

Problemas com o governo dos juizes: sobre a legitimidade democrática do *judicial review*

José Jardim-Rocha Júnior

Sumário

Introdução. 1. A formação do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos: os dois paradigmas do *judicial review*. 1.1. O paradigma Marshall I. 1.2. O paradigma Marshall II. 2. Recepção e crítica institucional a Marshall I e Marshall II. 2.1. Uma preliminar terminológica: uma questão apenas aparentemente formal. 2.2. A defesa do *judicial review* pela Suprema Corte. 2.3. A resistência do Legislativo e do Executivo ao *judicial review*. 3. A apreciação doutrinária ao *judicial review*. 3.1. Um recorrente ponto de partida: Alexander Bickel. 3.2. O ataque originalista a Marshall II: a legitimidade democrática do governo dos mortos. 3.3. A crítica de Ely a Marshall I e Marshall II: o *judicial review* como usurpação da democracia. 3.4. A defesa de um Marshall II hiper-reforçado: Michael Perry e o *judicial review* como *constitutional policymaking*. 4. Conclusão: sobre niilismo e fundamentalismo constitucional.

Introdução

“Foram certa vez as árvores a ungir para si um rei e disseram à oliveira: Governa sobre nós. Porém a oliveira respondeu: Deixaria eu o meu óleo, que Deus e os homens prezam, e iria pairar sobre as árvores? Então disseram as árvores à figueira: Vem e governa sobre nós. Porém a figueira lhes respondeu: Deixaria eu a minha doçura, o meu bom fruto, e iria pairar sobre as árvores? Então disseram as árvores à videira: Vem e governa sobre nós. Porém a videira lhes respondeu: Deixaria eu o meu vinho, que agrada a Deus e aos homens, e iria pairar sobre as árvores? Então todas as árvores disseram ao espinheiro: Vem e governa sobre nós. Respondeu o espinheiro às árvores: Se deveras me ungis rei sobre vós, vinde e

José Jardim-Rocha Júnior é Assessor de Ministro do TCU, Pós - graduado na Universidade de Coimbra e mestrando em Direito Constitucional na Universidade de Brasília.

refugiou debaixo de minha sombra; mas, se não, saia fogo do espinheiro que consuma os cedros do Líbano” (Livro dos Juizes, capítulo IX, versos 8 a 15)

Segundo as palavras do art. 16 da excelente Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Nos últimos 200 anos, a experiência da maioria das comunidades políticas ocidentais democratizadas tem sido de uma luta ingente para assegurar o cumprimento desses dois requisitos e, dessa forma, assentar uma Constituição legítima como a norma fundamental do seu governo.

Numa primeira fase, preponderou a preocupação de construir um arranjo institucional que assegurasse o exercício independente, conquanto harmônico, dos três poderes do Estado, o que, se logrou o êxito desejado, com a conformação de um Estado de Direito no sentido e nos limites do Estado de Direito liberal do século XIX, levou ao quase aniquilamento do outro requisito do constitucionalismo: a garantia dos direitos fundamentais.

Por isso, baseados mais nas experiências que historicamente vivenciaram do que em qualquer construção teórica, os povos da Europa e da América do Norte, para dizer com as palavras clássicas de Krüger, dariam um “giro coperniquiano” a partir do qual os direitos considerados inerentes à dignidade da pessoa humana não mais estariam à disposição dos poderes estatais, especialmente do legislador, mas antes passariam a ser o parâmetro da própria validade da atuação daqueles poderes. Em suma, de um Estado de Direito legal para um Estado de direitos constitucionais.

Nesse Estado Constitucional, a questão decisiva passa a ser o equilíbrio entre o *exercício da política*, em nome do povo, por parte dos poderes eleitoralmente responsáveis, e a *limitação da política*, a favor do povo, por meio da afirmação da superior força normativa da Constituição, com base no controle da conformidade a essa mesma Cons-

tituição dos atos daqueles poderes eleitos que fazem a política. Quando um tal controle é conformado como um exercício da função do Poder Judiciário e, dessa forma, atribuído a agentes que tradicionalmente eram considerados legitimados apenas para interpretar e aplicar o direito; e quando no exercício desse controle esses juizes da constitucionalidade passam efetivamente, e cada vez mais, a controlar a política para afirmar os direitos fundamentais dos indivíduos, indaga-se se já não seria o caso de se reconhecer a inversão do sinal da nossa equação de partida e assumir que a efetivação do requisito da garantia dos direitos é que estaria erodindo o requisito da separação dos poderes.

É sobre essa questão central do constitucionalismo contemporâneo, aqui – pela necessidade de respeitar os limites inerentes à tarefa acadêmica a que visou dar cumprimento¹ – discutida apenas com respeito à problemática norte-americana, que se intenta discorrer no trabalho que se segue.

1. A formação do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos: os dois paradigmas do judicial review

1.1. O paradigma Marshall I

Diferentemente do que ocorre na Europa, nos Estados Unidos fala-se em “tribunais constitucionais” para referir-se não apenas à Suprema Corte mas também aos demais tribunais que, por força da Seção 1 do Artigo III da Constituição, o Congresso “pode de tempo em tempo estabelecer”. Esses tribunais integram o Judiciário federal, sendo os seus membros indicados pelo Presidente da República após a aprovação do Senado e tendo a garantia de só poderem ser destituídos em caso de *impeachment* ou condenação criminal.

A competência dessa “jurisdição constitucional”, como conformada no Artigo III da Constituição norte-americana, está estru-

turada com base nos critérios de natureza da matéria e *status* das partes, alcançando todos os “cases” e “controversies” que tratem de “law and equity”. O sentido usual dos termos “cases” e “controversies” aponta inequivocamente para uma demanda concreta entre duas partes nas quais uma ofende ou está na iminência de ofender direitos juridicamente protegidos da outra², o que obviamente nem de longe alcançaria a afirmação de uma competência do Poder Judiciário para dizer da conformidade de atos de outros poderes em face dos preceitos da Constituição americana. Nas palavras de um dos autores clássicos da história constitucional americana, “a Constituição não fez qualquer declaração explícita no tocante à natureza do poder da Suprema Corte nem mesmo quando um caso claramente se insere na sua jurisdição”³.

O uso da expressão *judicial review* para designar essa competência dos juízes para examinar a constitucionalidade de normas e atos dos poderes estatais data apenas do início do século passado. Robert Clinton chega mesmo a precisar que Corwin teria sido o primeiro autor a se valer da expressão, no título do seu artigo *The Establishment of Judicial Review*, publicado em 1910⁴.

Não obstante, integra agora o acervo das mais importantes instituições jurídico-políticas do nosso tempo o reconhecimento, no direito dos Estados Unidos, de um poder de *judicial review of the constitutionality of legislation*, o que inevitavelmente é associado à *opinion* do Chief Justice Marshall em *Marbury v. Madison*. Por evidente, não se poderia sequer cogitar da possibilidade de uma decisão com o conteúdo de *Marbury v. Madison* sem que anteriormente se tivessem verificado os fatores presentes na experiência da colonização e da revolução americana. Do variado conjunto de razões apontadas para justificar o sucesso dessa empreitada, há um relativo consenso no tocante à consideração das seguintes como sendo as mais relevantes: i) o reconhecimento da possibilidade do controle da política por meio do direi-

to criado pelos representantes do povo; ii) a constatação de que também o legislador poderia ser instrumento de opressão; iii) como reação a esse último ponto, a opinião dos *founding fathers* de que a função de aplicar o direito alcançaria também o exame da validade dos atos do legislador em face da Constituição; e iv) a recepção da idéia de uma inferioridade hierárquica das leis, a partir da experiência forjada na colonização da invalidez das leis das colônias contrárias às disposições das cartas (*charters*) coloniais e das leis inglesas.

As duas primeiras razões mencionadas, embora aparentemente em conflito, foram colhidas pelos revolucionários norte-americanos na mesma fonte: a experiência inglesa da supremacia do Parlamento afirmada a partir da Revolução Gloriosa (1688). Com efeito, esse evento histórico, se, de um lado, demonstrava o êxito, contra Hobbes, da tese de Locke da possibilidade da prevalência da vontade da sociedade civil, expressa no Parlamento, sobre a vontade soberana do rei, por outro lado, para o povo das colônias, significava que um Parlamento assim supremo poderia inclusive cobrar impostos sem permitir aos colonos a representação legislativa, configurando na realidade uma nova forma de opressão.

Quanto à terceira razão, os debates na Convenção da Filadélfia (1787) claramente evidenciam que a rejeição das três tentativas de positivação no texto da Constituição de uma sistemática de controle dos atos legislativos foi determinada não por se entender que uma tal atribuição seria incompatível com as funções do Judiciário, mas antes pela oposição à natureza política dos órgãos de controle propostos e, mais ainda, por se considerar um tal controle um perigoso *plus* à competência de interpretação das leis inerente ao ofício dos juízes⁵.

Com efeito, a rejeição ao Conselho de Revisão, órgão político de composição mista previsto no *Virginia Plan*⁶, fundara-se no entendimento de que os juízes já “teriam meios suficientes para defender suas prerrogati-

tivas por meio da interpretação das leis, o que supõe o poder de decidir sobre sua constitucionalidade” ou de que “os juízes devem ter a possibilidade de interpretar as leis livres de qualquer restrição por haverem participado na sua formação”⁷. Da mesma forma, quando da rejeição do *New Jersey Plan*⁸, e com ele o seu art. 6º que previa a possibilidade do controle de constitucionalidade das leis dos Estados, James Wilson, ao voltar a defender o controle político nos moldes do que exerceria o Conselho de Revisão proposto no *Virginia Plan*, toma por assente entre os convencionais que os juízes têm o poder de apreciar a constitucionalidade das leis:

“O Judiciário deve ter possibilidade de protestar contra investidas que usurpem os direitos do povo ou deles mesmos. Alega-se que os juízes, como intérpretes das leis, já teriam a oportunidade de defender seus direitos constitucionais. Há relevo nessa observação, todavia esse poder dos juízes pode não ser suficiente. As leis podem ser injustas, sem critério, perigosas e destrutivas, mas ainda assim podem não ser inconstitucionais para justificar que os juízes se recusem a aplicá-las”⁹.

Finalmente, a derrota da iniciativa de James Madison deveu-se a que o sistema de controle por ele concebido previa a submissão das leis aprovadas a uma dupla revisão do Presidente da República e da Suprema Corte, os quais poderiam ver o seu juízo acerca da impropriedade da lei superado por nova deliberação do Congresso, o que por demais se identificava com as duas propostas anteriormente rechaçadas¹⁰.

Mas não é nos debates da Convenção da Filadélfia que tradicionalmente se recolhe o argumento considerado de maior valia para sustentar a concepção de que o *judicial review* fazia parte da intenção original dos constituintes, como posteriormente assumido por Marshall em *Marbury v. Madison*. Ao contrário, esse argumento “definitivo” é asso-

ciado ao documento 78 dos *Federalist Papers*¹¹, o conjunto de ensaios escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, sob o pseudônimo de “Publius”, para defender junto aos eleitores do Estado de Nova York a ratificação da Constituição aprovada em 17 de setembro de 1787, acerbamente atacada pelos antifederalistas¹². A situação do Estado de Nova York com respeito à ratificação da Constituição era crítica, pois que a sua delegação sequer aprovava o texto elaborado na Filadélfia, em razão de que dois dos seus três delegados, Lansing e Yates (o terceiro era Hamilton), abandonaram a Convenção por divergências. No ensaio 78, Hamilton, após qualificar o Judiciário como “o menos perigoso poder”¹³, assentou:

“A interpretação das leis é a função própria e peculiar dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. Portanto, a eles pertence determinar o seu sentido, do mesmo modo que de qualquer ato proveniente do corpo legislativo. Se entre a Constituição e a lei ocorrer uma divergência incontornável, deve preferir-se aquela que tem validade e força obrigatória superior; em outros termos, deve preferir-se a Constituição à lei; a intenção do povo à intenção dos seus representantes”¹⁴.

No que diz com a quarta razão mencionada, sabe-se que, em sua maioria, as colônias eram regidas por cartas ou estatutos que, além de regular a organização das suas instituições fundamentais, estabeleciam que as leis por elas elaboradas também não poderiam contrariar as leis inglesas, e isso ao ponto de o *Privy Council*, em diversos julgados do início do século XVIII, decidir que apenas as leis coloniais que atendessem a esse requisito poderiam ser aplicadas pelos juízes das colônias. Portanto, como afirmou Cappelletti, “quando em 1776 as Colônias (...) proclamaram a sua independência da Inglaterra, um de seus primeiros atos (...) foi

o de substituir as velhas ‘Cartas’ pelas novas Constituições, entendidas como *Leis Fundamentais* dos novos Estados independentes”, de sorte que, da mesma forma que antes os juízes consideravam inválidas as leis das colônias contrárias às Cartas coloniais e às leis do Reino, passaram eles a considerar igualmente nulas e inaplicáveis “as leis contrárias às novas e vitoriosas Cartas constitucionais dos Estados independentes”¹⁵.

Portanto, será esse o *background* no qual Marshall explicitará a idéia de que a aferição da conformidade constitucional de uma disposição legal é atribuição que em nada difere dos típicos conflitos normativos que ordinariamente os juízes enfrentam ao decidirem os casos concretos submetidos à sua consideração. Assumindo sem qualquer referência a lógica de Hamilton, Marshall assentaria na sua *opinion* a formulação que faria história e direito:

“Aqueles que aplicam uma disposição aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa disposição. Se duas normas conflitam entre si, as cortes devem decidir quanto à validade de cada uma. Assim também quando uma lei esteja em conflito com a Constituição; se tanto a lei quanto a Constituição incidem sobre um caso particular, a Corte deve decidir o caso confirmando a lei e desconsiderando a Constituição, ou confirmando a Constituição e desconsiderando a lei. A Corte deve determinar qual das disposições conflitantes regulam o caso. Isso é da própria essência da função judicial”¹⁶.

Aqui estamos diante de uma primeira orientação de Marshall (Marshall I), a rigor mais de Hamilton que de Marshall – por isso, doravante, lógica Hamilton-Marshall –, baseada na concepção de que a Constituição tem a mesma natureza de qualquer outra norma jurídica, conquanto de maior preeminência hierárquica, razão pela qual qualquer juiz, nos casos que tem de decidir,

pode conhecer e interpretar a Constituição segundo o cânon característico da função judicial, é dizer, a subsunção silogística de fatos concretos a normas abstratas.

1.2. O paradigma Marshall II

Não obstante a sacralidade que o posterior desenvolvimento do Direito Constitucional norte-americano conferiria à lógica de Hamilton-Marshall, não foi sem reação que ela foi recebida ao seu tempo. Em primeiro lugar, sustentava-se que o argumento de que o *judicial review* seria inerente à competência dos juízes para decidir casos e controvérsias, firmada no art. III da Constituição, não teria nenhum significado especial, porquanto a Constituição também estabelece que o “Poder Executivo será deferido ao Presidente dos Estados Unidos da América” com o poder-dever de “cuidar para que as leis sejam fielmente executadas” (Artigo II, Seções 1, nº 1, e 3). Portanto, por analogia ao que entendeu a Suprema Corte, não seria nenhum absurdo constitucional considerar que a competência do Presidente para interpretar o direito – e, então, a Constituição – estaria implícita nessa competência para executar o direito.

Ademais, embora a questão constitucional de fundo em *Marbury v. Madison*¹⁷ se resolvesse facilmente com a simplicidade da lógica de Hamilton-Marshall, a *opinion* de Marshall lançava as sementes de uma transformação no sentido do *judicial review* que, ao final, frutificaria vitoriosa. Como já sustentamos em trabalho anterior¹⁸, essa sugestão se dera na própria sentença que antecedia a célebre passagem, mencionada no tópico precedente, na qual Marshall derivava a competência dos juízes para expor e interpretar as disposições jurídicas, inclusive a Constituição, da mera necessidade de aplicação dessas disposições aos casos particulares. É que, ao asseverar ser “enfaticamente a função e o dever dos órgãos judiciais dizer o direito”¹⁹, Marshall lançara as bases para a atribuição aos juízes de uma competência que pouco – para alguns, nada

- tem que ver com a interpretação e aplicação de disposições jurídicas aos casos e controvérsias concretos, mas que, ao contrário, se identificava com a pronúncia de direito em tese. Quando exercida pela Suprema Corte com respeito ao direito da Constituição, isso representaria a declaração do "supreme law of the land", direito prevalecente sobre a interpretação da Constituição formulada pelos demais juízes, pelos legisladores e demais agentes públicos, e pela própria sociedade.

Thomas Grey sustenta que essa segunda dimensão do *judicial review* - para nós já insinuada em *Marbury v. Madison*²⁰ - fundava-se numa distinta e igualmente influente concepção da Constituição: a Constituição como um símbolo sagrado da nacionalidade.

Nas suas palavras,

"virtualmente desde o momento da sua ratificação, os americanos têm tratado a Constituição dos Estados Unidos não apenas como um instrumento jurídico mas também como um símbolo sagrado. Junto com a bandeira, ela é um dos totens da nossa tribo. Nós falamos 'a Constituição' e ninguém pergunta 'quê constituição'? Exibimos o documento original para as pessoas verem do mesmo modo que os religiosos exibem as suas relíquias sagradas. As constituições dos estados nunca receberam tal tratamento, nem mesmo quando a soberania dos estados era uma noção mais vital do que é hoje. Nenhuma outra nação trata a sua constituição deste modo" (GREY, 1984, p. 17).

A avaliação de Grey é que Marshall não enfatizou a idéia da Constituição como um símbolo sagrado, ao reivindicar para os juízes a competência do *judicial review*, porque naquele contexto invocar o aspecto simbólico da Constituição, em detrimento do seu aspecto especificamente jurídico, não seria "retoricamente atrativo", uma vez que suscitaria reações na linha de que os juízes são

investidos apenas da função de decidir casos concretos de acordo com as normas estabelecidas, e não de comportar-se como oráculos dos valores da sociedade. Todavia, uma vez estabelecido com segurança o *judicial review*, os juízes poderiam ampliar sua autoridade para invocar a "Constituição como símbolo", e o fizeram, segundo Grey, por meio de um silogismo falacioso:

a) o *judicial review* requer que os juízes apliquem a Constituição;

b) a Constituição simboliza a "essência da América";

- Conclusão: o *judicial review* requer que os juízes identifiquem e apliquem a essência da América.

Para Grey, haveria aí uma falácia porquanto nas duas premissas o mesmo termo "Constituição" é empregado com significados diferentes. Na primeira, "Constituição" é o documento (o "rulebook") que contém as disposições jurídico-constitucionais que, nos cânones da lógica de Hamilton-Marshall, deveriam ser meramente interpretadas quando da apreciação dos casos concretos. Na segunda, "Constituição" é a relíquia venerada pelos americanos como "a última e melhor esperança da terra". Apenas reconhecendo essa mudança de sentido no termo Constituição é que se poderá compreender porque, embora a "legitimidade do *judicial review* esteja para os propósitos práticos estabelecida, o próprio escopo dessa prática esteja ainda continuamente em debate" (GREY, 1984, p. 19).

O primeiro caso em que esse segundo sentido da Constituição seria adotado com conseqüências práticas importantes foi *McCulloch v. Maryland*. A questão submetida à Suprema Corte dizia respeito à recusa de John McCulloch, funcionário do *Bank of the United States*, instituído por lei federal, em pagar um tributo cobrado do banco com base em lei do Estado de Maryland. A discussão suscitava graves problemas de conflito de competência entre a União e os Estados, tendo como pano de fundo a questão da própria constitucionalidade do poder da União

para a criação de um banco nacional. Se reconhecida a possibilidade de criação do banco, o caso reclamava ainda o exame da legitimidade constitucional da incidência sobre as suas atividades dos tributos criados por um dos estados da federação.

Mais uma vez foi Marshall quem redigiu a decisão da Corte, na qual se assentou que a União dispunha de um poder constitucionalmente assegurado para a instituição de um banco nacional e para a implantação de suas unidades nos diversos estados, os quais, ademais, “não têm qualquer poder, seja pela tributação ou por qualquer outro modo, para retardar, impedir, ameaçar ou controlar de qualquer modo a execução de leis conformes à Constituição aprovadas pelo Congresso”²¹.

Decisiva na argumentação de Marshall foi a assertiva, absolutamente contrastante com a lógica de Marshall I, de que era uma *Constituição* – e a ênfase é do original (“It is a *constitution* we are expounding”) – que estava sendo interpretada, o que exigia do juiz consideração a essa sua natureza peculiar. Nas suas palavras, “uma Constituição, se apresentasse em detalhes todas as implicações dos grandes poderes que ela admite, e de todos os meios pelos quais eles poderiam ser postos em execução, se afeiçoaria a prolixidade de um código jurídico e dificilmente poderia ser apreendida pela mente humana”. Portanto, a própria “natureza” da Constituição reclamaria que “apenas os seus grandes contornos sejam marcados, apenas os seus importantes objetivos descritos, e os elementos menores que compõem esses objetivos devem ser deduzidos da natureza dos próprios objetivos. Que essa concepção foi recepcionada pelos redatores da Constituição americana não é inferido apenas da natureza do instrumento mas também da sua linguagem”.

Aplicada ao caso em exame, a nova orientação perfilhada por Marshall levou concretamente a duas importantes conclusões constitucionais: i) a doutrina dos poderes implícitos – sendo um fim legítimo e dentro

do escopo da Constituição, seriam implicitamente assegurados ao Poder Público para a sua consecução “todos os meios que são apropriados, que são plenamente compatíveis com o fim, que não são proibidos, mas consistentes com a letra e o espírito da Constituição”; e ii) ao recusar a tributação de uma entidade criada pelo Congresso, a Suprema Corte assentava que o Legislativo estadual afetava pessoas que não eram nele representadas, o que violava a pressuposição inerente à Constituição de que o direito do povo de eleger os seus representantes é uma salvaguarda contra o abuso do poder por parte dos agentes públicos eleitos.

Do ponto de vista da prática subsequente do *judicial review*, essa segunda metódica constitucional de Marshall – doravante Marshall II –, bem assim as implicações dela decorrentes, resultou, em primeiro lugar, na afirmação da noção fundamental de que, uma vez que as provisões da Constituição são direcionadas a vigorar ao longo do tempo, elas devem ser interpretadas segundo amplas construções, consoante as necessidades dos novos e imprevistos problemas que surgem. Em segundo lugar, antecipando uma questão que tem estado no centro do debate constitucional americano desde a publicação do clássico de John Hart Ely *Democracy and Distrust*, Marshall II será o início da idéia da “representation-reinforcement”, é dizer, a concepção segundo a qual a função principal do *judicial review* é eliminar as imperfeições no funcionamento do governo representativo²². Finalmente, apenas por acolher uma concepção do *judicial review* na linha do paradigma de Marshall II é que pôde a Suprema Corte proferir as diversas decisões posteriores em que: i) derivou direitos sem quase nenhuma vinculação com o texto da Constituição – liberdade contratual (*Lochner v. New York*) e direito à privacidade (*Griswold v. Connecticut* e *Abortion Cases*) –; ii) aplicou de modo geral disposições constitucionais expressamente incidentes apenas em casos mais limitados, por exemplo, pela imposição do *Bill of Ri-*

ghts contra os Estados ou, reversamente, pela aplicação contra a União da “equal protection clause” prevista na 14ª Emenda apenas para os Estados; e iii) ampliou princípios estabelecidos na Constituição além do conteúdo normativo desejado pelos framers, por exemplo, quando considerou incluída na proteção da 14ª Emenda a gravação de conversas por equipamentos eletrônicos²³.

2. Recepção e crítica institucional a Marshall I e Marshall II

2.1. Uma preliminar terminológica: uma questão apenas aparentemente formal

Os traços gerais da análise que se vem de empreender seguem o *script* tradicional da abordagem prevalecente no debate constitucional norte-americano, embora com uma relevante diferença no padrão terminológico. Os distintos sentidos do *judicial review* que aqui denotamos por Marshall I e Marshall II são referidos nos debates doutrinários pelo par antitético *interpretivism* e *non-interpretivism*, designações cuja origem, como reconhecido por John Hart Ely (1995, p. 1), que as tornaria de uso corrente, remonta a um outro célebre trabalho de Thomas Grey, *Do We have an Unwritten Constitution?*

Nesse seminal artigo, em que se propõe a defender as decisões dos Tribunais Warren e Burger acerca da *equal protection clause* e do *right of privacy*, Grey distingue um *pure interpretive judicial review* e um *noninterpretive judicial review*. O *pure interpretive judicial review*, “a teoria sobre a qual o *judicial review* foi fundada em *Marbury v. Madison*”, caracteriza-se por sua “fidelidade ao texto constitucional”, conquanto não se confunda com o *literalism*, porquanto esse último insiste em que “apenas as normas inferíveis do texto é que devem ser utilizadas na interpretação e decisão constitucional”, ao passo que o primeiro “certamente admite que, ao determinar normas constitucionais, as cortes possam dirigir a sua visão para pro-

pósitos estabelecidos por trás de textos eventualmente opacos”. A sua vez, o *noninterpretive judicial review* sustenta abertamente que a Suprema Corte pode exercer a função de “intérprete dos ideais básicos nacionais de liberdade individual e justo tratamento, ainda quando o conteúdo desses ideais não está expresso como um direito positivo na Constituição escrita” (GREY, 1975, p. 706).

A tese central de Grey é no mesmo sentido da terceira implicação por nós assentada ao final do tópico anterior: alguns dos mais importantes casos decididos pela Suprema Corte²⁴ têm em *Marbury v. Madison* um “paradigma inapropriado”, porquanto neles a referência e a análise do texto constitucional desempenham um papel menor, configurando-se antes como “normas dominantes da decisão (...) aquelas amplas concepções da estrutura do Estado e dos direitos individuais (...) cujo conteúdo é escassamente especificado na Constituição escrita” (GREY, 1975, p. 708).

Embora concordando com a orientação dominante na análise de Grey, é de se reconhecer que a sua distinção rigorosa entre *pure interpretive judicial review* e *noninterpretive judicial review* – ou, para usar os termos incorporados ao debate constitucional, entre *interpretivism* e *non-interpretivism* – tem o grave inconveniente de prestar-se a apreciações no sentido de que as decisões da Suprema Corte fundadas no paradigma de Marshall II não mais se inserem no âmbito da interpretação constitucional. Dessa forma, quando menos como um argumento retórico, elas tendem a reforçar as posições daqueles que sustentam que nesses casos a Suprema Corte estaria “de fato reescrevendo as ordenanças constitucionais de acordo com a preferência de uma maioria de juízes que pretende impor sua vontade sobre a nação” (BERGER, 1997, p. 465).

Por essa razão, Dworkin refuta a pertinência dessa distinção, qualificando-a como “uma variante acadêmica para o grosseiro equívoco popular de que alguns juízes obedecem à Constituição e outros a des-

consideram”, uma vez que todo juiz consci-ente da sua função acolhe a “interpretação em seu sentido mais amplo: cada um tenta sustentar a melhor interpretação a nossa estrutura e prática constitucionais, para poder vê-las em sua melhor perspectiva” (1999, p. 431).

Mais significativo ainda, o próprio criador da inovação terminológica viria posteriormente a renegar a sua criatura, assumindo expressamente que ela “distorce o debate”, uma vez que “o conceito de interpretação é amplo o suficiente para abarcar qualquer forma plausível de interpretação e aplicação constitucional”. Literalmente “lamentando os erros do passado”, Grey passa a defender que o que interessa não é discutir se os juízes devem restringir-se a interpretar, mas sim sobre “o quê” eles devem interpretar e que atitudes interpretativas devem adotar. Como alternativa, Grey sugere os novos rótulos – ao seu ver, menos enganosos – *texturalists* e *supplementers* para referir-se, de um lado, àqueles que consideram o texto como a única fonte legítima das “normas operativas” na interpretação constitucional e, de outro lado, àqueles que aceitam fontes adicionais nessa tarefa (1984, p.1).

Por essas razões, em detrimento da tradicional distinção *interpretivism / non-interpretivism*, preferiremos nesta análise a distinção Marshall I / Marshall II.

2.2. A defesa do judicial review pela Suprema Corte

No tocante à recepção do *judicial review* pelas instituições estatais norte-americanas, é de se ressaltar que, como seria de se esperar, a Suprema Corte se entende legitimada para o seu exercício nas bases abrangentes em que ele se configurou na esteira do paradigma Marshall II. Curioso é que a Corte defende essa sua elevada competência sem qualquer preocupação em ater-se a uma linha de argumentação que se identifique rigidamente com Marshall II, mas, ao contrário, adota pragmaticamente também a orientação de Marshall I nas situações em que

ela é mais conveniente às suas necessidades.

Desse modo, numa compreensão tipicamente silogística do *judicial review*, em *United States v. Butler*, a Suprema Corte, qualificando a acusação que algumas vezes lhe é dirigida de “revogar ou controlar a ação dos representantes do povo” como uma “concepção equívoca”, dirá que, quando “um ato do Congresso é apropriadamente impugnado nos tribunais como contrário a uma ordenança constitucional, o Poder Judicial do Estado tem apenas um único dever: colocar o artigo da Constituição que é invocado ao lado da lei impugnada e decidir se o último se conforma ao primeiro”²⁵.

Por vezes, o que parece colocar-se a meio do caminho entre Marshall I e Marshall II²⁶, a Suprema Corte fundamenta a legitimidade do *judicial review* na necessidade de extrair um sentido contemporâneo para disposições vagas e abstratas de uma Constituição escrita por e para uma sociedade que já não existe mais. Pense-se, por exemplo, o que significaria para a sociedade pluralista de hoje a punição “cruel e inusual” da 8ª Emenda ou a proibição do “estabelecimento de religião” da 1ª Emenda, firmadas por constituintes que representavam um povo bastante homogêneo na suas crenças morais e religiosas. Nessa linha, em *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, a Suprema Corte considerou que a singela afirmação de que “o que as provisões da Constituição significavam na concepção [dos constituintes] ela deve significar para os nossos dias” não teria qualquer sentido útil, uma vez que, “se ela pretende dizer que as grandes cláusulas da Constituição devem ser confinadas à interpretação que os constituintes, com as condições e visões do seu tempo, teriam associado àquelas cláusulas, tal postulação conteria a sua própria refutação”²⁷.

Finalmente, num histórico posicionamento assumidamente *à la* Marshall II, a Corte, diante da recusa do Governo de Arkansas em acatar a orientação contra a segregação racial firmada em *Brown v. Board*

of Education, defendeu a autoridade da sua decisão não apenas como o direito válido da nação mas já como “the supreme law of the land”, vinculante para todos os poderes públicos estaduais, assentando ainda que, para aqueles que não são agentes públicos, o seu dever de obedecer à Constituição é um dever de obedecer à Constituição no sentido em que por ela interpretada. Fundando essa sua orientação já mesmo na formulação de Marshall em *Marbury v. Madison*²⁸, a Suprema Corte asseverou:

“O art. VI da Constituição faz da Constituição o ‘supremo direito da nação (*the supreme law of the land*)’. Em 1803, o *Chief Justice* Marshall, falando por uma Corte unânime, referiu-se à Constituição como ‘o direito fundamental e proeminente da nação’ e declarou no notável caso *Marbury v. Madison* que ‘é enfaticamente a função e o dever dos órgãos judiciais dizer o direito’. Essa decisão declarou o princípio básico de que o Judiciário federal é supremo na exposição do direito da Constituição, e que esse princípio tem sido sempre respeitado por esta Corte e pela nação como uma característica permanente e indispensável do nosso sistema constitucional. Daí decorre que a interpretação da 14ª Emenda enunciada por esta Corte no *Brown case* é o supremo direito da nação (*the supreme law of the land*), e o art. VI da Constituição a torna de efeito vinculante sobre os Estados (...). Todos os agentes do Executivo, Legislativo e Judiciário estadual estão solenemente obrigados, pelo juramento tomado de acordo com o art. VI, cláusula 3, ‘a sujeitar-se a esta Constituição’²⁹.

2.3. A resistência do Legislativo e do Executivo ao judicial review

Ao contrário do que normalmente se imagina entre nós, na experiência norte-americana o acatamento ao “princípio básico”,

enunciado pela Suprema Corte, “de que o Judiciário federal é supremo na exposição do direito da Constituição” não é isento de contestação por parte dos outros Poderes do Estado.

No que se refere ao Legislativo, um dos exemplos clássicos é o da legislação que bania o trabalho infantil. Em 1916, no auge da *Era Lochner*, o Congresso aprovou uma lei proibindo o comércio interestadual de produtos de indústrias que empregassem menores de 14 anos. A Suprema Corte, ao fundamento de que a regulação da jornada de trabalho de crianças nas fábricas e minas era uma questão “exclusivamente de competência estadual”, e que, conseqüentemente, o efeito final da legislação seria o de disciplinar essa matéria, considerou-a inconstitucional³⁰.

Embora acatando a decisão – o *judgment* – da Corte, no sentido de que aquela específica lei era inconstitucional, o Congresso não aceitou os argumentos por ela invocados para assim decidir – as *opinions* –, aprovando uma nova lei com a qual impunha um imposto adicional de 10% sobre a venda de produtos oriundos de tais fábricas. Novamente submetida a questão à Suprema Corte, essa invalidou a cobrança do tributo e determinou a devolução dos valores pagos pelos contribuintes, sustentando que “o assim chamado imposto é uma punição para coagir o povo de um estado a agir como o Congresso deseja que elas ajam com respeito a uma questão que, na disciplina da Constituição Federal, é da absoluta alçada do governo do Estado”³¹.

De novo o Congresso acatou o *judgment* da Corte, mas se insurgiu contra a interpretação da Constituição em que ela se baseara, elaborando, já no contexto do *New Deal*, uma nova lei – o *Fair Labor Standards Act* –, que, entre outras disposições laborais, baniu em definitivo o trabalho infantil. Assim, somente por ter “desobedecido” a interpretação da Constituição que a Suprema Corte fazia é que o Congresso, embora respeitando o dispositivo concreto por ela prolatado,

pôde, ao final da “queda-de-braço”, fazer prevalecer a sua interpretação constitucional no tocante à sua competência para legislar sobre o trabalho infantil.

Finalmente, embora normalmente se enfatize o problema da legitimidade do *judicial review* em face da atividade do legislador, cumpre abordar as implicações dessa temática com respeito ao Poder Executivo, pois que, na experiência norte-americana, é nesse domínio que se tem configurado a mais forte reação ao exercício de uma tal competência segundo o paradigma Marshall II.

Um dos primeiros a impugnar esse amplo poder e, em conseqüência, a reivindicar a competência do Executivo para no seu âmbito deliberar livremente sobre o que seria ou não constitucional foi Thomas Jefferson. Escrevendo já depois de *Marbury v. Madison*, Jefferson justificou nos seguintes termos o perdão que ele, já como Presidente, concedera a alguns dos seus correligionários republicanos, condenados com base numa lei, aprovada por um Congresso então dominado pelos federalistas, que tipificava como crime de sedição criticar o Presidente da República:

“nada na Constituição tem dado a eles [os juízes] um direito a decidir para o Executivo, mais do que o Executivo para decidir para eles. As duas magistraturas são igualmente independentes na esfera de ação a elas atribuída. Os juízes, entendendo constitucional a lei, têm o direito de proferir uma sentença com multa e prisão, porquanto esse poder lhe foi concedido pela Constituição. Todavia, o Executivo, considerando a mesma lei inconstitucional, foi incumbido de sustar a sua execução, uma vez que esse poder lhe foi atribuído pela Constituição. Esse mecanismo significa que os seus poderes coordenados devem controlar uns aos outros. Mas a opinião que atribui aos juízes o direito de decidir quais leis são ou não constitucionais, e isso não apenas para eles mes-

mos, na sua esfera de ação, mas também para o Legislativo e o Executivo, na suas respectivas esferas, transformaria o judiciário num poder despótico”³².

Essa orientação foi igualmente acolhida pelo Presidente Andrew Jackson em 1832, ao vetar, por considerar inconstitucional, um ato legislativo que autorizava novamente o funcionamento de um banco nacional, a despeito de a Suprema Corte ter firmado orientação em sentido contrário. Segundo Jackson, “todo agente público que jura obedecer a Constituição assume que a obedecerá conforme o seu entendimento dela e não conforme ela é entendida pelos outros”, pelo que, ao examinar a constitucionalidade de qualquer lei ou resolução que lhes sejam submetidas, os órgãos do Congresso e o Presidente exercem um dever equivalente ao imposto à Suprema Corte de verificar a constitucionalidade dos atos ou leis para efeito de uma decisão judicial³³.

Mas o caso historicamente mais relevante de resistência do Executivo à supremacia da Suprema Corte é o de Abraham Lincoln. A polêmica de Lincoln com a Corte, embora começando em *Dred Scott v. Sandford* – em que ele acusara a Corte de se considerar Deus ao tratar a sua decisão como o “direito supremo da nação” –, não se limitava a esse caso isolado, mas era, como para Jefferson, uma posição de princípio. Como ele afirmou numa célebre passagem:

“Nós não propomos que, quando a Corte decidiu que Dred Scott era um escravo, nós, como uma turba, deveríamos decidir que ele era livre. Nós não propomos que, quando uma ou milhares de outras pessoas sejam consideradas escravos pela Corte, nós, por algum meio violento, deveríamos nos opor ao direito de propriedade assim estabelecido. Todavia, nós de fato nos opomos a que essa decisão seja considerada vinculante para os eleitores, de modo a impedi-los de eleger quem dela discorde; ou para os membros

do Congresso ou para o Presidente, de modo a impedi-los de favorecer medidas opostas aos princípios estabelecidos naquela decisão”³⁴.

Essa posição de princípio foi colocada em cheque no caso *Ex parte Merryman*³⁵. Com o Congresso em recesso, Lincoln, alegando o interesse da segurança pública, suspendeu a concessão de qualquer *writ* de *habeas corpus*. John Merryman, preso por atos de guerra contra um regimento federal, obteve do *Chief Justice* Taney um *habeas corpus*, o qual não foi acatado pelo comandante militar responsável, sob a alegação de que Lincoln tinha suspenso a concessão daquele *writ*. Em face dessa recusa, Taney dirigiu um *writ* diretamente a Lincoln, a fim de que ele “pudesse cumprir o seu dever constitucional de cumprir as leis, assegurando a obediência ao processo nos Estados Unidos”, não logrando da mesma forma êxito. Segundo o relato do *Chief Justice* Renhquist, a única e melancólica atitude de Taney foi reconhecer que, embora exercendo todo o poder que a Constituição e as leis lhe conferiam, tal poder fora confrontado por “uma força muito poderosa para ser superada”.

3. A apreciação doutrinária ao judicial review

3.1. Um recorrente ponto de partida: Alexander Bickel

Um recorrente ponto de partida no debate norte-americano acerca da legitimidade do *judicial review* tem sido a obra clássica de Alexander Bickel *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. A par da inegável qualidade da obra, essa escolha tem sido grandemente influenciada pelo fato de Bickel procurar conciliar as duas posições em debate, esforçando-se para ao mesmo tempo justificar e limitar o *judicial review*. Para os nossos propósitos, essa escolha é igualmente pertinente, porquanto as posições doutrinárias que em seguida discutiremos acolhem pelo menos

uma das vertentes da abordagem de Bickel: os originalistas, que se insurgem violentamente contra Marshall II, e John Hart Ely, que não aceita nem aspectos de Marshall I nem Marshall II, assumirão sem restrições a sua ênfase na “dificuldade contramajoritária”; Michael Perry, que formulará uma contundente defesa de uma ainda mais reforçada versão do *judicial review*, recepcionará enfaticamente a sua justificação para uma visão expansiva da atividade judicial.

Partindo de uma formulação que se tornaria um *slogan*, Bickel considera que o problema central do *judicial review* é que ele se conforma como uma “força contramajoritária” no sistema constitucional norte-americano: “Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo, (...) ela frustra a vontade dos representantes do povo real (...); ela exerce controle não em nome da maioria prevalecente mas contra essa maioria”. Portanto, mesmo assumindo que o processo político de representação é freqüentemente imperfeito e que os juízes não são, como tradicionalmente se alega, politicamente insensíveis, nada “pode alterar a realidade essencial de que o *judicial review* é uma instituição anômala na democracia americana” (BICKEL, 1986, p. 17-19).

Para Bickel a impossibilidade de se estabelecer um exercício do *judicial review* plenamente compatível com a teoria democrática implica que o melhor que podemos alcançar é uma “acomodação tolerável” entre aqueles dois elementos, capaz de atenuar a acusação quanto ao caráter antidemocrático do *judicial review*. Isso se efetivaria se o processo de interpretação e aplicação de normas constitucionais viabilizasse a expressão de um aspecto da vontade popular real: é que, segundo Bickel, uma boa sociedade não desejará apenas satisfazer as necessidades da maioria mas também se esforçará para apoiar e manter “valores gerais duradouros” (1986, p. 25).

Exatamente nesse ponto reside o argumento de Bickel para viabilizar esse *judicial review* toleravelmente acomodado às exigên-

cias de uma democracia representativa: comparados aos legisladores e agentes executivos, os tribunais têm mais habilidades para tratar com esses valores duradouros, com “as questões de princípios”. Os agentes públicos tipicamente responsáveis perante o eleitorado muitas vezes tomam decisões que mesmo involuntariamente atingem os “valores que sustentamos ser de interesse mais geral e permanente”. Nesses casos, quando a pressão por resultados imediatos é forte e de elevado teor emocional, aqueles agentes “normalmente preferirão agir segundo os seus próprios interesses e não segundo uma visão mais abrangente”. Isso é que faz com que os legisladores se evidenciem extremamente mal equipados para dar conta do encargo que se espera deles de não apenas respeitar “a prevalência de princípios já estabelecidos” mas também de alcançar o “estabelecimento e a renovação criativa de um conjunto coerente de regras orientadas por princípios (*principled rules*)” (1986, p. 25).

Os juízes, ao contrário, têm, ou ao menos deveriam ter, a capacidade crucial para identificar os valores duradouros da sociedade, ou seja, o “treinamento e o distanciamento para comportar-se como acadêmicos (*to follow the ways of the scholar*) na persecução dos fins públicos”, pelo que eles podem “apelar ao melhor da natureza dos homens”, às suas aspirações que podem ter sido esquecidas nestes momentos mais difíceis (BICKEL, 1986, p. 25-26).

3.2. O ataque originalista a Marshall II: a legitimidade democrática do governo dos mortos

No debate constitucional norte-americano, consideram-se originalistas aqueles que sustentam que o exercício do *judicial review* é legítimo apenas quando na interpretação da Constituição os juízes, em especial a Suprema Corte, atêm-se à vontade ou compreensão original (*original intent or understanding*) dos pais constituintes. Acolhendo parcialmente Bickel, os originalistas conside-

ram antidemocrático que juízes, agentes eleitoralmente não responsáveis, digam aos representantes da maioria, esses sim responsáveis perante os eleitores vivos de hoje e os *framers* mortos do passado, o que eles podem ou não fazer. Adotando a nossa terminologia, serão originalistas aqueles que aceitam apenas o paradigma do *judicial review* de Marshall I, rejeitando o de Marshall II.

Surgindo nos Estados Unidos como uma reação crítica ao, assim por eles considerado, “ativismo judicial” dos Tribunais Warren e Burger, o originalismo, tradicionalmente associado a posições políticas e morais consideradas conservadoras, terá entre os seus principais defensores Robert Bork – cuja indicação por Reagan para a Suprema Corte seria rejeitada pelo Senado –, Raoul Berger³⁶, Edward Meese III – *Attorney General* no Governo Reagan –, e, entre os atuais membros da Suprema Corte, o *Chief Justice* Willian Renhquist e o *Justice* Antonin Scalia³⁷.

Assumindo e atualizando a idéia de *neutral principles* proposta por Wechsler em 1959 (p. 1-35), Bork sustentará que o juiz deve manter-se vinculado ao “texto e à história” da Constituição, e não “construir novos direitos” (1971, p. 8). Se os constituintes realmente quisessem delegar aos juízes a função de criar novos direitos, tal como na prática efetivamente se fez pelo trabalho da Suprema Corte seguindo o paradigma Marshall II, eles, segundo Bork, teriam atribuído à 9ª Emenda alguma redação similar à seguinte: “A Suprema Corte, de tempo em tempo, identificará e fará valer direitos adicionais determinados a partir da filosofia moral ou por consideração às idéias dominantes do governo republicano” (1979, p. 697). Como isso não foi feito, nos casos em que o *original intent* da Constituição

“não contém uma eleição moral ou ética, o juiz não pode utilizar seus próprios valores para rechaçar a decisão da coletividade expressa na lei. Essa, por definição, é uma base inadequada para o *judicial review*. (...) Os tribu-

nais devem aceitar qualquer escolha de valores do legislador, a não ser que ela seja inequivocamente contrária à escolha feita quando da redação da Constituição” (1971, p. 10-11).

No limite, se uma tal concepção originalista não se revelar adequada, a única solução legítima que permanecerá é abandonar o *judicial review* e “deixar que as maiorias democráticas governem livremente, pois não existe qualquer direito superior ao seu”. Levando ao extremo o uso político da sua formulação teórica, e compreensivelmente contundente contra aqueles que militaram na vitoriosa campanha contra a sua nomeação para a Suprema Corte, Bork dirá que “a ortodoxia do *original understanding* e a neutralidade política que a jurisdição requer são um anátema à cultura liberal que por cinqüenta anos tem obtido uma sucessão de vitórias políticas nos tribunais e que anseia por mais vitórias políticas no futuro”. Essa ortodoxia americana seria objeto do ódio dos representantes da cultura liberal em razão de que eles têm uma agenda moral e política própria que não pode ser apoiada na Constituição nem por qualquer legislatura cujos membros desejem ser reeleitos. Por isso que “esses *partisans* querem juízes que conquistarão as suas vitórias alterando a Constituição” (1991, p. 7).

Em posição similar, Berger (1997, p. 460) chega a indagar “quanto tempo poderá sobreviver o respeito do povo por uma Corte, da qual depende em última instância o seu poder, quando se considera que a Corte que condena atos dos outros como inconstitucionais atua ele mesma inconstitucionalmente?”.

3.3. A crítica de Ely a Marshall I e Marshall II: o *judicial review* como usurpação da democracia

Provavelmente a mais articulada apreciação do padrão do *judicial review* vivenciado nos Estados Unidos é aquela enunciada por John Hart Ely³⁸. Além de criticar profundamente os paradigmas Marshall I e Marshall II – interpretativismo e não-interpretativismo, na terminologia que ele her-

dou de Grey e disseminou –, Ely, assumindo o projeto de Bickel mas chegando a conclusões radicalmente divergentes, propõe-se a desenvolver uma formulação que possa conciliar o *judicial review* com os fundamentos democráticos do sistema jurídico-político dos Estados Unidos³⁹.

Segundo Ely, diferentemente do verificado com respeito à Declaração de Independência e aos Artigos da Confederação, a Constituição foi integralmente “submetida à ratificação do ‘povo mesmo’”. Essa circunstância não seria um mero simbolismo sem importância, já que o fato de o próprio texto da Constituição prescrever eleições e uma forma republicana de governo nos estados expressa “seu claro compromisso com um sistema de democracia representativa tanto no nível federal quanto estadual”. Aludindo ao ensaio 38 de Madison nos *Federalist Papers*, Ely assinala como um fato notável que nenhuma outra forma de governo chegou a ser seriamente considerada entre os constituintes (1995, p. 5).

Para Ely, o interpretativismo (Marshall I) apresenta *prima facie* duas grandes vantagens em relação a uma abordagem não-interpretativista (Marshall II): i) a sua maior compatibilidade com as concepções usuais acerca do que é o direito e de como ele opera; e ii) a sua maior compatibilidade com a teoria democrática subjacente ao sistema de governo norte-americano.

Com respeito à primeira, Ely sustenta que, ao interpretar uma lei, seja para verificar a licitude de alguma conduta particular seja para decidir da sua conformidade com outra norma jurídica – situação mais característica das questões constitucionais –, um tribunal certamente se restringirá a determinar o escopo e as restrições expressas ou implícitas no seu texto. Se em tal situação um juiz se declarasse insatisfeito com o conteúdo daquela lei e manifestasse a intenção de aplicar outros valores mais fundamentais, que ele entendia serem compartilhados pelo povo, poder-se-ia concluir que “ele não estaria fazendo o seu trabalho”⁴⁰.

Quanto à segunda vantagem, Ely sustenta que uma abordagem interpretativista é mais defensável quando se atenta para o problema central, indicado por Bickel, do *judicial review*: criar um órgão que não é “eleito ou politicamente responsável em qualquer modo significativo” com competência para dizer aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem atuar como eles gostariam. É que o risco de os juízes se pautarem segundo a sua própria discricionariedade é infinitamente menor quando eles adotam uma posição interpretativista, porquanto nesse caso eles se baseiam nos valores do próprio texto ou da história da Constituição, o que em última análise significa – uma vez que a Constituição recebeu a ratificação popular – que eles se baseiam em valores oriundos do povo mesmo. Numa abordagem não-interpretativista, ao contrário, são os próprios juízes que definem os valores que deveriam ser colocados além do controle da maioria, o que inegavelmente seria incompatível com a teoria democrática.

Todavia, sob outro aspecto, também o interpretativismo não é compatível com a democracia, sendo essa precisamente a primeira das duas restrições que Ely imputa a essa abordagem, levando-o a descartá-la como uma expressão legítima do *judicial review*. É que a subordinação irrestrita ao *original intent of the Framers* importaria negar às gerações seguintes o direito, igualmente legitimado na democracia, de decidir como gostariam de viver as suas vidas. A segunda deficiência do interpretativismo, segundo Ely, é que na Constituição – “the interpretivist’s Bible” –, ao lado das disposições de conteúdo bem preciso – nas quais “a linguagem é tão clara que uma referência a propósitos parece desnecessária” –, existem cláusulas de significado extremamente aberto (*extremely open-textured*), que outra coisa não são do que “amplos convites para importar para o processo de decisão constitucional considerações que não estarão baseadas na linguagem da [Constituição ou] das emendas ou nos debates que levaram a elas” (1995, p. 14).

Mas o fato de ser insustentável o exercício do *judicial review* segundo a lógica de Marshall I não implica que estaria legitimada uma orientação não-interpretativista, à la Marshall II, que atribui à Suprema Corte a competência para dar “conteúdo às disposições de sentido aberto (*open-ended*) da Constituição por meio da identificação e aplicação sobre os poderes eleitos daqueles valores que são, por uma ou outra fórmula, realmente importantes ou fundamentais” (ELY, 1995, p. 43). É que para Ely todas as fontes indicadas como base para a identificação desses valores fundamentais são inaceitáveis.

Com efeito, a aplicação de *valores pessoais* dos próprios juízes contradiz o princípio democrático, uma vez que implicaria a imposição da vontade de um corpo de pessoas que não presta contas de sua ação perante o eleitorado sobre a vontade da maioria formada a partir da legítima manifestação política dos próprios eleitores. Ademais, essa posição colocaria a vida das pessoas, que depende tremendamente das decisões da Suprema Corte, à mercê do relativismo do que cada um dos juízes entenda seja um valor fundamental.

O *direito natural* é uma fonte de valores essencialmente vaga e contraditória, no sentido de que pode ser invocada para justificar quase todo tipo de posição. Ely cita como exemplos a escravidão – que era, por um lado, combatida pelos abolicionistas como afrontosa aos direitos naturais de toda criatura humana e, por outro, era considerada nas Constituições de Kentucky (1850) e de Kansas (1857) como “anterior e superior a qualquer sanção constitucional” – e a que ele considera a mais explícita invocação do direito natural em uma decisão da Suprema Corte, qual seja, a de Bradley em *Bradwell v. Illinois*, em que se negou o direito ao exercício da advocacia a uma mulher, ao fundamento de que “a organização da família, que é fundada nos mandamentos divinos, e a natureza das coisas indicam a esfera doméstica como aquela que apropriadamente diz respeito à mulher. (...) O destino e missão

superior da mulher é cumprir o nobre e benigno ofício de esposa e mãe. Essa é a lei do Criador”⁴¹.

Quanto aos chamados “neutral principles”, Ely afirma que, na sua formulação originária, não haveria qualquer problema, porquanto a essência do apelo de Wechsler era simplesmente que a Suprema Corte deveria ser “neutra” no sentido de que um princípio aplicado a um caso deveria ser igualmente acatado em todos os outros casos similares. Todavia, o desenvolvimento posterior dessa idéia teria levado alguns a considerar os “neutral principles” não apenas como uma forma de limitação à atividade dos juízes mas antes como uma fonte de conteúdos substantivos. Para Ely, essa postulação seria ambígua e falaciosa, uma vez que “requerimentos de generalidade de princípio e neutralidade de aplicação não proporcionam uma fonte de conteúdo substantivo” (1995, p. 55).

Com respeito à sugestão, dominante na literatura constitucional, para que na descoberta dos valores fundamentais os juízes utilizem “o método da razão familiar ao discurso da filosofia moral” – conforme uma formulação de Bickel –, Ely alega que “tecnicamente a razão por si só não pode nos dizer nada: ele pode apenas conectar premissas à conclusão”. É, uma vez que cada pessoa tem a sua própria opinião sobre qual seja a filosofia moral correta, as questões constitucionais passariam a depender da posição de cada juiz com respeito às orientações filosóficas em voga. Assim, fazendo referência aos então influentes e antagonísticos trabalhos de Rawls e Nozick, Ely enuncia, ironicamente, como seria uma decisão da Corte: “Nós gostamos de Rawls, vocês gostam de Nozick. Nós vencemos, 6-3. A lei é inválida”. Ademais, segundo Ely, os juízes não são as pessoas mais habilitadas a identificar qual seja a filosofia moral correta, uma vez que eles – do mesmo modo como os juristas e filósofos morais –, situando-se nos estratos superiores da classe média, tendem a considerar os seus próprios valo-

res como sendo aqueles igualmente importantes para as demais pessoas. Em resumo, a razão “ou é uma fonte vazia (...) ou, se não é vazia, é tão flagrantemente elitista e antidemocrática que deveria ser refutada de saída” (1995, p. 59).

No que se refere à *tradição*, Ely a reputa uma fonte que apresenta a mesma debilidade já apontada no tocante aos valores pessoais dos juízes, ao direito natural e à razão, é dizer, a impossibilidade de a partir dela ser definida objetivamente, com independência da posição pessoal de cada juiz, uma resposta que possa justificar a invalidação de um posicionamento contrário do legislativo. Além disso, a idéia de um respaldo na tradição tem uma natureza não-democrática, pois que “é dificilmente conciliável com a teoria do nosso governo a proposição de que uma maioria de ontem, assumindo que seja uma maioria, deva controlar a de hoje” (1995, p. 62).

Finalmente, Ely analisa a sugestão que ele considera ser a idéia que estaria no “core da maioria das posições dos ‘valores fundamentais’”: a idéia de que o conteúdo das disposições constitucionais expressas em termos vagos deveria ser determinado com base nos “valores amplamente compartilhados na sociedade”, o *consenso*. Tomando como referência a abordagem de Wellington⁴², Ely considera que, *prima facie*, o consenso supera as duas principais restrições por ele apontadas: em primeiro lugar, o consenso não se dilui no relativismo da subjetividade de cada juiz, já que os valores consensuados estão “aí fora” para serem descobertos; depois, ele não conflita com os fundamentos democráticos do sistema de governo, já que esses valores são produto de opiniões da maioria. Todavia, para Ely, essa impressão inicial seria enganosa. É que, caso se considere que a função do consenso é proteger os direitos da maioria, assegurando que a legislação realmente reflita os valores populares, inegavelmente o processo legislativo estaria muito melhor qualificado para esse fim do que o processo judici-

al. E, caso se considere que o consenso destina-se a proteger os direitos dos indivíduos e minorias contra a ação da maioria, chegar-se-ia a um *nonsense*: “empregar os juízes de valor da maioria como o veículo para proteger as minorias dos juízos de valor da maioria” (1995, p. 69).

3.4. A defesa de um Marshall II hiper-reforçado: Michael Perry e o *judicial review* como constitutional policymaking

Na defesa de um exercício ativo do *judicial review* por parte dos juízes com vistas à afirmação de valores constitucionais substantivos, Michael Perry⁴³ é um autor que pode ser apresentado como um contraponto à altura das contundentes críticas de John Hart Ely. Adotando a terminologia cunhada por Grey e disseminada por Ely, mas chegando a resultados absolutamente diferentes deste último, Perry partirá também do reconhecimento de duas modalidades de *judicial review* praticadas pela Suprema Corte: o *interpretive judicial review* e o *noninterpretive judicial review*.

Para ele, ocorreria um *interpretive judicial review* quando a Suprema Corte afere a conformidade constitucional de uma norma com base “em um juízo de valor recolhido, ainda que não necessariamente de modo expresso, em um preceito determinado do texto constitucional ou na estrutura de governo inerente à Constituição” (PERRY, 1982, p. 10). Essa modalidade de *judicial review*, identificável, sem maiores problemas, com Marshall I, não suscitaria qualquer questionamento quanto à sua legitimidade, uma vez que aí a Suprema Corte tão-somente verificaria se a norma submetida ao seu controle conforma-se aos limites estabelecidos nos juízos de valor dos *framers*.

A sua vez, tem-se um *noninterpretive judicial review* quando a Suprema Corte procede ao controle de constitucionalidade da norma com base “em um juízo de valor distinto daquele constitucionalizado pelos *framers*”. Essa dimensão do *judicial review* seria não-interpretativa em razão de que a

Suprema Corte chega à sua decisão sem interpretar qualquer dispositivo da Constituição, “embora, por segurança, o Tribunal venha a justificar a sua decisão com uma retórica destinada a criar a ilusão de que está simplesmente ‘interpretando’ ou ‘aplicando’ alguma disposição constitucional” (1982, p. 11). Essa variante – que, em razão da amplitude em que enunciada por Perry, por vezes parece exceder mesmo o âmbito do *judicial review* associado neste trabalho ao paradigma Marshall II⁴⁴ – é considerada ilegítima pelos “interpretativistas”, porquanto pressupõe a imposição pela Suprema Corte dos valores subjetivos dos juízes sobre os valores do legislador.

Repetindo e radicalizando um argumento antes mencionado de Grey, Perry dirá que, caso não se acolha no âmbito do *judicial review* também essa sua segunda versão, uma parte significativa da jurisprudência da Suprema Corte do século, em particular aquela relativa à liberdade de expressão no período dos Tribunais Warren e Burger, seria ilegítima, já que “muito pouco dessa doutrina reflete algum juízo de valor constitucionalizado pelos redatores da 1ª Emenda” (1982, p. 63). Nesse ponto, Perry refuta o argumento de Dworkin para abarcar ainda nos limites do *interpretive judicial review* essas decisões, é dizer, o de que os constituintes teriam constitucionalizado apenas *conceitos* e não *concepções* acerca dos valores, sustentando que a história do processo de elaboração da Constituição demonstra que os constituintes estavam constitucionalizando valores precisos e, da nossa ótica atual, limitados.

Portanto, para Perry, aqueles que pretendem legitimar um *noninterpretive judicial review* – um Marshall II hiper-reforçado – prestariam um desserviço quando invocam argumentos textuais ou históricos inconsistentes, ao invés de assumir com franqueza que a maior parte das decisões da Suprema Corte com respeito a direitos fundamentais não mais se enquadra nos limites do que poderia ser considerado uma “interpretação constitucional”, sendo antes “um tipo

de formulação de política (*policymaking*) por meio da qual a Suprema Corte decide sem qualquer vinculação a algum juízo de valor constitucionalizado pelos constituintes". Em suma, essas decisões "não expressam (...) a interpretação e aplicação de valor assumidos e recolhidos pelos redatores da Constituição, mas sim juízos de valor elaborados e impostos pela Suprema Corte sobre os poderes do Estado eleitoralmente responsáveis" (1982, p. 2).

Mas como poderia uma tal prática estar ainda compreendida no âmbito do que propriamente se poderia chamar de *judicial review*? E qual seria a base da legitimidade para um tal exercício de *policymaking* pela Suprema Corte? Ao contrário de Ely, que se propusera a construir um modelo de *judicial review* que fosse compatível com a teoria democrática subjacente ao sistema político norte-americano, Perry se contenta com uma resposta *funcional* para essas questões: se por meio desse *constitutional policymaking* a Suprema Corte desempenha uma função pública fundamental para a qual, realisticamente falando, não se consegue vislumbrar qualquer prática alternativa, e se essa função consegue se acomodar – na linha da "acomodação tolerável" de Bickel – ao princípio democrático da responsabilidade eleitoral dos formuladores de política (os *policymakers*), essa prática estaria legitimada como uma expressão do *judicial review* de competência da Suprema Corte.

Com respeito ao primeiro requisito, Perry argumenta que o povo americano se entende obrigado a promover o progresso moral por meio de respostas adequadas a questões de direitos fundamentais, já que ele não aceita que a moral seja arbitrária, que a justiça se reduza à soma de preferências da maioria. Portanto, a sociedade americana precisa de um "profeta moral" que verifique se as decisões da maioria, expressas no texto das leis, são compatíveis com aquele progresso moral. Acolhendo o argumento de Bickel, Perry considera que, entre os poderes do Estado, o Judiciário seria o mais

habilitado para exercer essa função, uma vez que o Legislativo e o Executivo "tendem a enfrentar as questões políticas e morais fundamentais, pelo menos as mais controversas, balizados pelas convenções morais prestigiadas pela maioria dos seus eleitores", o que os leva a querer não o progresso moral mas sim a chancelar as preferências atuais do povo que elege. Em suma, o que justificaria o exercício desse *noninterpretive judicial review* é que ele exerce a função de corrigir o que, de outro modo, seria uma lacuna grave no sistema político norte-americano, é dizer, "a ausência de uma instituição de formulação de políticas (*policymaking*) que enfrente regularmente os problemas políticos e morais fundamentais sem o apelo (...) às convenções morais já estabelecidas" (1982, p. 101).

Quanto ao requisito da "acomodação tolerável", após refutar outras sugestões que se pretendem conducentes a esse resultado⁴⁵, Perry sustenta que isso seria alcançado por meio do exercício pelo Congresso da competência prevista no art. III, § 2º, cláusula 2ª, da Constituição, que lhe permite limitar a jurisdição da Suprema Corte e dos demais tribunais federais⁴⁶. Dessa forma, o Congresso poderia limitar os efeitos das decisões ou orientações jurisprudenciais da Corte suprimindo a sua jurisdição sobre determinadas questões, por exemplo, o direito ao aborto. Para Perry, conquanto não seja agradável a idéia de se conceder tão amplo poder para que o Congresso limite o "profeta moral" da sociedade, todo jurista interessado em justificar o *noninterpretive judicial review* e deferente ao princípio da responsabilidade eleitoral dos *policymakers* concordaria com essa restrição (1982, p. 137).

4. Conclusão: sobre niilismo e fundamentalismo constitucional

"In matters of power, the end of doubt and distrust is the beginning of tyranny". (Laurence Tribe)

Talvez fosse menos oneroso intelectualmente concluir este ensaio assumindo sem

mais uma posição similar à de Brest (1981, p. 1063) e conformar-se com a conclusão de que “a controvérsia sobre a legitimidade do *judicial review* em um sistema democrático – a obsessão histórica das teorias normativas acerca do Direito Constitucional – é inerentemente incoerente e sem solução”. Nessa mesma linha, quem sabe não seria o caso de, aquiescendo ao apelo de Tribe (1985, p. 7), reconhecer a futilidade de se buscar formular uma teoria que possa adequadamente legitimar a prática do *judicial review*, sem tomar seriamente em conta que “nenhum exercício de poder, em qualquer sociedade que o planeta tenha conhecido, é genuinamente desprovido de problemas”.

Por, força é reconhecer, o exercício de um tal poder de *judicial review of the constitutionality of legislation* jamais se reconduzir isento de contestação ao que tradicionalmente se entende seja a função jurisdicional – a de decidir casos e controvérsias concretos a partir de um dado direito –; depois, em consequência, por implicar o exercício desse poder que as cortes constitucionais façam política – já que, por evidente, somente por meio de juízos políticos poderão ser confrontadas com uma Carta Política as decisões políticas de um corpo político⁴⁷ –, o fato é que essa função de verificar a conformidade constitucional de normas está condenada ao castigo eterno da polêmica constitucional.

Todavia, não é o caso de se quedar num niilismo constitucional, pois que precisamente o que se pode recolher como ensinamento do debate norte-americano é o valor da prática institucional de uma comunidade política quando, dentro das possibilidades reais que se oferecem, ela, em um padrão mínimo tolerável, organiza-se como uma república sujeita ao governo do direito legitimamente posto pelos homens e não ao governo dos homens ilegítimamente criadores de direito.

Dai por que não será difícil refutar como afrontosa ao valor essencial da soberania popular a idéia de um fundamentalismo originalista por força do qual se deveria con-

sultar os mortos para deles extrair comandos vinculantes para a conduta dos homens e mulheres de hoje. Por serem tão povo quanto o eram os redatores da Constituição de ontem é que podem os homens de hoje reivindicar o seu direito incontestável de viver também a sua própria Constituição, de gozar do seu “momento constitucional” (Ackerman) para decidir legitimamente acerca dos valores em função dos quais desejam reconduzir a uma forma jurídica o acerto político fundamental no tocante ao modo como pretendem viver a sua vida. A experiência de sabedoria, mas também de ignorância, dos antepassados por certo que deverá ser consultada ao tomarmos decisões constitucionais hoje, mas isso não ao ponto de implicar a renúncia a esse direito fundamental de todos os homens de participarem eles mesmos na produção das normas que governarão as suas vidas.

É atento exatamente a esse primeiro risco fundamentalista é que se deve ser receptivo a orientação que valora a necessidade de abertura à moralidade por parte dos juízes constitucionais, ao enfrentarem as questões decisivas para a existência humana que são cultivadas na seara constitucional. É que, embora não possamos declinar uma teoria rigorosa que respalde uma tal postura, é apenas por referência a ela que poderemos ousar dizer ao próprio povo soberano que ele não pode tudo⁴⁸, que nem uma maioria expressiva de seus membros, representados numa convenção constituinte ou mesmo reunidos numa assembleia direta, pode, por exemplo, querer assegurar a alguns o direito de possuir como escravos outros homens e mulheres, ou a negar a alguns, tão só em razão da sua raça, cor ou condição econômica, o exercício e a proteção de direitos inerentes à condição humana aos demais assegurados. Desde que não se configure aí a operação de um novo fundamentalismo constitucional, um fundamentalismo meramente legitimador da imposição dos valores e preferências do “profeta moral” da comunidade, sem qualquer enraizamento an-

tropológico, histórico ou moral, sobre os valores e preferências da própria comunidade, essa abertura constitucional à moralidade estará sempre legitimada.

E, por derradeiro, é em razão dessa última convicção que se deve estar alerta para um terceiro risco fundamentalista. Com efeito, não fora por nós conhecido o sábio conselho de Maquiavel segundo o qual “a maneira como vivemos é tão diferente daquela como deveríamos viver que quem despreza o que se faz pelo que deveria ser feito aprenderá a provocar a sua própria ruína, e não a se defender” (1979, p. 64), é possível que tivéssemos motivos para anuir aos clamores de Ely no sentido de que invocar o *judicial review* para “inventar” direitos sequer pensados pelos constituintes seria uma imposição intolerável de juízes sem legitimidade popular sobre a vontade dos representantes do povo democraticamente eleitos. Mas por que o povo que pode legitimamente deferir a seus representantes o exercício em seu nome de quase todas as funções de governo não poderia, também legitimamente, aceitar que alguns entre os seus membros o representem na missão de identificar quais são os valores, a extrair de uma Constituição que se assume “eterna”, que regularão a vida cambiante de todos os dias? Será que devemos, num “fundamentalismo democrático”, pretender ser mais democráticos que o próprio povo e exigir que ele, quem sabe num “plebiscito de todos os dias”, decida diretamente todos os valores que ele próprio tem livremente deixado à deliberação de outrem? Quando a democracia alcança um conteúdo mínimo de realidade, não deveria ser deixado ao juízo do próprio povo o decidir se permanecem fazendo a sua vontade aqueles que, ao interpretar e aplicar o direito da Constituição, decidem quais são os valores que governarão dimensões fundamentais da nossa vida?

Enfim, é provável que os constitucionalistas nunca venhamos a entrar em acordo sobre qual a teoria do *judicial review* que melhor se ajuste aos requisitos de legitimação

democrática, mas será certo que, quando o povo não governa sobre aqueles que sobre eles governam com suas decisões constitucionais, não estaremos mais na república e sim na tirania dos juízes. Apenas o povo é que pode decidir se o “governo dos seus juízes” é tal qual videira que dá o fruto que “alegra Deus e os homens” ou como espinheiro cuja sombra não nos traz qualquer proteção.

Notas

¹ O presente *paper* foi apresentado no 1º semestre/2000 no Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

² Ao contrário do que se verifica na Europa — por exemplo, na Alemanha e na Itália —, os tribunais federais norte-americanos, em especial a Suprema Corte, consideram incompatíveis com a natureza da função judicial responder “questões hipotéticas” ou prolatar decisões sem qualquer efeito prático, em que apenas seriam formuladas recomendações ou apelos aos poderes públicos (*advisory opinions*). Cf. *Clinton v. Jones*, 520 US 699 (1997), em que se reafirmou que “the judicial power to decide cases and controversies does not include the provision of purely advisory opinions to the Executive, or permit the federal courts to resolve non justiciable questions”.

³ McCLOSKEY, 1994, p. 3. De uma ótica mais pragmática, Perry sustenta que “the debate about whether the Constitution establishes judicial review has limited relevance today. The practice of judicial review, including the modern practice of judicial review of federal acts, has indisputably become a definitive feature of American government — indeed, a feature we unreservedly hold out as a model to the world. (...) In the sense that judicial review is now a definitive feature of American government — a *constitutive* feature — judicial review is constitutional” (PERRY, 1994, p. 26).

⁴ CLINTON, 1989, p. 7.

⁵ Com a mesma posição do texto, cf. Blanco Valdés, que fala em “opinião majoritariamente favorável dos *Pais Fundadores* no tocante à atribuição aos juízes da função de controle de constitucionalidade” (BLANCO VALDÉS, 1994, p. 134), e Currie, afirmando que, “na Convenção, tanto os defensores quanto os adversários do proposto Conselho de Revisão tinham reconhecido que as cortes examinarão a validade da legislação do Congresso” (*apud* SUNSTEIN, 1986, p. 27); entre nós, cf. POLETTI, 1995, p. 24. Em sentido contrário, McCloskey

entende que “nem as palavras da Constituição nem o provável intento daqueles que a elaboraram e ratificaram justificavam qualquer certeza em 1790 quanto ao escopo ou finalidade do poder da Corte para supervisionar os estados ou o Congresso. O máximo que se poderia dizer é que linguagem e intento não *precluam* que a Suprema Corte pudessem tornar-se o poderoso tribunal da história posterior” (McCLOSKEY, 1994, p. 5).

⁶ O *Virginia Plan*, o primeiro texto tomado como referência na elaboração da Constituição, fora proposto em 29 de maio de 1787 pelo Governador da Virgínia, Edmund Randolph, e, entre os seus 15 artigos, o 8º, no que agora interessa, estabelecia que “o Executivo e um número adequado de membros do Judiciário Nacional devem compor um Conselho de Revisão com autoridade para examinar qualquer ato da Legislatura Nacional antes da sua execução (...); a impugnação do Conselho implicará a rejeição da lei, a menos que a Legislatura Nacional a aprove novamente” (cit. em KETCHAM, 1986, p. 38).

⁷ As duas passagens referem-se a discursos de delegados na Convenção da Filadélfia e foram recolhidas em BLANCO VALDÉS, 1994, p. 130.

⁸ O *New Jersey Plan* fora apresentado em 15 de junho para suprir lacunas decorrentes da rejeição de alguns pontos do *Virginia Plan* (cf. o seu texto em KETCHAM, 1986, p. 63-65).

⁹ Cit. em KETCHAM, 1986, p. 120. Também enfrentando a questão da pertinência de cumular-se o controle (político) dos atos legislativos com o controle (jurídico) de constitucionalidade exercido pelos juízes, os delegados Martin — contrário à idéia por considerá-la “perigosa inovação” — e Mason — favorável — apresentam argumentos relevantes para a tese que vimos defendendo: segundo Martin, “quanto à constitucionalidade das leis, trata-se de matéria submetida aos juízes em razão da natureza mesma das suas atribuições. Por essa natureza eles têm uma competência de rejeição das leis (*they have a negative on the laws*). Associá-los ao executivo na Revisão é conceder-lhes uma dupla competência de rejeição” (KETCHAM, 1986, p. 123). Já Mason, respondendo a Martin, afirmara: “Alega-se que se os juízes participassem deste controle (*check*) sobre as leis eles teriam uma dupla competência de rejeição (*they would have a double negative*), uma vez que pela sua capacidade de interpretação das leis eles já teriam uma competência de rejeição (*they would have one negative*). Eu contesto esse argumento, uma vez que em apenas um caso essa sua capacidade poderia impedir a aplicação das leis: se eles declarassem a nulidade de uma lei inconstitucional” (KETCHAM, 1986, p. 124).

¹⁰ Na realidade, a proposta de Madison apresentava algumas especificidades: todo projeto de lei aprovado seria submetido ao exame indepen-

dente do Presidente e da Suprema Corte; a eventual decisão de impropriedade da lei seria levada à consideração das duas casas parlamentares e o número de votos para derrubar aquela decisão dependeria de se o juízo de impropriedade da lei fosse de apenas uma das duas autoridades (ou o Presidente ou a Suprema Corte), caso em que seriam necessários 2/3 dos votos de cada casa parlamentar, ou de ambas, caso em que seriam necessários 3/4 dos votos (cf. BLANCO VALDÉS, 1994, p. 133 e 134).

¹¹ Segundo Garry Wills, “embora *O Federalista* não tivesse motivado o povo a ratificar a Constituição, ela proveu-o com a mais autorizada interpretação da Constituição após a sua adoção” (p. xi da Introdução, em HAMILTON, 1982). Com posição diferente, Sunstein *et al.* advertem que, “embora os *papers* sejam freqüentemente consultados como um meio de entender a teoria subjacente à Constituição e à intenção dos constituintes, é importante ter em mente que os ensaios foram em muitos aspectos peças de propaganda direcionadas a persuadir aqueles em dúvida” (SUNSTEIN, 1986, p. 7).

¹² Os antifederalistas, baseados principalmente na idéia de virtude cívica — a disponibilidade dos cidadãos para subordinar os seus interesses particulares ao bem comum — do republicanismo clássico de Montesquieu e Rousseau, consideravam que o texto da Constituição, ao propiciar uma expansão sem medida dos poderes do Governo Federal, representava uma traição aos princípios da Revolução Americana, que, segundo os Artigos da Confederação, “seriam inviolavelmente observados por todos os estados”. Para uma análise das concepções dos antifederalistas, vitoriosas na recusa à ratificação da Constituição nos Estados da Carolina do Norte e do Sul e derrotadas por escassa margem em Nova York (30 a 27), cf. a já mencionada coletânea editada por Ralph Ketcham, *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates* (KETCHAM, 1986).

¹³ “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the constitution” (HAMILTON, 1982, p. 393).

¹⁴ HAMILTON, 1982, p. 395. Como veremos em seguida, na sua *opinion* em *Marbury v. Madison*, Marshall, sem fazer qualquer referência ao texto de Hamilton, praticamente repetirá essas palavras.

¹⁵ CAPPELLETTI, 1992, p. 62. Para uma análise dos casos no período entre a aprovação das Constituições dos diversos Estados e a adoção da Constituição Federal em que cortes estaduais invalidaram leis contrárias às suas Constituições, lista que, dependendo do autor, varia de 7 (Mario Einaudi) a

9 (Edward Corwin) julgados, cf. o excelente *El valor de la Constitución* (BLANCO VALDÉS, 1994, p. 124-128). Cf., por outro lado, a tese mais radical de Currie, na linha de que o *judicial review* já teria sido expressamente afirmado pela própria Suprema Corte antes de *Marbury v. Madison*, tanto em votos isolados de juízes — James Iredell em *Chisholm v. Georgia*, 2 US 419 (1793) e *Calder v. Bulland*, 3 US 386 (1798); e Samuel Chase em *Cooper v. Telfair*, 4 US 14 (1800) — quanto em decisões envolvendo a inconstitucionalidade de leis estaduais em face da Constituição do Estado — em *Ware v. Hylton*, 3 US 199 (1796) —, *apud* SUNSTEIN, 1986, p. 27.

¹⁶*Marbury vs. Madison*, 5 US 137 (1803).

¹⁷Como é sabido, Willian Marbury dirigiu o *writ* contra James Madison diretamente à Suprema Corte com base num dispositivo do *Judiciary Act* de 1789 que acrescentava à competência originária da Corte estabelecida na Constituição uma nova competência para emitir ordens de *mandamus* contra “qualquer tribunal ou pessoas que desempenhem cargos públicos sob a autoridade dos EUA”. Na inusitada seqüência que adotou, Marshall primeiramente concluiu que Marbury tinha direito à sua nomeação como juiz de paz, para somente ao final reconhecer que, não obstante, não seria a Suprema Corte o órgão judicial competente para assegurar esse direito, uma vez que inconstitucional o dispositivo do *Judiciary Act* que, alterando o preceito da Constituição, permitira a Marbury impetrar o *writ* diretamente junto à Suprema Corte.

¹⁸ Em *Supremacia da Constituição ou Supremacia do “Defensor” da Constituição? O efeito vinculante nas decisões da Suprema Corte*, *paper* apresentado no 2º semestre/1999 no Mestrado da Faculdade de Direito da UnB, a ser publicado no número inaugural da Revista Brasileira de Direitos Fundamentais.

¹⁹ “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is”, *Marbury vs. Madison*, 5 US 137 (1803).

²⁰ Como se verá em seguida, Grey não admite expressamente essa percepção de Marshall já em *Marbury v. Madison*. Acolhendo a posição defendida no texto, cf. a importante decisão da Suprema Corte em *City of Boerne v. Flores*, 521 US 507 (1997), na qual literalmente repetiu-se o argumento de Marshall ao se declarar que, quando interpreta a Constituição, a Corte está atuando “na seara (*province*) de um órgão judicial, que tem por obrigação dizer o direito (*to say what the law is*)”.

²¹ *McCulloch v. Maryland*, 17 US 316 (1819).

²² Para uma discussão da “representation-reinforcement theory” de Ely, cf. o nosso *Fazendo o feitiço virar contra o feiticeiro: o procedimento como estratégia de legitimação da periferia do Welfare State*, em JARDIM-ROCHA, 2000, p. 29-54. Cf. também a observação na nota 58.

²³ *Katz v. Unites States*, 389 US 437 (1967).

²⁴ A lista de Grey inclui *Dred Scott*, 60 US 393 (1857); *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905); *Brown v. Board of Education*, 347 US 483 (1954); *Baker v. Carr*, 369 US 186 (1962); *Death Penalty Case (Furman v. Georgia)*, 408 US 238, (1972)); e *Abortion Cases (Roe v. Wade)*, 410 US 113 (1973), e *Doe v. Bolton*, 410 US 179 (1973)).

²⁵ *United States v. Butler*, 297 US 1 (1936).

²⁶ A meio caminho entre Marshall I e Marshall II porquanto uma certa discricionariedade judicial, com todas as implicações subjetivistas decorrentes, não é negada mesmo nos âmbitos positivistas que identificam a função do juiz como sendo de mera aplicação de normas preexistentes a fatos concretos (cf. nesse sentido HART, 1994, p. 137-149).

²⁷ *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 US 398 (1934).

²⁸ E, dessa forma, como já ressaltamos anteriormente, numa posição acolhida neste trabalho e divergente da esposada por Grey.

²⁹ *Cooper v. Aaron*, 358 US 18 (1958).

³⁰ *Hammer v. Dagenhart*, 247 US 251 (1918).

³¹ *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 US 20 (1922).

³² Carta a John Adams de 11 set. 1804, *apud* TRIBE, 2000, p. 725.

³³ *Apud* TRIBE, 2000, p. 723; o caso mencionado é *Osborn v. Bank of United States*, 22 US 738 (1824).

³⁴ *The Collected Works of Abraham Lincoln*, *apud* Hartnett, 1999, p. 152.

³⁵ *Ex parte Merryman*, 17 Fed. Cases 144 (1861).

³⁶ Não obstante a referência que se vem de fazer às posições políticas dos originalistas, o próprio Berger se define como um simpatizante dos “princípios da esquerda moderada do Partido Democrático (BERGER, 1997, p. 336).

³⁷ Para uma breve referência às posições de Scalia, o mais combativo dos juízes integrantes da ala conservadora da Suprema Corte, mencione-se aqui uma passagem sua: “If the Constitution were (...) a novel invitation to apply current societal values, what reason would there be to believe that the invitation was addressed to the courts rather than to the legislature?” (SCALIA, 1989, p. 849).

³⁸ Segundo Perry, “John Ely’s *Democracy and Distrust* is the most important work in American constitutional theory in the post-*Roe v. Wade* era” (PERRY, 1994, p. 193). Embora a análise do texto baseie-se exclusivamente na formulação desenvolvida em *Democracy and Distrust*, o próprio Ely reconhece, no simpósio realizado na University of Virginia para comemorar os 10 anos da sua obra, ser ainda para ele correta a idéia de que “juízes nomeados e vitalícios devem comportar-se diferentemente dos oficiais eleitos”, em *Another such Victory: Cons-*

titutional Theory and Practice in a World where Courts are not different from Legislatures (ELY, 1991, p. 833).

³⁹ Nos limites deste trabalho, tão-somente discutiremos as críticas de Ely ao padrão do *judicial review* vivenciado nos Estados Unidos, já que a apresentação em bases adequadas da sua proposta alternativa de *judicial review*, a “representation-reinforcement theory”, reclamaria uma análise específica. Para uma descrição dos elementos centrais da abordagem de Ely, cf. JARDIM-ROCHA, 2000, p. 50-51.

⁴⁰ ELY, 1995, p. 3. Frise-se que, enfrentando a decisiva questão que decorre dessa ponderação, qual seja, saber se a natureza mesma da Constituição já inviabilizaria essa postura tradicional da interpretação jurídica, Ely, conquanto reconhecendo que essa é uma “question at the heart” do seu livro, em uma singela nota de rodapé, apenas menciona que a posição de Marshall em *Marbury v. Madison* dependia sobremaneira de se aceitar que a interpretação de uma norma constitucional envolve a mesma atividade típica da função judicial de comparar uma prescrição legal com uma outra para dizer da existência ou não de conflito.

⁴¹ ELY, 1995: 50-51. Cf. *Bradwell v. Illinois*, 83 US 130 (1872).

⁴² Segundo Wellington, “a missão da Suprema Corte é identificar o peso dos princípios na moralidade convencional e convertê-los em princípios jurídicos por conexão com o conjunto do direito constitucional” (WELLINGTON, 1973, p. 284).

⁴³ A análise que se segue recolhe as idéias desenvolvidas no primeiro e fundamental livro de teoria constitucional de Perry, *The Constitution, the Courts, and Human Rights. An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary* (PERRY, 1982). Em outro importante livro seu, o já citado *The Constitution in the Courts: Law or Politics?*, ele afirma ter adotado uma orientação que apresenta tanto diferenças quanto afinidades com respeito à sua orientação anterior. No entanto, ao nosso ver, no que interessa ao tema de fundo do presente trabalho, a ênfase de Perry ainda continua a ser a defesa da legitimidade da Suprema Corte para enfrentar as questões de “constitutional morality” que decorrem do exercício do *judicial review*, como se desprende de uma passagem sua inserida na conclusão de *The Constitution in the Courts*: “In exercising judicial review, the courts, and especially the Supreme Court, serve a representative function. In constitutional adjudication, the courts represent the political community by testing various policies and practices of community’s governments against the community’s fundamental political-moral directives” (PERRY, 1994, p. 203).

⁴⁴ Cf. a esse respeito as restrições que anteriormente formulamos à terminologia introduzida e

depois renegada por Thomas Grey, tendo em vista as implicações, como as aqui enunciadas por Perry, que dela poderiam advir (tópico 2.1).

⁴⁵ Entre elas, a idéia de que a aprovação pelo Senado dos juizes da Suprema Corte os faria também eleitoralmente responsáveis; a possibilidade de *impeachment* dos juizes; o uso do poder de emenda à Constituição para derrogar uma decisão da Corte; e o controle do orçamento do judiciário federal (PERRY, 1982, p. 128).

⁴⁶ O preceito aludido tem o seguinte teor: “A Suprema Corte exercerá jurisdição de apelação em matéria de direito e de fato, observadas as exceções e condições estabelecidas pelo Congresso”. Embora referindo-se apenas à possibilidade de limitação da “jurisdição de apelação”, os precedentes da própria Suprema Corte acolhem o entendimento de que, pela combinação desse preceito com o § 1º do mesmo art. III, que estabelece a jurisdição federal, poderia ser limitada a própria jurisdição das instâncias inferiores, subtraindo-se do seu exame determinadas questões; cf. *Kline v. Burke*, 260 US 226 (1922).

⁴⁷ Fisher afirma que “Judges share with the Legislature and the Executive the duty of defining political values, resolving political conflicts, and protecting the integrity and effectiveness of the political process” (FISHER, 1988, p. 8).

⁴⁸ Acerca do problema crucial da limitação da soberania com vistas à proteção dos direitos humanos fundamentais, cf. o nosso *A tutela dos direitos humanos num mundo de soberanias ainda “soberanas”*. Em *Revista da Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, ano 8, n. 16, p. 123-135, jul/dez 2000.

Bibliografia

BERGER, Raoul. *Government by judiciary: the transformation of the fourteenth amendment*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1997.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor de la constitución*. Madrid: Alianza, 1994.

BORK, Robert H. Neutral principles and some first amendment problems. *Indiana Law Journal*, v. 47, n. 1, 1971.

_____. The impossibility of finding welfare rights in the constitution. *Washington University Law Quarterly*, n. 3, 1979.

_____. *The tempting of America: the political seduction of the law*. New York: Touchstone Book, 1991.

- BREST, Paul. The fundamental rights controversy: the essential contradictions of normative constitutional scholarship. *Yale Law Journal*, v. 90, n. 5, 1981.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- CLINTON, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and judicial review*. Topeka: University Press of Kansas, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELY, John Hart. Another such victory: constitutional theory and practice in a world where courts are not different from legislatures. In: symposium on democracy and distrust: ten years later. *Virginia Law Review*, v. 77, n. 4, 1991.
- _____. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. ed. Cambridge: Harvard University, 1995.
- FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as a political process*. Princeton: Princeton University, 1988.
- GREY, Thomas. Do we have an unwritten constitution? *Stanford Law Review*, v. 27, n. 3, 1975.
- _____. The constitution as scripture. *Stanford Law Review*, v. 37, n. 1, 1984.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. New York: Bantam Books, 1982.
- HART, Herber L. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HARTNETT, Edward A. A matter of judgment, not a matter of opinion. *New York University Law Review*, v. 73, n. 1, 1999.
- JARDIM-ROCHA JÚNIOR, José. Fazendo o feitiço virar contra o feiticeiro: o procedimento como estratégia de legitimação da periferia do Welfare State. In: *Estudos de Direito Público: homenagem aos 25 anos do mestrado em direito da UnB*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- KETCHAM, Ralph (Ed.). *The anti-federalist papers and the constitutional convention debates*. New York: Mentor Book, 1986.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Brasília: UnB, 1979.
- McCLOSKEY, Robert G. *The american supreme court*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago, 1994.
- PERRY, Michael J. *The constitution, the courts, and human rights: an inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*. New Haven: Yale University, 1982.
- _____. *The constitution in the courts: law or politics?* Oxford: Oxford University, 1994.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- SCALIA, Antonin. Originalism: the lesser evil. *University of Cincinnati Law Review*, v. 57, n. 3, 1989.
- SUNSTEIN, Cass R.; STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis M.; TUSHNET, Mark. *Constitutional law*. Boston: Little Brown and Company, 1956.
- TRIBE, Laurence. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard University, 1985.
- _____. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.
- WECHSLER, Herbert. Toward neutral principles of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. 73, n. 1, 1959.
- WELLINGTON, Harry H. Common law rules and constitutional double standards: some notes on adjudication. *Yale Law Journal*, v. 83, n. 2, 1973.