Robert H.. The Tempting of America: The Political Seduction of the Law. New York: First Touchstone Edition, 1991.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRUTUS. Essays. In: The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Conventions Debates: the clashes and the compromises that gave birth to our form of government. Edited and with an Introduction by Ralph Ketcham. New York: Penguin Books, 2003.

CAENEGEM, R. C. Van. The Common Law Seen from the European Continent. In: Legal History: A European Perspective. London: Hambledon Press, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2 ed., 1984.

CHEMERINSKY, Erwin. Constitutional Law: Principles and Policies. Aspen Student Treatise Series. 4 ed. Wolters Kluwer Law & Business in New York, p. 39-40.

COKE, Edward. First Institute of the Laws of England. In: The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke. Vol. 2. Ed. Steve Sheppard. Indianápolis: Liberty Fund, 2003.

COKE, Edward. The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke. Vol. 1. Ed. Steve Sheppard. Indianápolis: Liberty Fund, 2003, Part Two of the Reports.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: Revista de Filosofia Política. N. 2, 1985.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira. Porto Alegre: Sergio fabris, 2008.

CORWIN, Edward S.. The “Higher Law” Background of American Constitutional Law. 42 Harvard Law Review. VOL. XLII. N. 2. Dezembro, 1928.

DAHL, Robert A.. A Preface to Democratic Theory. Chicago: University of Chicago Press, 1956.

DAHL, Robert A.. Decison-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. In: Journal of Public Law. Role of the Supreme Court Symposium, n. 1, 1957.

DAHL, Robert A.. Democracy and Its Critics. New Haven and London: Yale University Press, 1989.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAMOND, Ann Stuart. The Anti-Federalist <Brutus>. In: Political Science Reviewer, N. 6, Fall 1976.

DICEY, A. V.. Introduction to the study of the Law of the Constitution. 10 ed. Londres: MacMillan, 1961.

DICEY, Albert Venn. Introduction to the Study of the Law of the Constitution: Introduction to the Eight Edition (1915). In: Giornale di Storia Costituzionale. 13, 2007.

DWORKIN, Ronald. Casos Constitucionais. In: Levando os Direitos a Sério. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Justice for Hedgehogs. Cambridge and London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. Law as Interpretation. In: Arguing About Law. Edited by Aileen Kavanagh and John Oberdiek. London and New York: Rotledge, 2009.

DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 1 ed. 2 tir.. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard university Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EDLIN, Douglas E.. Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2010.

ELY, John Hart. Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.

ELY, John Hart.. The Apparent Inevitability of Mixed Government. In: Constitutional Commentary. June, 1999.

ELY, John Hart.. Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review. Maryland Law Review, V. 37, 1977.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988 – Judicialização da política e politização da Justiça. In: Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: O estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

FISHER, Louis. Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FISHER, Louis. On Appreciating Congress: The People's Branch. London: Paradigm Publishers, 2010.

FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

FULLER, Lon. *The Forms and Limits of Adjudication*. *Harvard Law Review*, nº. 92, p. 353 (1940).

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil*. In: *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. Coordenação de José Levi Mello do Amaral Júnior. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. In: *American Journal of Comparative Law*. Vol. 49, n. 4, 2001.

GERBER, Scott Douglas. *A distinct judicial power: the origins of an independent judiciary, 1606-1787*. New York: Oxford University Press, 2011.

GLICKSTEIN, Jed. *After Midnight: The Circuit Judges and the repeal of the Judiciary Act of 1801*. In: *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 24, 2012.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Parliamentary Sovereignty: contemporary debates*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

GRABER, Mark A.. *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*. In: *Studies in American Political development*, 7, Spring, 1993.

HALE, Matthew. *A History of the Common Law of England*. Ed. Charles M. Gray. Chicago: University of Chicago Press, 1971.

HALL, Kermit L.. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. New York: Oxford University Press, 1999.

HAMBURGER, Philip. *Law and Judicial Duty*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

HAMILTON, Alexander. O Federalista n. 78. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. O Federalista. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

HAMILTON, Alexander. O Federalista n. 81. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. O Federalista. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

HART, Herbert L. A.. O Conceito de Direito. 4 ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HAYEK, Friedrich A.. Law, Legislation and Liberty: A new statement of the liberal principles of justice and political economy. Volume I: Rules and Order. Chicago: University of Chicago Press, 1983.

HELMHOLZ, R. H.. Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature. In: Journal of Legal Analysis. Volume 1. Number 1, 2009.

HEUSCHLING, Luc. État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law. Paris. Dalloz, 2002.

HIEBERT, Janet. Limiting rights: the dilemma of *judicial review*. Québec: McGill-Queens University Press, 1996.

HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: First Harvard University Press, 2007.

HOBBS, Thomas. Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil. Richard Tuck (org.). Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Tradução do aparelho crítico de Claudia Berliner. Revisão de tradução e supervisão da edição brasileira: Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes.

HOGG, Peter W. & BUSHELL, Alison A.. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). In: Osgoode Hall L. J., 35, 1997.

HOGG, Peter W., BUSHELL, Alison A. e WRIGHT, Wade. Charter Dialogue Revisited – Or Much Ado About Metaphors. In: Osgoode Hall Law Journal. Vol. 45, n. 1, 2007.

HOKE, Candice. Arendt, Tushnet, and Lopez: The Philosophical Challenge Behind Ackerman's Theory of Constitutional Moments. In: Case Western Reserve Law Review. Vol. 47, 1996-1997.

HOLMES, JR, Oliver Wendell. The Common Law. Kindle Edition. Louisiana: Quid Pro Books, 2010.

HORBACH, Carlos Bastide. Memória Jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

HUGUES, Charles Evans. La Suprema Corte de los Estados Unidos. 2 ed. en español. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971.

KAHN, Paul. Community in Contemporary American Constitutionalism. In: Yale Law Journal. Vol. 99, n. 38, 1989-1990.

KELSEN, Hans. A Essência e o Valor da Democracia. In: A Democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In: Jurisdição KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KETCHAM, Ralph L.. James Madison and Judicial Review. In: Syracuse Law Review, Volume 8, 1956-1957.

KNOPFF, Rainer. Courts Don't Make Good Compromises. In: Policy Options. April, 1999.

KRAMER, Larry D.. The people themselves: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004.

KRAMER, Larry D.. The Supreme Court 2000 Term – Foreword: We the Court. 115 Harvard Law Review, n. 4, p. 9.

LEAL, Roger Stiefelmann. O Exercício da Jurisdição Constitucional pelo Poder Judiciário. In: Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia – Homagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Coordenação: Carlos Bastide Horbach, Fernando Dias Menezes de Almeida, José Levi Mello do Amaral Júnior e Roger Stiefelmann Leal. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

LEAL, Roger Stiefelmann. O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

LOCKE, John. Dois Tratados Sobre o Governo: Livro II: Segundo Tratado. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOUGHLIN, Martin. Public Law and Political Theory. Oxford: Clarendon Press, 1992.

MADISON, James. O Federalista n. 10. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. O Federalista. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2 ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

MANFREDI, Christopher e KELLY, James. Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell. In: Osgoode Hall Law Journal. Vol. 37, n. 3, 1999.

MATHEN, Carissima. Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on “Charter Dialogue Revisited”. In: Osgoode Hall L. J.. Vol. 45, n. 1, 2007.

MCILWAIN, Charles Howard. Constitutionalism: ancient and modern. Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

MCILWAIN, Charles Howard. The High Court of Parliament and its Supremacy. An Historical Essay on the Boundaries between Legislation and Adjudication in England. New haven: Yale University Press, 1910.

MCLEAN, Janet. The Transnational Corporation in History: Lesson for Today? 79, Ind. Law Journal, 2004, pp. 363-364.

MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, José Luiz de Anhaia. Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição – As Côrtes Constitucionais. Dissertação para concurso à cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1968.

MENDES, Conrado H.. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado H.. Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. 3 ed.. São Paulo: Saraiva, 1999.

MICHELMAN. Frank I.. Brenann and Democracy. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MONTESQUIEU, Charles-Loius de Secondat, Barão de La Brède e de. O Espírito das Leis. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NAGEL, Robert F.. Principle, Prudence, and Judicial Power. In: The Judiciary and American Democracy: Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory. Kenneth D. Ward and Cecilia R. Castillo eds.. New York: State University of New York Press, 2005..

NELSON, William E.. Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review. Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

NENNER, Howard. By Colour of Law: Legal Culture and Constitutional Politics in England, 1660-1689. Chicago: University of Chicago Press, 1977.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Estado Democrático de Direito e correção legislativa da jurisprudência. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18, n. 73, out.-dez., 2010.

OLIVER, Dawn. Constitutional Reform in the UK. New York: Oxford University Press, 2003.

ORTH, John V.. Did Sir Edward Coke Mean What He Said? 16, Constitutional Commentary. Vol. 16, 1999.

PETTER, Andrew. Twenty Years of Charter Justification: From Liberal Legalism to Dubious Dialogue. In: U. N. B. L. J.. Vol. 52, 2003.

PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e como princípio constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PICKERILL, J. Mitchell.. Constitutional Deliberation in Congress. London: Duke University Press, 2004; The Least Dangerous Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State. Edited by Richard Bauman and Tsvi Kahana. Cambridge: Cambridge University Press, 2006

PILDES, Richard H.. Is the Supreme Court a 'Majoritarian' Institution? In: New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 251, 2011.

POGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou Representação?: Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POLI, Vinicius José. Controle de constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 88.

POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSTEMA, Gerald J.. Classical Common Law Jurisprudence (Part 1). In: Oxford University Commonwealth Law Journal, Vol. 2, N. 2, 2002.

POSTEMA, Gerald J.. Philosophy of the *Common Law*. In: COLEMAN, Jules e SHAPIRO, Scott. *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. New York: Oxford University Press, 2004.

POUND, Roscoe. *The Spirit of the Common Law*. Marshall Jones Company, 1921.

POUND, Roscoe. What is the Common Law? In: POUND, Roscoe, ed.. *The Future of the Common Law*. Peter Smith, 1965.

PRICHETT, C. Herman. *Congress Versus the Supreme Court 1957-1960*. Minneapolis: University of Minesota Press, 1961.

QUINTANA, Victor Linares. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade: Uma reformulação*. Erin Kelly (org.). Tradução de Claudia Berliner. Revisão técnica e da tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes: 1997.

REHNQUIST. William H. *The Supreme Court – Revised and Updated*. New York: Vintage Books, 2002.

RINDERLE, Amanda e WHITTINGTON, Keith E.. Making a Mountain out of a Molehill? Marbury and the Construction of the Constitutional Canon. In: *Hastings Constitutional Law Quaterly*. February, 2012.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Irwin Law, 2001.

ROSTOW, E. V.. The Democratic Character of Judicial Review. 66 *Harvard Law Review*, 1952.

ROUSSEAU, J. J.. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RUSH, Mark. Constitutional Dialogues and the Myth of Democratic Debilitation: Defusing the Countermajoritarian Tension? Paper apresentado no encontro anual da Canadian Political Science Association, 1 June, 2010.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; e BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHAUER, Frederick. Is the Common Law Law? *California Law Review*, v. 77, 1989.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHLINK, Bernhard. Hercules in Germany? Roundtable

SCHMITT, Carl. La Tirania de los Valores. Traducción de Anima Schmitt de Otero. In: *Revista de Estudios Políticos*. Madrid: 115, Enero-Febrero, 1961.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 2006.

SEGADO, Francisco Fernández. Los Primeros Pasos del Tribunal Supremo Norteamericano: La Pre-Marshall Court (1790-1801). In: *Revista de Direito Público*, Ano II, N. 4, Julho/dezembro. Lisboa: Instituto de Direito Público, 2010.

SHAPIRO, Scott J.. *Legality*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SHEPPARD, Steve. Introdução. In: *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*. Vol. 1. Ed. Steve Sheppard. Indianápolis: Liberty Fund, 2003.

SIFUENTES, Mônica. Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SKINNER, Quentin. As fundações do pensamento político moderno. Tradução de Renato Janine Ribeiro (caps. 1 a 11) e Laura Teixeira Motta (caps. 12 em diante). Revisão técnica de Renato Janine Ribeiro. 6 reimp.. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SMITH, George, P. II. Dr. Bonham's Case and the Modern Significance of Lord Coke's Influence. *Washington Law Review*. Vol. 41, 1966.

SMITH, George, P. II. Marbury v. Madison, Lord Coke And Dr. Bonham: Relics Of The Past, Guidelines For The Present – Judicial Review In Transition? *University of Puget Sound Law Review*. Vol. 2, 1979.

SNOWISS, Sylvia. *Judicial Review and the Law of the Constitution*. New haven and London: Yale University Press, 1990.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder: Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

ST. GERMAN, Christopher. *Doctor and Student*. Ed. por T. F. T. Plucknett e J. L. Barton. London: Selden Society. 1 ed, 1974.

SUNSTEIN, Cass e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: *Michigan Law Review*. Vol. 101, n. 4, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional. Tradução de Letícia Borges Thomas. Revisão de André Pedreira Ibañez. In:

Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico. TEIXEIRA, A. V.; e OLIVEIRA, Elton S. de. Barueri: Manole, 2010.

SUNSTEIN, Cass R.. A Constitution of Many Minds: Why the Foundind Document Doesn't Mean What it Meant Before. Princeton: Princeton University Press; 2009.

SUNSTEIN, Cass R.. Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide. New York: Oxford University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R.. One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Second Print. Cambridge and London: Harvard University Press, 2001.

TASWELL-LANGMEAD, Thomas Pitt. English Constitutional History. 6 ed. Londres: P. Ashworth, 1905.

THAYER, James B.. John Marshall. Boston: Houghton Mifflin, 1901.

THAYER, James B.. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. Boston: Little, Brown, and Company, 1893.

TOMKINS, Adam. Public Law. New York: Oxford University Press, 2003.

TRUMAN, D. B.. The Governmental Process. New York: Knopf, 1951.

TUSHNET, Mark. *Marbury v. Madison* and the Theory of Judicial Supremacy. In: Great Cases in Constitutional law. Edited by Robert P. George. Princeton: Princeton University Press, 2000.

TUSHNET, Mark. Non-judicial review. In: Harvard Journal of Legislation. Vol. 40, pp. 453-492, 2003.

TUSHNET, Mark. Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Counter-Majoritarian Difficulty. In: Michigan Law review. Vol. 94, 1995.

TUSHNET, Mark. Taking the Constitution Away from the Courts. Princeton: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. Weak courts, strong rights – judicial review and social welfare rights on comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008..

ULLMANN, Walter. Jurisprudence in the Middle Ages. London: Variorum Reprints, 1980.

ULLMANN, Walter. Principles of Government and Politics in the Middle Ages. London: Mathuen, 1961.

UNGER, Roberto Mangabeira. What Should Legal Analysis Become? London: Verso, 1996.

VALE, André Rufino do.. Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: Repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

VARGAS, Daniel Barcelos. O Renascimento Republicano no Constitucionalismo Contemporâneo e os Limites da Comunidade: Uma Análise das Teorias Constitucionais de Bruce Ackerman, Frank Michelman e Cass Sunstein. Dissertação de mestrado. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2005.

VERMEULE, Adrian. Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge and London: Harvard University Press, 2006.

VERMEULE, Adrian. Judicial Review and Institutional Choice: the dilemma of institutional choice. William and Mary Law Review. Vol. 43, 2002.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. A emergência do papel político do Poder Judiciário e a ausência de controle político por parte do Conselho Nacional de Justiça. Paper apresentado no II Congresso Brasileiro das Carreiras Jurídicas de Estado. Brasília, 2010.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Liberalismo *versus* democracia: os conceitos de liberdade de Berlin e o diálogo entre Rawls e Habermas. In: Revista de Direito Internacional. Vol. 8, n. 2, jul./dez 2011.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de Coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Centro Universitário de Brasília – UniCeub, 2011.

WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *A Essência da Oposição ao Judicial Review*. Tradução de Adauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. In: *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WALDRON, Jeremy. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*. N. 1, 1993, p. 13.

WALDRON, Jeremy. *Introduction: Disagreements on Justice and Rights*. In: *New York University Journal of Legislation and Public Policy*. Vol. 6, n. 5, 2002.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WALDRON, Jeremy. *O Judicial Review e as Condições da Democracia*. In: *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WALUCHOW, W. J.. *A common law theory of judicial review: the living tree*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WARD, Kenneth D.. *Introduction*. In: *The Judiciary and American Democracy: Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory*. Kenneth D. Ward and Cecilia R. Castillo eds.. New York: State University of New York Press, 2005.

WEBBER, Jeremy. *Institutional Dialogue between Courts and Legislatures in the Definition of Fundamental Rights: Lessons from Canada (and elsewhere)*. In: SADURSKI, Wojciech (org.), *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*. Den Haag: Kluwer, 2002.

WECHSLER, Herbert. *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*. In: *Wechsler, Principles, Politics, and Fundamental Law*. Cambridge: Harvard university Press, 1961.

WELLINGTON, Harry H.. Foreword. In: BICKEL. Alexander M.. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed.. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

ZURN, Christopher. Deliberative Democracy and Constitutional Review. In: *Law and Philosophy*, 21, 2002.