

**Universidade de Brasília - UnB**  
**Faculdade de Direito**

**SER-NO-MUNDO: AS POSSIBILIDADES DA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL COMO EXPERIMENTO HUMANO**

**HAZENCLEVER LOPES CANÇADO JÚNIOR**

**BRASÍLIA**  
**2013**

**Universidade de Brasília - UnB**

**Faculdade de Direito**

**HAZENCLEVER LOPES CANÇADO JÚNIOR**

**SER-NO-MUNDO: AS POSSIBILIDADES DA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL COMO EXPERIMENTO HUMANO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

**BRASÍLIA**

**2013**

HAZENCLEVER LOPES CANÇADO JÚNIOR

**SER-NO-MUNDO: AS POSSIBILIDADES DA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL COMO EXPERIMENTO HUMANO**

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora composta por:

---

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes (Orientador)  
Universidade de Brasília – UnB

---

Prof. Dr. Neviton de Oliveira Baptista Guedes  
Instituto de Direito Público - IDP

---

Prof. Mestre Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch  
Universidade de Brasília – UnB

---

Prof. Dr. Rodrigo de Oliveira Kaufmann  
Instituto de Direito Público – IDP

“Porque onde estiver o vosso tesouro, aí estará também o vosso coração”

Mateus 6:21

A Jesus, amado da minh'alma.

## AGRADECIMENTOS

Mais do que a conclusão de uma etapa, esse trabalho representa o infinito horizonte a que se abre: a união entre terra e céu; entre a rocha sobre a qual firmo meus pés, e o cambo aberto de sonhos mais vivos e reais do que eu mesmo.

Muitos são merecedores de notas elogiosas por terem, no calor do abraço, na largura do sorriso, na fidelidade da companhia ou na vida da palavra, motivado meus últimos cinco anos.

A meus pais, Hazenclever e Sônia, por serem a materialização do infinito amor abnegado de Deus, manifestado nas valentes renúncias, nos corajosos sacrifícios e nos muito árduos trabalhos, sem perderem a ternura no colo e a presença no exemplo, para que eu (e minhas irmãs) fosse(fôssemos) mais longe: vocês são a razão e a inspiração de todos os meus esforços e a glória de todas as minhas conquistas. Tudo sempre foi por e para vocês.

Às minhas irmãs, Isabella e Ana Carolina, por serem também meus pais e as minhas primeiras lembranças de tudo que é bom nessa vida: cafuné, amizade, abraços, risadas, viagens, aventuras e amor, muito amor; por terem me ensinado e me formado pelo exemplo, pelo caráter e pela dignidade, pela enorme fé em mim e por esse amor (e ciúme?) que eu não consigo começar a explicar.

A meu orientador, Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes, pelo despertamento do gosto pelo Direito Constitucional, desde a orientação no PIBIC/CNPq, passando pelos grupos de estudo de “Jurisdição Constitucional” e “Experimentalismo Constitucional”, fundamentais à pesquisa que resultou nesse trabalho, e pela oportunidade de compartilhar de seu vasto e notório conhecimento.

Ao Prof. Mestre Rodrigo Mudrovitsch, pelo imensurável aprendizado e crescimento acadêmico, pela disponibilidade, atenção e incentivo, fundamentais à conclusão desse curso e desse trabalho, pela dedicação ao ensino e aos grupos de estudo, por me desafiar em todo o tempo e pela incrível inspiração no mundo jurídico e acadêmico.

À Ana Beatriz Robalinho, por me ajudar a reencontrar meu caminho no mundo do Direito quando eu não tinha energia para seguir estudando, por todo o apoio e incentivo nos últimos cinco anos e pelas infindáveis discussões acadêmicas – leia-se constitucionais – que moldaram esse trabalho.

Aos Mestres da UnB cuja dedicação, esmero, conhecimento e excelência foram responsáveis por esse período de engrandecimento pessoal, intelectual e profissional.

Aos colegas de trabalho que tanto me ensinaram, desafiaram e incentivaram em diferentes ambientes e áreas do Direito, e, em especial, à minha chefe Isabella Cançado, pelo imprescindível apoio, paciência e confiança no período de pesquisa e escrita desse trabalho.

Aos amigos BILscoitos, por me ajudarem a ler o Direito – e a vida – com mais gargalhadas, e em especial a meu “filho”, Daniel Guimarães, pelas infindáveis companhia, discussões e zueira.

Ao Antônio Borges e ao Vítor Magalhães, amigos de mentes brilhantes e inquietas, por formarem em mim, na serendipidade, pensamento (e espírito) crítico diante de tantas e veladas opressões.

Aos colegas, que tanto deixaram em mim, espero que algo de mim tenham levado, em especial à Isabella Zaffalon, pelo apoio e amizade com que pude contar ao longo de todo o curso.

A meus amigos-irmãos que me acompanham desde minha chegada a esse cerrado abstrato de tanto concreto – Hugo, Gustavo, Luís Felipe, Gabriel Kanhouche, Gabriel Souza, Samuel Mariani –, por acreditarem em mim mais do que eu mesmo, pela melhor companhia, pelas mais altas risadas, pelas mais saudosas aventuras, pelos mais verdadeiros incentivos, pelas mais rasgadas críticas e pelo mais genuíno significado de amizade.

À minha família GE, que, no sorriso largo e palavra viva da Clara, no amor do Rubem e na fidelidade da Gabriela, de muito perto me acompanharam nesse último ano; por terem gerado em mim vida quando o cansaço dos desafios me fazia desanimar, por terem me amado com tanta vivacidade, pelo irrestrito incentivo e por tanto me ensinarem sobre Jesus.

A todos, um fraterno abraço.

## RESUMO

No contexto de ferrenhas críticas e apaixonadas defesas da jurisdição constitucional, o diagnóstico da atual proeminência e ativismo do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais no desenho institucional das democracias constitucionais tem esvaziado os espaços de deliberação majoritária e enfraquecido o autogoverno. O minucioso escrutínio do *judicial review* no cenário norte-americano, onde a jurisdição constitucional teve seu início e mais forte desenvolvimento, torna obscura a conclusão de que seu exercício fora bem-sucedido. O trabalho busca, então, medir o sucesso do *judicial review* a partir de dois critérios – a orientação de políticas públicas e a aceleração democrática – a partir do agrupamento de casos paradigmáticos em questões relacionadas ao federalismo, ao direito à igualdade e ao direito à privacidade. Será defendido como muitas das decisões que hoje parecem inevitáveis e paradigmáticas não se mostram bem-sucedidas; antes, mostram-se com consequências contraditórias, retirando a falsa aura de necessidade da jurisdição constitucional ao estabelecimento da democracia. Diante de patologias como democracias dormentes, Paramentos em crise no contexto de sociedades hiper-complexas e multiculturais e alta deferência às Cortes Constitucionais pela perda de responsabilidade e de representatividade constitucional, a análise de teorias críticas, como a de Habermas, Waldron, Tushnet e Unger, parece conferir à jurisdição constitucional utilidade como experimento humano para o desbloqueio de canais de comunicação e energização democrática, mediante sua utilização criativa. A partir da superação de discussões esgotadas acerca de sofisticadas teóricas, métodos pretensamente universais e padrões pretensamente transcendentais, são apresentadas aproximações e leituras que incentivam o exercício criativo da jurisdição constitucional para além dela, a exemplo da restauração da reputação e da confiança do Estado Legislador, da promoção estatal do autogoverno e do engajamento popular e da construção de fóruns comuns. O caminho proposto passará por novas formas de legitimação conectadas à democracia deliberativa onde o direito constitucional ocupa papel fundamental, por meio de experimentalismos institucionais expostos à crítica pública e à permanente possibilidade de revisão, como o reforço das Comissões Legislativas, a reorientação da análise jurídica, a reformulação do ensino do Direito, a restauração do senso de responsabilidade constitucional e o financiamento estatal da democracia, da cidadania e do autogoverno.

**Palavras-chave:** jurisdição constitucional; sucesso; Corte Constitucional; constitucionalismo e democracia; pragmatismo; experimentalismo institucional; democracia deliberativa; futuros alternativos.

## ABSTRACT

In the context of fierce criticism and passionate defenses of the *judicial review*, the diagnosis of the current prominence and activism of the Judicial Power and of the Constitutional Courts on the institutional design on constitutional democracies has emptied the spaces of majoritarian deliberation and weakened the self-government. The rigorous scrutiny of the *judicial review* in the American scenery, where the constitutional jurisdiction had its beginning and strongest development, makes obscure the conclusion that its exercise has been successful. The present work, then, intends to measure the success of the *judicial review* based on two criteria – the orientation of public policy and the democratic acceleration – as of the grouping of paradigmatic cases relatives to issues such as federalism, right to equality and right to privacy. It will be defended how many of the decisions that currently show themselves inevitable and paradigmatic are not actually successful; instead, they have contradictory consequences, removing the false aura of necessity of the *judicial review* for the establishment of the democracy. Before pathologies like dormant democracies, Parliament in crisis in the context of hyper-complex and multicultural societies and the high deference to the Constitutional Courts as a result of the lack of constitutional responsibility and representativeness, the analysis of critical theories, such as Habermas's, Waldron's, Tushnet's and Unger's, seems to bestow to the *judicial review* as a human experiment utility for the unlock of communication channels and democratic acceleration, by its creative using. As from the overcoming of exhausted discussions about theoretical sophistications, methods allegedly universal and patterns allegedly transcendental, one presents approximations and readings that encourage the creative exercise of the *judicial review* beyond itself, such as the restoration of the reputation and of the confidence on the Legislator State, the public promotion of the self-government and of the popular engagement and the framing of common forums. The proposed path requires new forms of legitimation connected to deliberative democracy where the constitutional law plays a fundamental role, by means of institutional experimentalism exposed to public critiques and permanent review, such as the reinforcement of Legislative Commissions, the reorientation of the legal analysis, the reformulation of the Law education, the restoration of the constitutional responsibility and the public financing of democracy, citizenship and self-government.

**Key-words:** judicial review; success; Constitutional Court; constitutionalism and democracy; pragmatism; institutional experimentalism; deliberative democracy; alternative futures.



## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>9</b>  |
| <b>CAPÍTULO 01: O FETICHISMO INSTITUCIONAL DO <i>JUDICIAL REVIEW</i> .....</b>  | <b>12</b> |
| 1. A apoteose do <i>judicial review</i> nas democracias constitucionais.....  | 12        |
| 2. O sucesso do <i>judicial review</i> medido pela implicação e mudança de políticas públicas e pela<br>aceleração democrática.....           | 14        |
| 3. As questões de aparente sucesso do <i>judicial review</i> .....  | 18        |
| 3.1. A questão do federalismo: a Era Lochner, a reação ao <i>New Deal</i> e a virada federalista .....  | 19        |
| 3.2. A questão da segregação racial .....   | 29        |
| 3.3. A questão do direito à privacidade .....   | 39        |
| 4. Desfecho.....  | 47        |
| <b>CAPÍTULO 02: A DESNECESSIDADE DO <i>JUDICIAL REVIEW</i> PARA A<br/>DEMOCRACIA.....</b>   | <b>50</b> |
| 1. Apresentação .....   | 50        |
| 2. A análise da jurisdição constitucional.....  | 52        |
| 2.1. A teoria constitucional predominante .....   | 52        |
| 2.2. A releitura da democracia procedimental de Jürgen Habermas.....  | 54        |
| 2.3. Jeremy Waldron: a supremacia do Legislativo .....  | 57        |
| 2.4. Mark Tushnet: direito constitucional populista.....  | 65        |
| 2.5. Stephen Griffin: democracia de direitos.....   | 71        |
| 2.5. Mangabeira Unger: a análise jurídica como mecanismo de experimentalismo institucional .....  | 74        |
| 3. Desfecho.....  | 77        |
| <b>CAPÍTULO 03: A <i>DIFICULDADE</i> MAJORITÁRIA: PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO<br/>CONSTITUCIONAL .....</b>  | <b>80</b> |
| 1. Apresentação .....   | 80        |
| 2. A crise do Estado Legislador .....   | 81        |
| 3. A democracia deliberativa.....   | 85        |
| 4. A jurisdição constitucional como experimento .....   | 88        |
| 5. Tudo é <i>política</i> : a restauração da confiança no processo político e o incentivo à participação<br>democrática e ao autogoverno..... | 90        |
| 6. As propostas alternativas de aceleração democrática e orientação de políticas públicas .....   | 95        |

|  |            |
|--|------------|
| 6.1. O incentivo estatal à participação democrática e à mutabilidade institucional.....                    | 98         |
| 6.2. A reformulação do ensino jurídico.....  | 100        |
| 6.3. O reforço das Comissões legislativas e o aumento do senso de responsabilidade constitucional<br>..... | 102        |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>   | <b>104</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA .....</b>  | <b>107</b> |

## INTRODUÇÃO

A crescente proeminência e interferência do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais na definição de políticas públicas e no desenho institucional das democracias constitucionais contemporâneas tem acendido o debate em prol do alargamento da dimensão criativa inerente à análise jurídica.

Diante de uma oscilação entre a crítica ferrenha e a defesa apaixonada da jurisdição constitucional, o diagnóstico do direito constitucional atual revela como a judicialização tem esvaziado os espaços de deliberação majoritária e enfraquecido o ideal de autogoverno democrático.

O presente estudo parte dessa diagnose no cenário norte-americano, onde o *judicial review* como se entende hoje teve seu início e mais forte desenvolvimento, e propõe-se a investigar, sob uma perspectiva consequencialista, o papel desse instituto na realização do projeto democrático e na alteração da estrutura estatal.

No contexto de sociedades hiper-complexas e com profundos, inafastáveis e irresolúveis dissensos, os espaços para a melhoria do desenho institucional e para a proposição de modelos alternativos têm se dilatado, tanto para conter a obsessão e o decisionismo judicial, quanto para recuperar e altear a confiança, a responsabilidade e a capacidade legislativa na orientação de política constitucional e transformativa.

Aqui, pretende-se afastar a concepção dos juízes como agentes primários nos processos de tomada de decisão, uma vez reconhecidas as falhas de compreensão da análise jurídica racionalizadora como se opera hoje.

Ao mesmo tempo, busca defender a ideia de que a legitimação do poder pela representação eleitoral merece primazia, complementada por novas formas de legitimação conectadas à democracia deliberativa – onde o direito constitucional ocupa papel fundamental – por meio de experimentalismos institucionais expostos à crítica pública e à permanente possibilidade de revisão.

O primeiro capítulo dedica-se à análise do sucesso do paradigmático *judicial review* exercido pela Suprema Corte norte-americana a partir de dois critérios decorrentes das obras de Martin Shapiro e Mangabeira Unger: a orientação de políticas públicas na direção proposta pela Corte e a meta de aceleração democrática, respectivamente.

Agrupados em três questões principais, os casos mais emblemáticos dizem respeito a questões políticas de profundo dissenso nos cenários nacionais: federalismo, direito à igualdade e direito à privacidade.

No primeiro caso, serão analisadas a jurisprudência firmada na Era Lochner, a virada em aderência ao *New Deal* e a recente “revolução federalista” promovida pela Corte Rehnquist. Nesse contexto, será discutido o papel da Corte em meio ao conflito entre poder nacional e poder estadual, especialmente no que tange à regulação econômica do Estado.

De *Scott a Brown*, a Corte será questionada sobre seu papel na concreta garantia do direito à igualdade, diminuindo a distância para políticas transformativas e conduzindo o sistema político à dessegregação racial. Muitas de suas decisões que hoje parecem inevitáveis foram semeadas em lutas e movimentos sociais e hoje destoam de uma Corte que procura restringir ações afirmativas.

Não enumerado na Constituição norte-americana, o direito à privacidade suscita permanentes e enraizados debates nas democracias constitucionais. O legado da atuação da Corte mostra seu esforço em lidar com mudanças e pressões sociais. De *Griswold a Lawrence*, o exercício de controle da Corte parece ter sido parcamente anti-majoritário, com consequências práticas altamente contraditórias.

Muito embora o trabalho procure demonstrar, como reafirmado por autores como Habermas, Unger e Waldron, que o instituto do *judicial review* não é necessário nem decorrência lógica da democracia, os casos abordados na primeira parte demonstram como, ao mesmo tempo, pode ser útil o *judicial review* como instrumento para desbloqueio de canais de comunicação, a partir de sua utilização criativa.

A segunda parte apresenta a superação de discussões esgotadas acerca da contínua sofisticação teórica sobre um padrão geral de conduta da Corte ou uma interpretação transcendental. Nesse sentido, são apresentadas teorias que questionam o *judicial review* com o propósito de incentivar e desafiar o exercício criativo dessa instituição, para além dela.

São discutidas as propostas de supremacia legislativa de Jeremy Waldron, para restaurar a reputação do Estado Legislador e promover o autogoverno pela participação popular em processos de tomada de decisão referentes a questões como as trabalhadas na primeira parte, como a discriminação de minorias, ações afirmativas e a legalização do aborto. Ao invés de mascará-los, Waldron pretende encorajar os dissensos fundamentais e sua modulação legislativa.

A perspectiva de Mark Tushnet, por sua vez, contém crítica ao *judicial review* fundada no caráter estritamente político da Corte Constitucional e proposta de devolver a Constituição ao povo, por meio da elevação de um direito constitucional populista, construído em fóruns políticos comuns. No mesmo sentido a obra de Griffin, em torno de uma “democracia de direitos” voltada a um acoplamento entre direito e política.

Por fim, a aproximação experimentalista de Mangabeira, à luz da leitura proposta pelo Prof. Mestre Rodrigo Mudrovitsch, leva ao extremo pressupostos como “tudo é política” e “a sociedade como artefato humano” para retirar a aura de necessidade das instituições e conferir-lhes plasticidade imaginativa com vistas à energização democrática. Unger destaca o fundamental papel da análise do direito, sem colocar qualquer esperança em Cortes Constitucionais, em abandono à premissa que vê os juízes como agentes primários de pensamento e decisão<sup>1</sup>.

Diante das conclusões parciais de análise contextual e critério de utilidade, o capítulo final do trabalho circunscreve algumas das infinitas possibilidades de transição de um estado de inanição e dormência para a hiperativa democracia, antes e além da jurisdição constitucional.

A importância de uma cultura política não-judicializada ganha relevo em teorias democráticas e críticas ao instituto do *judicial review*. Por conseguinte, são analisadas atual e generalizada crise dos Parlamentos no contexto de sociedades hiper-complexas e multiculturais, caracterizada pela deferência às Cortes Constitucionais que buscam se legitimar, pela perda de representatividade e de responsabilidade constitucional.

Muitas são as defesas da injeção de uma dimensão deliberativa à democracia substantiva, onde os dissensos adquirem engajamento criativo. Nesse diapasão, a principal vantagem do *judicial review* parece residir em seu caráter de experimento humano, suscetível a permanentes críticas e revisões.

É certo que a omissão legislativa continuará a demandar e a legitimar um Judiciário deísta; para tanto, são discutidas as possibilidades de restauração da confiança no processo político; de incentivo à participação democrática e ao autogoverno, pelas perspectivas de Tushnet, Ackerman e Fishkin; de reforço das Comissões Legislativas e do aumento de senso de responsabilidade constitucional.

---

<sup>1</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheamento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012. Dissertação sob orientação do Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes apresentada à FD/UnB como requisito para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

## CAPÍTULO 01: O FETICHISMO INSTITUCIONAL DO *JUDICIAL REVIEW*<sup>2</sup>

### 1. A Apoteose do *Judicial Review* nas Democracias Constitucionais

De uma perspectiva acadêmica, a atual *Era Marbury* – a era da supremacia judicial incontestada, é, no mínimo, intrigante. Nenhuma autoridade pública tem diligenciado esforço de oposição ou contra-argumentação ao *judicial review*. As proclamações de supremacia judicial pela Corte Rehnquist nos casos *United States v. Lopez* e *City of Boerne v. Flores* refletem o estágio atual da teoria constitucional norte-americana, em que prevalecem teorias de interpretação constitucional, em detrimento das teorias do *judicial review*.

Em grande parte das democracias modernas, como o Brasil, não é diferente: o que se verifica é a tendência de agigantamento (e endeusamento) do Judiciário, que passa a ocupar espaços de outros entes e a decidir questões como verdadeira consciência moral da sociedade.

Em análise crítica a esse fenômeno, Ingeborg Maus contesta a tese de Herbert Marcuse, de que a figura do pai perde importância na definição do ego, tanto na família, quanto na sociedade, e aponta para uma “sociedade órfã”, que, paradoxalmente, ratifica o infantilismo dos sujeitos, facilmente conduzidos pelos mecanismos da sociedade moderna, uma vez minimizada sua consciência de suas relações sociais de dependência:

“À primeira vista, o crescimento no século XX do “Terceiro Poder”, no qual se reconhecem todas as características tradicionais da imagem do pai, parece opor-se a essa análise de Marcuse. Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. Em face desse fenômeno, somente em poucos países ainda é possível identificar uma discussão que envolva posições de ‘esquerda’ e de ‘direita’

---

<sup>2</sup> Na presente seção, optamos por manter a expressão originária do inglês, referente ao poder da Suprema Corte dos Estados Unidos de atuar como intérprete qualificado e final da Constituição, para declarar a (in)conformidade, procedimental ou substancial, das normas, leis e atos dos demais ramos do governo com a Constituição. O *judicial review* é uma criação jurisprudencial norte-americana, não previsto pelo texto da Constituição dos Estados Unidos, em cujo sistema vigora o princípio da supremacia da constituição, em oposição ao princípio da supremacia do parlamento, consagrado na tradição britânica. Ao longo dos dois últimos séculos, o modelo norte-americano foi reproduzido pelos mais diversos sistemas constitucionais ao redor do mundo, inclusive pelo Brasil na Constituição de 1988, onde convive com o modelo de controle judicial de constitucionalidade concentrado, além de ter gerado ruídos e infiltrações em sistemas de tradição tipicamente abstrata, como o alemão e o espanhol, a partir da instituição de recursos constitucionais que permitem que questões concretas de afetação direta ao indivíduo alcancem a Corte Constitucional.

entre os juristas. Assim é que hoje em dia, em países como Finlândia e Inglaterra, onde a articulação do processo político realiza-se sem qualquer controle jurisdicional da constitucionalidade, os de direita tentam introduzir este controle, enquanto os de esquerda investem todos os esforços argumentativos para obstaculizá-lo. A República Federal da Alemanha, como é sabido, não se soma a esses poucos países. Qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de direito, sendo tratada pela esquerda como uma posição exótica<sup>3</sup>. (grifos nossos).

O mais notável retorno da imagem do pai revela-se no exame da jurisdição constitucional dos Estados Unidos, cuja jurisprudência apresenta os *Justices* como verdadeiros “deuses do Olimpo do direito”.

Em meio a essa apoteose, os constitucionalistas tornaram-se complacentes – quando não fetichistas, quanto à justificação do *judicial review* em uma democracia e parecem satisfeitos com a prorrogação de discussões que devem ser superadas, em busca de respostas prontas e acabadas para (i) a tensão entre constitucionalismo e democracia; (ii) a justificação da legitimidade democrática da atuação da Corte Constitucional; (iii) o método argumentativo ou teoria interpretativa ideal para suprir a ausência de legitimidade política; (iv) o padrão ou regra geral de conduta da Corte Constitucional; (v) o critério da racionalidade no debate relacionado aos limites democráticos da jurisdição constitucional.

Ao avaliar esse contexto, Roberto Mangabeira Unger propõe um projeto de democracia radical, a partir de teorias sociais construtivas – que, a bem da verdade, desconstroem, na medida em que retiram de instituições sociais sua *falsa* aura de necessidade.

Um adversário natural a esse projeto é o fetichismo institucional e estrutural, consubstanciado tanto na crença em concepções institucionais abstratas com expressão natural única, quanto na negação da possibilidade de alteração da qualidade das instituições sociais.

Outro, é a tese da convergência, correspondente à tendência majoritária de assumir as formas institucionais como as únicas que, por tentativa e erro, mostraram-se prósperas e que representam as melhores práticas possíveis.

Unger combate intensamente a racionalização retrospectiva de verdades postas e políticas congeladas e, a partir dos pressupostos teóricos de que (i) a sociedade é artefato humano e (ii)

---

<sup>3</sup> MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”*. In: *Novos Estudos* nº 58 (novembro de 2000), p. 185.

tudo é política<sup>4</sup>, chega ao experimentalismo institucional, como aproximação para o pensamento contínuo da sociedade como mecanismo de busca pela superação da realidade atual e, em última instância, da condição humana.

Pelo convite à contínua imaginação, Unger combina a ausência de limites da mente humana com a contínua reforma da sociedade e de suas práticas, instituições e discursos, para chegar a futuros alternativos, em antecipação às crises.<sup>5</sup>

De forma inovadora e perspicaz, Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch<sup>6</sup> aplica o experimentalismo institucional de Mangabeira Unger à jurisdição constitucional, prevendo suas condições *avassaladoras*, para que o instituto ganhe plasticidade imaginativa contextualizada, até chegar à revisão da política brasileira atual de *laissez-faire* na promoção social da cidadania.

Nisso assente, o presente trabalho restringe-se à crítica à postura fetichista na análise do *judicial review* como instituto permanente, inquestionável e necessário à democracia constitucional dentro do arranjo institucional e constitucional contemporâneo, a partir do exame do *sucesso* de sua aplicação pela Corte Constitucional, à luz de dois principais critérios: (i) a implicação e orientação de políticas públicas e (ii) a aceleração democrática.

Para tanto, passa à análise de casos emblemáticos da Suprema Corte dos Estados Unidos, particularmente em questões atinentes aos direitos fundamentais e ao federalismo.

## **2. O sucesso do *judicial review* medido pela mudança de políticas públicas e pela aceleração democrática**

Sem prejuízo dos precedentes mais remotos do controle judicial de constitucionalidade<sup>7</sup>, o *judicial review* – e o constitucionalismo em si – como é entendido hoje nasceu indubitavelmente

---

<sup>4</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 13-28.

<sup>5</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 28-51.

<sup>6</sup> Ver MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012.

<sup>7</sup> O Professor José Levi Amaral da USP traça a origem do controle judicial de constitucionalidade na *graphe paranom*, mecanismo da antiguidade ateniense por meio do qual deliberações da Assembleia Popular poderiam ser invalidadas em face do Direito transcendente. O Professor Cristiano Paixão da UnB, por sua vez, faz remissão à atuação de Sir Edward Coke no caso *Bonham*, em 1610, o qual, como *Chief Justice of Common Pleas*, afirmou a primazia do *common law* mediante o controle judicial dos atos do Parlamento, com a possibilidade de declaração de nulidade em caso de contrariedade ao *common law* e à razão, ou de impossibilidade de sua aplicação. Para melhor aprofundamento histórico, ver BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª edição, Brasília: Ministério da Justiça, 1997).



nos Estados Unidos, que, ainda em meados do século XIX, construíram um Estado de Direito a partir de uma Constituição soberana.

Enquanto na Europa do século XVIII predominava a visão de Blackstone acerca da supremacia parlamentar<sup>8</sup>, a desconfiança dos colonos norte-americanos em relação às instituições inglesas e a necessidade de verificação de compatibilidade entre as leis criadas pelos colonos e as leis do Reino da Inglaterra criaram uma cultura favorável ao estabelecimento do *judicial review*, como bem demonstra o artigo Federalista n. 78<sup>9</sup>, que, em certa medida, antecipou o célebre caso *Marbury v. Madison*, em que a Suprema Corte declarou, pela primeira vez, uma lei federal inconstitucional, vindo a repetir o feito somente cinquenta anos depois, em *Dred Scott v. Sanford*.

Como observam Jacobson e Schlink<sup>10</sup>, a Constituição estadunidense nasceu dotada de um caráter *supranormativo*, que possibilitou o desenvolvimento do *judicial review*.

No entanto, é um erro usar a expressão *judicial review* para caracterizar a prática fundadora defendida por Hamilton e por Marshall no século XVIII.

A despeito de três elementos que existiam no controle judicial de constitucionalidade da geração fundadora e permanecem vinculados ao complexo instituto contemporâneo do *judicial review* – independência judicial, poder anulador e vitaliciedade dos juízes -, o entendimento da relação entre direito e política foi profundamente alterado e dinamizado, de modo que novos elementos consagraram-se ao longo da prática da Suprema Corte, como (i) a doutrina da supremacia judicial, que vê a Suprema Corte como autoridade final na interpretação constitucional; (ii) o controle quase total da Suprema Corte sobre sua pauta, especialmente a partir da Corte Vinson, *Chief Justice* que via a Suprema Corte não como instância de correção de erros de tribunais inferiores, mas de decisão de casos cuja importância e reflexos ultrapassam os fatos e as partes específicas envolvidas; (iii) o reconhecimento da Suprema Corte como poder co-equivalente do governo, com decisões com potenciais consequências políticas controversas, em

---

<sup>8</sup> Para Blackstone, a representatividade das casas legislativas legitimava o controle dos atos do executivo, em um sistema de freios e contrapesos que, embora reconhecesse a existência do judiciário, tratava-o como um apêndice dos dois poderes centrais, que deveriam se compensar mutuamente no exercício de suas funções. (BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England: A Facsimile of the First Edition of 1765--1769*. Chicago: University of Chicago Press, 1979. Disponível em: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch10s6.html>).

<sup>9</sup> HAMILTON, Alexander. *Artigo federalista n. LVXXVIII* in Os artigos federalistas, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 478-493.

<sup>10</sup> JACOBSON, Arthur J., SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley/London: University of California, 2002, pp. xi.

manifesto abandono à regra original do *caso questionável*, a qual pedia determinada abdicação judicial e extraordinária deferência ao legislativo.

O novo e complexo ambiente do sistema político vai além do entendimento tradicional de que os parlamentos estaduais e o Congresso são o perigo primário para as minorias e para os direitos fundamentais e de que a Suprema Corte está sempre preparada para restabelecer o equilíbrio mediante a anulação de leis que infringem liberdades civis.

A Suprema Corte dos Estados Unidos parece afastar-se de seu papel de defensora ferrenha dos direitos constitucionais e da enfática insistência na supremacia judicial, a exemplo de decisões recentes, como *City of Boerne v. Flores*, *City of Richmond v. Croson*, e de sua crítica ao próprio papel em questões de direitos eleitorais.

Nessa medida, o Congresso norte-americano tem se ocupado em se expandir seu legado de proteção aos direitos civis, em reparação às discutíveis violações de direitos pela própria Corte, como no *American with Disabilities Act* (1990) e *Violence Against Women Act* (1994).

A Corte volta a ser apenas um ator nos amplos debates políticos e sociais de aplicação de direitos em jogo, em arena aberta para conflito, cooperação e consenso entre os poderes, sem qualquer vantagem comparativa de algum deles. Assim, as justificativas tradicionais sob o império da interpretação constitucional cedem lugar a novos argumentos institucionais.

Diante dessas mudanças de postura e entendimento da Corte Constitucional, e fundado no pressuposto de que ela manobra sua atuação para expandir e para reter seu poder no exercício do *judicial review*, Martin Shapiro traz um importante questionamento no âmbito da jurisdição constitucional: como e quando as Cortes Constitucionais foram bem sucedidas? Essa questão foi reforçada por Richard Posner, em crítica à obra de Jeremy Waldron:

“So far as the American scene of judicial review is concerned, the question whether judicial review has been on balance a good thing for America may be the only question worth asking once the detritus of philosophers’ arguments is swept off the table.”<sup>11</sup>

Para responder a essa questão, serão utilizados dois critérios de aferição.

O primeiro, é colocado pelo próprio Shapiro, segundo o qual o sucesso da Corte Constitucional se traduz em sua capacidade de, no exercício do *judicial review*, orientar políticas públicas na direção em que ela quer que vão.

---

<sup>11</sup> POSNER, Richard A. *Review of Jeremy Waldron, “Law and Disagreement”*. Columbia Law Review, vol. 100, no. 2, 2000, pp. 582-592.

A aceleração democrática como segundo critério fundamenta-se na meta do experimentalismo institucional de Mangabeira Unger e representa a ampla energização das atividades políticas cotidianas, mas atualmente adormecida na maioria das democracias.

À luz dessa aproximação e da leitura proposta por Rodrigo Mudrovitsch, à meta de aceleração democrática interessa a criação de uma terceira política, para além da (i) normal e marginal e da (ii) excepcional e revolucionária, essa geradora de mudanças institucionais conduzidas por líderes que energizam maiorias em momentos especiais de crise democrática. É a política transformativa, que visa ao rearranjo gradual das instituições e dos discursos sociais, por meio do uso do direito na imaginação institucional para a criação de futuros alternativos.<sup>12</sup>

Assim, o objetivo é o desbloqueio dos canais de aceleração democrática pela utilização criativa do *judicial review*, muito embora o trabalho procure demonstrar, que esse instituto não é necessário à nem decorrência lógica da democracia.

Em “*Politics*”, Unger adota posicionamento mais modesto em relação à aplicação do direito pelos juízes, por entender que esse não é o ponto de partida da teoria constitucional, o que deixa espaço para determinado ativismo judicial, aproximando-se de Habermas, para quem a qualidade do ativismo judicial é medida pela análise do contexto sócio-político e das consequências da intervenção judicial. Assim, o experimentalismo institucional de Unger rechaça os impulsos à abstração e ao fechamento cognitivo, de tal modo que a qualidade do ativismo judicial seja aferida pelas consequências dentro do contexto e que o preenchimento judicial do espaço político vazio seja preferível à manutenção do vácuo ocasionado pela apatia democrática, especialmente quando puder provocar a aceleração democrática.<sup>13</sup>

Fundado nesses dois critérios, o trabalho prossegue à análise de casos emblemáticos da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Supremo Tribunal Federal, cujas implicações permitirão as conclusões parciais de que (i) o sucesso do *judicial review* é, em grande medida, inflacionado, tendo em vista seus resultados práticos, o que acarretou seu fetichismo, do qual decorrem diversos perigos e prejuízos à democracia, demonstrados na segunda parte do trabalho; (ii) o *judicial review* não é necessário nem decorrência lógica da democracia; (iii) a necessidade de superação de discussões esgotadas acerca da legitimidade do *judicial review* e da interpretação

---

<sup>12</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 28-48

<sup>13</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 39-51.

constitucional, para se questionar a própria jurisdição constitucional, não por ser um mal em si, tampouco necessário, mas por não constituir um projeto congruente, acabado ou imutável, de sorte que se abra espaço para a imaginação de futuros alternativos a ela.

### 3. As questões de aparente sucesso do *judicial review*

O *judicial review* desenvolveu-se ao longo de dois séculos de ininterrupta ordem constitucional, em face de uma Constituição formalmente rígida, com um processo de emenda extremamente complicado<sup>14</sup>.

Conquanto permanecesse essencialmente a mesma no melhor sentido proposto por Madison, as interpretações e reinterpretções constitucionais do texto original não raras vezes voltaram-se contra os ideias defendidos pelos pais fundadores, reconstruindo repetidas vezes o texto constitucional ao longo das novas gerações, assim como Jefferson esperava que acontecesse<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Para sua promulgação, uma emenda à constituição norte-americana exige a aprovação em três quartos dos estados, o que hoje significam 38. Assim, em um país de política complexa, mas de natureza binária e relativamente equilibrada, essa conformação muito frequentemente parece intangível. Segundo Bruce Ackerman, a escolha por esse procedimento já não traduz a identidade política dos Estados Unidos. O que se vê é uma acentuada disjunção entre o modelo original centrado nos estados e o modelo atual, na nação; se, no final do século XVIII, o norte-americano via-se primariamente como Nova-iorquino ou como Georgiano e, depois, como norte-americano, hoje ele se vê primariamente como norte-americano, muito em razão da crescente consciência nacional a partir da guerra Civil, a qual tem sido refletida em repetidas adaptações de instituições voltadas para os Estados para expressarem propósitos de fortalecimento nacional, como as próprias Emendas de Reconstrução. A esse respeito, ver ACKERMAN, Bruce. *The living Constitution*. Harvard Law Review, 2007, vol. 120, pp. 1743.

<sup>15</sup> A abertura do texto constitucional dá ensejo às mais diversas interpretações, suscitando o debate a respeito da estabilidade. Afinal, com a perpetuação da Constituição ao longo das gerações, diferentes intérpretes em diferentes contextos sócio-políticos tenderão a possibilitar novas interpretações. Esse dilema é destacado por Cass R. Sunstein (Ver SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*, Princeton: Princeton University Press, 2009.), que remonta ao debate doutrinário entre James Madison e Thomas Jefferson, os quais, na posição de pais fundadores da Constituição, já especulavam acerca de seus rumos e desdobramentos. Se, por um lado, Madison defendia o teor estático do texto constitucional, seja por fé incomensurável nos preceitos promulgados pelos *framers*, seja por excessiva desconfiança às interpretações de gerações futuras, Jefferson acreditava que o propósito precípua da Constituição exigia sua interpretação segundo suas circunstâncias fáticas, de tal modo que cada geração pudesse criar sua própria Constituição. De fato, as emendas constitucionais nos EUA são extremamente difíceis de se promulgar, e seu texto permaneceu tão imutável ao longo de mais de duzentos anos quanto Madison poderia esperar que fosse. No entanto, Sunstein reconhece um fenômeno inegável na jurisdição constitucional norte-americana a que denomina *a vingança de Jefferson* – mutação constitucional por processo informal de mudança de entendimento jurídico. Os tópicos seguintes nesse capítulo esclarecem como, em um período de 50 anos, os Estados Unidos ganharam uma nova Constituição, sem que fosse alterada uma letra dela. Houve completa mudança de sua compreensão, inclusive pela criação de novos direitos que não decorrem diretamente dela, por consequência de seu texto preponderantemente procedimental

Como se verá, a história constitucional norte-americana no século XX passou a ser marcada por *momentos constitucionais*<sup>16</sup> que moldaram – e seguem moldando –, novas Constituições, notadamente diferentes da original, ainda que seu texto tenha permanecido essencialmente o mesmo.

### **3.1. A questão do federalismo: a Era Lochner, a reação ao *New Deal* e a virada federalista**

Em sua origem à luz da Constituição, o federalismo corresponde ao que o governo nacional não pode fazer, mesmo quando houver uma maioria a favor; para Madison, o governo federal tinha *poucos e definidos* poderes que não ameaçavam as liberdades.

Decerto, alguns eram limitados; outras provisões, no entanto, eram abertas a ampla interpretação, a exemplo do “poder de regular o Comércio com outras Nações e entre os diversos Estados”, e do “poder de lançar e coletar impostos para pagar débitos e prover para a defesa comum e bem-estar geral dos Estados Unidos.”<sup>17</sup>

A chamada “cláusula do comércio interestadual” dirigiu a expansão do poder governamental nacional entre os séculos XVIII e XIX. O poder nacional se expandia à medida que a nação aumentava, e o papel do federalismo na proteção da liberdade tornou-se cada vez mais problemático.

De 1789 até a Guerra Civil, a questão do poder nacional estava intrinsecamente ligada à escravidão. Sulistas receavam o uso da cláusula do comércio para regular ou mesmo abolir a escravidão. A vitória do Norte na Guerra Civil pôs termo à questão, embora os sulistas tivessem preservado a reserva de poder dos estados para moldar a segregação. A Guerra Civil revelou que o poder nacional poderia ser utilizado para o avanço em importantes objetivos sociais e para proteger, mais do que ameaçar, a liberdade.

Três Emendas Constitucionais adotadas ao final da Guerra Civil – a que aboliu a escravidão, a que protegia direitos e liberdades civis contra a atuação de governos estaduais e a

---

<sup>16</sup> Ver ACKERMAN, Bruce. *We the People: foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991. A força desses momentos constitucionais ao longo do século XX – como o *New Deal* e a revolução dos direitos civis, contrasta com as poucas emendas constitucionais editadas nesse período, em sua maior parte procedimentais e de menor importância no âmbito constitucional.

<sup>17</sup> VER TUSHNET, Mark V. *A Court Divided: the Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*. Nova York: W. W. Norton, 2006, pp.250-251.

que proibia discriminação de raça no voto -, também repousavam na ideia de poder nacional para realizar e garantir a proteção da liberdade.

As ferrovias adquiriram papel fundamental no exercício da regulação do comércio interestadual pelo Congresso, na medida em que criaram uma economia nacional, ao conectarem Leste-Oeste, produtores e consumidores, e acarretarem prejuízos e danos a cidadãos.

O *Interstate Commerce Act*, de 1887, é considerado o primórdio da moderna era de expansão constitucional do poder nacional e da erosão do poder estatal; esporadicamente a Suprema Corte interveio para freá-la.

Ao longo do século XIX, os Estados Unidos adotaram a teoria econômica de Adan Smith e tornaram-se a maior economia liberal. Seu notável crescimento econômico reafirmou a crença nos princípios do liberalismo como fórmula de prosperidade.

No final do século, novas correntes políticas ganharam força e algumas bandeiras começaram a ser erguidas, como o comunismo e a defesa dos direitos dos trabalhadores<sup>18</sup>. A colisão entre o Estado Liberal não-intervencionista arraigado na cultura e na consciência coletiva norte-americana e os clamores por um Estado Social reproduziu-se em conflitos jurídicos que forçaram a Suprema Corte a adotar um posicionamento.

Sua opção pela tutela do liberalismo econômico foi radical a ponto de render-lhe o título de “Tribunal do *Laissez-faire*”. A Corte utilizou-se da cláusula do “devido processo” contida na Quinta e na Décima Quarta Emendas para proteger os direitos de propriedade e criar a doutrina do *substantive economic due process*, ou devido processo substantivo econômico.

A primeira aplicação, e conseqüente inauguração da *Era Lochner*, veio em *Chicago, Milwaukee and St. Paul Railroad v. Minnesota*, de 1890, quando a Corte reverteu *Munn v. Illinois*, de 1877, de modo a invalidar legislação que não permitia o *judicial review* sobre taxas colocados pela comissão estadual de ferrovia e armazém.

O novo entendimento suscitou controvérsia ao defender que o devido processo legal exigia não apenas a atenção do legislativo na criação de procedimentos justos para a supressão de direito, mas também o controle judicial da constitucionalidade de leis e atos administrativos que não seguissem o preceito constitucional do devido processo.

---

<sup>18</sup> “The industrial revolution arrived in force in the United States after the Civil War. One effect was dislocation caused by periodic economic booms and busts. Another was the growth of labor unions. Workers used their unions both to attempt to bargain collectively with employers, and to get legislatures to enact ‘protective’ labor laws – statutes regulating workplace conditions and setting maximum hours and minimum wages for work.” (TUSHNET, Mark. *I dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008, pp. 81).

*Allgeyer v. Louisiana* representou o avanço dessa postura, ao estabelecer a doutrina da liberdade de contrato. O governo da Louisiana havia imposto alguns critérios para que empresas pudessem funcionar sob sua jurisdição; dentre eles, proibiu que seus cidadãos fizessem contrato de seguro com companhias operando fora do Estado. *Allgeyer & Co.* Foi, então, processada por firmar contrato de seguro com uma companhia de Nova York.

Questionada a constitucionalidade da lei, a Suprema Corte a declarou inconstitucional, sob o fundamento de que a cláusula do devido processo contida na Décima Quarta Emenda assegurava o direito de qualquer cidadão de celebrar contratos, desde que legais, e que não poderia ser restringido por legislação estadual.

Aos poucos, a Corte diminuía o controle do Estado em matéria econômica e, em 1905, veio a oportunidade de efetivamente consagrar sua postura no paradigmático *Lochner v. New York*. Joseph Lochner, dono de uma pequena padaria em Utica, NY, operava em estreita margem de lucro e possuía menos de cinco empregados.

À época, como resultado de uma longa batalha entre sindicatos e empregadores, uma série de leis foi promulgada para limitar as horas de trabalho em padarias a dez horas diárias ou sessenta semanais<sup>19</sup>. Após ser multado em flagrante descumprimento da lei estadual, Lochner recorreu ao Judiciário, eventualmente alcançando a Suprema Corte.

Ele questionou a constitucionalidade da lei por violação à cláusula do devido processo contida na Décima Quarta Emenda e limitação à liberdade de contrato entre empregado e empregador. A justificativa para a aprovação da novel legislação trabalhista – as longas jornadas e exposição ao pó de farinha, à miséria e à insalubridade dos ambientes de trabalho traziam sérios riscos à saúde dos trabalhadores -, foi afastada pela Corte, visto que o Estado não havia produzido provas de danos provocados à saúde dos trabalhadores pelo ofício de padeiro<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> “At the turn of the century, it was not uncommon for journeymen bakers to work more than one hundred hour per week. In cities, bakeries were usually located in the cellar of a tenement house. The combination of long hours exposed to flour dust, plus the dampness and extremes of hot and cold in tenement cellars was thought to have an ill effect on workers’ health.” (KENS, Paul. In HALL, Kemit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 189).

<sup>20</sup> A liberdade de contrato era reconhecida, mas não um direito absoluto; sua proteção deveria ser balanceada contra o exercício legítimo do poder do estado de governar – o denominado poder de polícia, simplisticamente usado somente para distinguir a função dos governos estaduais daquelas do governo federal. No século XIX, esse conceito foi ampliado para incluir o dever de promover o bem-estar geral, saúde e segurança. Em 1898, a Corte havia reconhecido um limite de oito horas diárias aos trabalhadores em minas (*Holden v. Hardy*), mas não estendeu o direito aos trabalhadores em padarias. “Taking judicial notice of a “common understanding” that baking was never considered and unhealthy trade, he [Justice Peckham] concluded that the Bakeshop Act was not a legitimate exercise

O dissenso do *Justice* Harlan levantou uma presunção em favor da determinação legislativa, afirmando que ela deveria ser aplicada, a menos que seja manifesta e inquestionavelmente violação a direito fundamental constitucional.

*Justice* Oliver W. Holmes, em posição similar, considerou que a legislação estadual deveria ser sustentada a não ser que uma pessoa racional necessariamente admitisse que infringiria princípios fundamentais das tradições e leis norte-americanas. Holmes foi além, e criticou a decisão de expandir a liberdade de contrato, reconhecendo que essas doutrinas refletiam as teorias do Darwinismo social e do *laissez-faire* econômico. Para ele, a decisão significava a infusão injustificável na Constituição de um novo direito fundamental<sup>21</sup>.

*Lochner* levou a salvaguarda do liberalismo econômico a novo nível e estendeu o ativismo judicial a um limite que gerou incômodo político<sup>22</sup>. O *Bakershop Act* consistia em conquista histórica para os sindicatos e regulação inovadora de condições sanitárias de trabalho, promoção de cidadania, proteção da saúde e da segurança dos trabalhadores e justiça social.

A legislação fora aprovada por unanimidade pelas duas casas legislativas de NY e, em seguida, derrubada por magistrados sem qualquer conhecimento especial sobre essa indústria, em decisão por cinco a quatro, fundamentados na doutrina da liberdade de contrato, anteriormente aplicada a situações radicalmente distintas.

*Lochner* fez da Suprema Corte um fiscal de todos os tipos de legislação regulatória estadual e tornou-se rapidamente um símbolo do mau uso do poder e uma fiel bandeira aos opositores da Corte, do liberalismo econômico e do ativismo judicial.

“The Court is said to have made the mistake in *Lochner* of becoming involved in formulating policy rather than interpreting the law. As Holmes pointed out, it also embraced one theory of the function of government at the expense of all others. Judicial

---

of the police power and was therefore unconstitutional.” (KENS, Paul. In HALL, Kemit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 191)

<sup>21</sup> Holmes teria escrito em sua opinião: “A constitution is not intended to embody a particular economic theory. It is made for people of fundamentally differing views.” Ver KENS, Paul. In HALL, Kemit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 191.

<sup>22</sup> “Due process was originally thought of only as a guarantee that laws would be enforced through correct judicial procedure, but the concept changed drastically in the late nineteenth century. Under a theory called “substantive due process” courts assumed the power to examine the content of legislation as well as the means by which it was enforced. In the late 1880s the doctrine was employed successfully to overrule state attempts at regulation railroads. But it carried the broader implication that the Court could invalidate any type of state economic or reform legislation determined to be in conflict with a right protected by the Constitution.” (KENS, Paul. In HALL, Kemit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 190)



construction alone had imbedded that theory into the fundamental law of the land. For these reasons the case still stands as a symbol of unrestrained judicial activism.”<sup>23</sup>

A barganha coletiva concedeu aos padeiros o limite legal de 10h/dia em 1912; em 1908, a Corte apoiou o limite diário para a mulher (*Muller v. Oregon*) e, em 1917, consagrou o limite de 10h/dia para homens, adultos, mulheres e crianças na maioria das indústrias (*Bunting v. Oregon*). No entanto, *Lochner* dominou a Corte por mais trinta anos, até ser desafiado pelo Presidente Roosevelt, em forte campanha pela limitação dos poderes judiciais, sob a acusação de que a Corte estaria usurpando os poderes representativos e democráticos.

Em 1933, Franklin D. Roosevelt foi eleito Presidente dos Estados Unidos em meio à Grande Depressão, com a principal promessa de recuperação econômica, encorpada nas reformas do *New Deal*. Com a quebra da bolsa de valores de Nova York, o liberalismo econômico foi questionado e diretamente atacado.

Roosevelt alegou que somente uma ação a nível nacional poderia preservar a estabilidade econômica, assegurar o crescimento e promover o bem-estar geral.

No entanto, até 1936, a Suprema Corte manteve os princípios estabelecidos pela Era *Lochner* e invalidou as tentativas mais ousadas do governo de interferir na economia, contrariando os planos presidências de alavancar a economia. Uma das decisões mais notórias foi proferida em *Shechter Poultry Corp. v. United States*, em 1935, quando a Corte declarou a inconstitucionalidade do *National Industrial Recovery Act*<sup>24</sup>.

Meses depois, a Corte declarou a inconstitucionalidade do *Agricultural Adjustment Act*, que visava ao aumento dos preços dos produtos agrícolas pela limitação da produção, através do subsídio governamental aos produtores. A opinião da Corte em *United States v Butler* (1936) declarou que a regulação de produtos agrícolas pelo governo federal era inválida à luz da Décima Emenda, porquanto invadia a reserva de poder estadual<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> KENS, Paul. In HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 192

<sup>24</sup> Essa lei foi rascunhada por grandes grupos industriais e, apesar da tentativa de aumentar os salários e encorajar os negócios e o espírito empreendedor, continha os erros típicos de períodos de emergência e favorecia carteis. A lei declarava emergência nacional e justificava a ação congressional sob a *Commerce e General Welfare Clauses* da Constituição. As críticas da Corte foram severas e seus argumentos, difíceis de serem superados. Segundo Hughes, “extraordinary conditions do not create or enlarge constitutional power” (Ver PRITCHETT, Charles H. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 320.

<sup>25</sup> A maior contribuição positiva de *Butler*, como reafirmado por Burger em *Fullilove v. Klutznick*, em 1980, foi a determinação do poder de prove para o bem-estar geral “is an independent grant of legislative authority distinct from

Em 1936, a Corte enfrentou o cerne do New Deal no julgamento de *Carter v. Carter Coal Co.*, a respeito da apropriada alocação de poder entre os Estados e a União, posto que a premissa do programa econômico que Roosevelt tentava continuamente implantar era de que a *commerce clause* conferia ao governo federal amplos poderes para regular a indústria do carvão, que enfrentava grave crise de preços, com a consequente redução dos salários dos trabalhadores.

Com efeito, foi promulgada legislação que estabelecia preços mínimos para o carvão e estabelecia padrões de negociação para manter os salários em piso aceitável (*Bituminous Coal Conservation Act*). Os salários eram tão apavorantes na indústria carvoeira que a inquietação trabalhista, muitas vezes acompanhada de violência, tornou-se endêmica. Entretanto, a opinião majoritária entendeu que o Congresso, conquanto louvável sua iniciativa, havia invadido a esfera de atuação dos Estados à luz da Décima Emenda e da cláusula do comércio. Uma vez que seus poderes são rigidamente enumerados na Constituição, ele não pode ceder seus poderes a outros<sup>26</sup>.

A Corte diligentemente fez o possível para inviabilizar a implantação do *New Deal* no primeiro mandato de Roosevelt e novas legislações continuaram sendo invalidadas, como o *Railway Pension Act* e o *Municipal Bankruptcy Act*. Respalado pelo vasto apoio popular em sua esmagadora reeleição em 1936, Roosevelt desafiou abertamente a Suprema Corte e propôs o *Court Packing Plan*, pelo qual o Presidente teria poder de indicar novo *Justice* para cada membro da Suprema Corte que ultrapassasse os setenta anos, de forma a auxiliar o trabalho dos demais.

Não obstante o insucesso de seu plano, a Era Lochner começou a se desintegrar ainda em 1937, na decisão de *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, que representou uma virada jurisprudencial de cunho notavelmente político. Aqui, a Corte adotou posicionamento de auto-restrição judicial em face da regulação econômica do Estado, ao declarar a constitucionalidade de uma lei do estado de Washington que estabelecia salário mínimo para as mulheres. Além de firmar limites à doutrina da liberdade de contrato em primazia do interesse da comunidade, a Corte defendeu sua deferência ao julgamento do legislativo em questões de regulação econômica<sup>27</sup>.

---

other broad congressional powers.” PRITCHETT, Charles H. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 50. E seu aspecto mais duradouro foi o dissenso de Stone e seu apelo à autocontenção judicial, invocado em muitas ocasiões subsequentes.

<sup>26</sup> O perigo de o Congresso ultrapassar seus limites constitucionais era ver os estados tão desprovidos de seus poderes ou tão aliviados de suas responsabilidades, a ponto de ser reduzidos a pouco mais do que subdivisões geográficas do domínio nacional. Ver MALESON, Diane c. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 55-66.

<sup>27</sup> Ver DUZIAK, Mary L. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 377-378.

Em 1938, chegou à Corte *United States v. Carolene Products Co*, em que uma empresa produtora de leite adicionado de gordura ou óleo que não sua gordura natural – o *filled milk*, questionou a constitucionalidade do *Filled Milk Act*, de 1923, que proibia o comércio interestadual desse produto. Por larga maioria, foi declarada a constitucionalidade da lei em detrimento da liberdade de comércio.

A notoriedade do caso, no entanto, veio de sua nota de rodapé n. 04, adicionada pelo autor da opinião da Corte, *Justice Stone*, que indicava a despreocupação no exame se as regulações econômicas efetivamente protegiam a segurança e a saúde públicas:

“There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth...”

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation.

Nor need we inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious ... or national ... or racial minorities ...: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.”

O segundo parágrafo defende que leis que restrinjam os processos políticos recebam controle judicial acurado, a partir da Décima Quarta emenda. O terceiro parágrafo sugere que proteção similar deve ser conferida às religiões, às minorias raciais e, de forma geral, às minorias “discretas e insulares”<sup>28</sup>.

Os dois últimos parágrafos justificaram o comportamento da Corte em todo o período subsequente a *Lochner*, até a revolução dos direitos promovida pela Corte presidida por Earl Warren, e constituem o cerne do amparo ao *judicial review* como garantidor dos direitos de representatividade política, com forte proteção dos direitos da Primeira Emenda –

---

<sup>28</sup> O conceito de minorias “discretas e insulares” foi intensamente examinado por Jeremy Waldron na defesa de sua tese em favor do controle legislativo de constitucionalidade. Visando desconstruir o mito da tirania da maioria, Waldron identifica o verdadeiro problema da democracia nos pequenos grupos representados pelas minorias “discretas e insulares”, que, se levadas a sério, transmitem não só da ideia de minoria tópica – à parte do processo de tomada de decisão político -, mas também de minoria cujos membros estão isolados do restante da comunidade, sem capacidade de construir coalizões para promover seus interesses. Segundo ele, as situações dessas minorias discretas e insulares não podem ser resolvidas pelo controle legislativo de constitucionalidade, exigindo cuidado especial das instituições não democráticas na proteção de seus direitos, na reparação do sistema político e na facilitação de sua representação. Cf. WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal, vol. 115, 2006, pp. 1403-1404.

particularmente a liberdade de expressão -, para a manutenção dos canais de representação e defesa das minorias, em detrimento de uma atuação em privilégio dos direitos substantivos.

A teoria do *self-restraint* teve como expoentes os *Justices* James B. Thayer, autor da “regra do erro claro”, segundo a qual ao Judiciário cabe invalidar uma lei somente na hipótese de erro tão claro que não houvesse discussão racional acerca de sua legalidade<sup>29</sup>; e Oliver W. Holmes, cujos contínuos dissensos na Era Lochner demonstraram seu apoio a qualquer lei que não violasse princípios fundamentais.

Essas gerações viram-se bem representadas pelo ingresso do *Justice* Felix Frankfurter em 1939, o qual liderou uma contrarrevolução auto-restritiva, assente na ausência de legitimidade do Judiciário na tomada de decisões políticas.

Uma vez consagrada a deferência judicial à regulação econômica pelo Estado, o cenário político da Segunda Guerra Mundial, da Guerra Fria e do McCarthysmo trouxe à Corte questões relacionadas à liberdade de expressão, iniciadas em *United States v. Lovett*, em 1946.

O processo originou-se a partir da acusação de três servidores federais que estariam realizando “atividades subversivas”. Após a suspensão de seus salários por lei federal, Lovett recorreu ao Judiciário. Na oportunidade, a Corte declarou inconstitucional qualquer lei, federal ou estadual, que punisse um indivíduo sem o devido processo legal<sup>30</sup>.

A balança federalista somente voltou a pender em favor dos estados em meio ao conservadorismo da Corte Rehnquist, a partir de *United States v. Lopez*, decidido em 1995. O

---

<sup>29</sup> Sobre a teoria de Thayer, Alexander Bickel nota: “The power of review, says Thayer, must be conceived of strictly “as a judicial one”, quite unlike, and distinct from, the functions of the political branches of government. (...) That meant for Thayer – and he attempted to prove that it had generally meant to the courts – that a statute could be struck down as unconstitutional only ‘when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, - so clear that is not open to rational question.’” (BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press, 1986, pp. 35).

<sup>30</sup> A bem da verdade, *Lovett* retomou uma tendência construída ainda na Era Lochner, tratando primordialmente da liberdade de expressão, apontada como uma das primeiras influências sobre a jurisprudência das cores ativistas, como a Corte Warren. Em 1925, a Suprema Corte iniciou o processo de incorporação dos direitos contidos na Primeira Emenda como limite para os Estados. No caso em apreço, Gitlow havia sido preso ao distribuir panfletos de um manifesto esquerdista que clamava pelo estabelecimento do socialismo e foi condenado por violar lei estadual que tratava da anarquia criminosa. Apesar de defender as liberdades de expressão e de imprensa como direitos fundamentais individuais, a Corte sustentou a lei estadual, ao entender que o panfleto, embora sem imediata incitação à ação criminal, poderia ser uma faísca revolucionária que poderia explodir em conflagração destrutiva. *Justice* Holmes escreveu famoso dissenso: “The only difference between the expression. Of an opinion and an incitement in the narrower scene is the speaker’s enthusiasm for the result. Eloquence may set fire to reason. But whatever may be thought of the redundant discourse before us, it had no chance of starting a present conflagration.” Ver MURPHY, Paul L. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 123.

*Gun-Free School Zones Act*, de 1990, tornava crime federal a posse de arma de fogo em zona escolar, com base na autoridade da cláusula do comércio.

Alfonso Lopez Jr., estudante do ensino médio no Texas, foi surpreendido portanto uma pistola calibre .038 e cinco balas. Declarado culpado, a Corte de Apelação reverteu a decisão e questionou a constitucionalidade da lei, como exercício inválido do Congresso no *commerce power* e intromissão em espaço constitucional tradicionalmente ocupado pelos estados.

O caso chamou a atenção de diversos grupos de interesse, como a *National Education Association*, a *National Rifle Association* e a *National Conference of State Legislatures*. A primeira argumentou a dificuldade das escolas em lidar com crimes com arma de fogo e estabeleceu a conexão entre a violência nas escolas e o movimento de armas no comércio interestadual. As demais associações opuseram-se à lei e insistiram que, embora a redução da violência por armas de fogo em zonas escolares fosse louvável, o Congresso não teve sucesso em conectar a posse de armas de fogo ao comércio interestadual; arguiram, ainda, que o aumento da autoridade federal sobre crimes locais ameaçava a soberania dos estados e a liberdade individual.

A maioria liderada por Rehnquist foi a primeira desde a década de 1930 em que os “justices” declararam a inconstitucionalidade de uma lei federal com base na reserva de poder dos estados. *Lopez*<sup>31</sup> destacou as significativas mudanças forjadas pelos Presidentes Reagan e Bush na Corte e afirmou o apoio à soberania estadual, entendimento notório da Corte Rehnquist.

Em *City of Boerne, Texas v. Flores*, outra lei federal foi declarada inconstitucional, com fundamento na invasão congressual na esfera de regulação dos estados<sup>32</sup>. A cidade havia se recusado a permitir que uma igreja católica aumentasse seu prédio em vizinhança de preservação histórica; a igreja, então, processou a cidade por suposta violação à lei federal de 1993 que proibia a interferência em atividades religiosas.

---

<sup>31</sup> Rehnquist afirmou que a lei excedia grandemente os limites do poder de comércio federal e que os Estados haviam sido historicamente soberanos em áreas como o direito criminal em educação. Ao mesmo tempo, os dissidentes insistiram que o Congresso tinha historicamente o poder de fazer o que fez e que, se tinha o poder de regular o ambiente escolar livrando-o de substâncias controladas, como o asbesto e o álcool, por quê não das armas? Ademais, arguiram que a decisão ameaçava o retorno à era do devido processo legal substantivo.

<sup>32</sup> Pela maioria, *Justice Kennedy* entendeu que o Congresso estava realizando tarefa das cortes federais de determinar o que equivalia a uma violação constitucional e afirmou, ainda, que deveria haver alguma congruência entre os meios adotados pelo Congresso e o fim premeditado pela Décima Quarta Emenda. Concluiu, assim, que o Congresso havia colocado “fardos” nos estados que dificultavam, ou impossibilitavam, o exercício de sua autoridade tradicional na regulação da saúde e do bem-estar dos cidadãos. Ver Hall, Kermit L. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 62-63.

A virada federalista se consolidou em 1996, com a invalidação parcial do *Indian Gaming Regulatory Act*, no julgamento de *Seminole Tribe of Florida v. Florida*. A Lei permitia que as tribos patrocinassem grande variedade de jogos, mas somente em estados que lhes permitissem, direcionando a negociação em boa-fé. Governador da Flórida se opôs radicalmente à disponibilização de jogo de cassino pelas tribos nativas e, desafiado judicialmente pela Tribo Seminole, recebeu apoio de mais trinta e um estados, que temeram a erosão de sua autoridade soberana pela intrusão do Congresso em áreas como meio-ambiente, negócios e segurança.

A opinião da Corte estabeleceu que a Décima Primeira Emenda havia restringido o poder judicial federal e que outros poderes constitucionais alocados ao Congresso, como a “Indian Commerce Clause” não poderiam ser usados para circunscrever limitações constitucionais colocadas na jurisdição federal. O dissenso liderado por Souter insistiu na constitucionalidade da lei, porquanto o Congresso sempre intencionara que os estados se sujeitassem à jurisdição das cortes federais; afinal, arguir em cortes federais sempre fora um caminho para grupos minoritários exercerem pressão por seus direitos, agora negados aos nativos.

No entanto, o resultado prático de *Seminole* foi contraditório: embora tenha afirmado o direito dos estados de serem livres de processos pelos nativos à luz do *Indian Gaming Act*, facilitou o caminho para a abertura e operação de cassinos pelas tribos – com a proibição da lei do Congresso, bastava às tribos o pedido de autorização junto ao Departamento do Interior.

A postura da Corte tornou clara sua intenção de revisitar algumas das mais longas assunções sobre o sistema federal norte-americano desenvolvidas desde o *New Deal*, conferindo poder ao governo de fazer muito do que quisesse sob a forma de regulação da economia nacional.

Essa questão era importante no passado, quando os direitos dos estados constituíam o baluarte constitucional da escravidão e, em seguida, da segregação. Em geral, as pessoas não se importam com o federalismo; elas se importam com o que o governo pode fazer, mas não qual governo. A consolidação do poder nacional em direitos civis transformou a questão do federalismo.

Resistente ao contexto, a Corte Constitucional falhou na realização dos critérios tanto na prolongada manutenção da Era Lochner, quanto na verdadeira revolução do escopo do poder nacional na Corte Rehnquist. Se de 1937 até a Corte Rehnquist, o federalismo não significava nada em termos de restrição ao poder congressista, a virada federalista encarregou-se de acrescentar muito pouco.

Isso se deu porque a Corte não agiu radicalmente em oposição ao Congresso dos anos 1990, tampouco o Congresso desafiou a “revolução”, por duas razões: (i) a disponibilidade de fáceis soluções alternativas e (ii) o desinteresse de grupos de interesse diante da questão; eles se importam com a substância, e, mesmo nesses casos, como se passará a ver, a Corte não parece ter sido tão bem-sucedida assim.

### **3.2. A questão do direito à igualdade e da segregação racial**

Abordar a questão da segregação racial nos Estados Unidos exige a primeira remissão a *Scott v. Sanford*, 1857, um caso que envolvia questões delicadas e controversas, em um ambiente político adverso e à beira de um colapso. Em função disso, de um rotineiro caso de liberdade, o litígio tornou-se um *cause célèbre*.

Em 1846, Dred Scott havia pedido sua liberdade na Corte de St. Louis County, a partir do precedente aberto em *Rachel v. Walker* (1837), pelo qual, se um escravo retorna a um estado escravagista, depois de ter residido temporariamente em territórios livres, ele tinha o direito de liberdade, com base no princípio estabelecido pelo Missouri *once free, always free*.

Em 1850, a corte declarou-o livre e condenou Sanford ao pagamento de seus salários acumulados. Em apelação, a Suprema Corte do Missouri reverteu a decisão, em contrariedade a diversos precedentes, mediante uma controversa retórica pró-escravidão.

Na Suprema Corte dos Estados Unidos, questões adicionais foram injetadas pelos advogados de Sanford, como a legitimidade de Dred Scott de demandar judicialmente como cidadão dos EUA e o poder do Congresso de abolir a escravidão nos territórios.

A responsabilidade de resolver judicialmente o que instituições políticas não foram capazes caiu sobre o “Chief Justice” Taney, que escreveu a opinião majoritária da Corte, declarando-o escravo, porquanto (i) ainda que negros pudessem ser cidadãos de um estado, não eram cidadãos da União, faltando a Scott o direito de demandar em cortes federais; e (ii) Scott ainda era escravo porque ainda não tinha sido libertado, tendo em vista que o Congresso havia excedido sua autoridade quando aboliu a escravidão em territórios, porque esse poder não havia sido concedido pela Constituição.

A decisão enfrentou reação violenta e liberou paixões partidárias irreconciliáveis, reverberadas em púlpitos, palanques e na imprensa. Os abolicionistas instituíram furiosa investida

contra a Corte que minaram seu prestígio, justo no momento em que sua influência estabilizante parecia fornecer o caminho necessário. Com a posição da Corte, o compromisso concernente à escravidão pareceu impossível, e a guerra, inevitável.

Abraham Lincoln, então oferece alternativa à supremacia judicial. Em vigoroso debate contra o Democrata Douglas em campanha ao Senado, Lincoln defendeu o papel da Corte em ter a palavra final naquela precisa controvérsia, quando não se chega a um acordo naquele ponto em discussão. Entretanto, rejeitou ferozmente *Scott* como decisão política, capaz de orientar as políticas públicas que propunha em campanha e que deveriam vincular o eleitorado a seus representantes eleitos.

Lincoln acrescentou que, se de outro modo fosse, as pessoas não seriam mais seus próprios governadores, se a política governamental relacionada a matérias vitais para todo o povo fosse irrevogavelmente fixada por decisões da Suprema Corte, em litígios ordinários entre duas partes.

Tampouco, essa decisão pode ser entendida como capaz de promover a aceleração democrática como entende Unger, tanto sob a ótica de criação de política transformativa, de gradual rearranjo das instituições postas e dos discursos sociais predominantes, quanto sob a ótica de imaginação de futuro alternativo.

Esse fracasso foi rapidamente vencido pela Guerra Civil e suas consequentes Emendas Constitucionais:

“American legal and constitutional scholars consider the *Dred Scott* decision to be the worst ever rendered by the Supreme Court. Historians have abundantly documented its role in crystalizing attitudes that led to war. Taney’s opinion stands as a model of censurable judicial craft and failed judicial statesmanship. It took the Civil War and the Civil War Amendments to overturn the *Dred Scott* decision. The Thirteenth Amendment abolished slavery, and all persons born in the US, regardless of color or previous condition of servitude, were declared citizens of the United States by the Fourteenth Amendment.”<sup>33</sup>

Tivesse prevalecido o dissenso do Justice Curtis, *Scott* permaneceria escravo, porquanto Curtis teria deixado para os estados decidirem quem são seus cidadãos, na medida em que o poder congressional de abolir a escravidão não destitui os proprietários de seus escravos sem o devido processo legal. Assim, Curtis acabou reforçando a decisão da Suprema Corte do Missouri

---

<sup>33</sup> EHRlich, Walter in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court decisions*. 1999, pp. 323.



de manter Scott escravo, embora o tenha reconhecido como cidadão dos Estados Unidos, mas não coberto por todos os direitos que têm os cidadãos *estaduais*.

A atuação da Corte é minorada ainda mais quando se conclui que a Guerra Civil teria ocorrido de uma forma ou de outra, mesmo se prevalecido o dissenso do Justice Curtis. Uma decisão contrária que tivesse apoiado o poder congressual de proibir a escravidão em estados teria tido o mesmo efeito, senão maior.

Na década de 1880, a Reconstrução iniciada pela Guerra Civil perdia sua força, especialmente após a eleição do Presidente Rutherford B. Hayes, que encerrou os esforços de intervenção federal na proteção dos negros contra a discriminação.

Em 1883, num agrupamento de cinco casos de discriminação em hotéis – os *Civil Right Cases*, a Suprema Corte declarou inconstitucional o *Civil Rights Act*, de 1875, que baniu discriminação racial em áreas públicas e particulares de convivência comum, como hospedagens, transportes públicos e teatro. A integração social dos negros tornava-se mais complexa, até que leis estaduais institucionalizando a segregação começaram a se multiplicar.

Sob o império da doutrina legal *equal but separated*, instituída a partir da política estatal *Jim Crow* que justificava sistemas de segregação em serviços, instalações e acomodações públicas, a Suprema Corte foi chamada a resolver a constitucionalidade da *Separate Car Law* do Estado da Louisiana promulgada em 1890, que determinava a separação de vagões para negros e brancos em ferrovias.

Após a organização dos negros em Nova Orleans para a formação do “Citizens’ Committee”, Homer Plessy ofereceu-se ao teste e foi preso ao recusar-se a ocupar o vagão de uso exclusivo de negros, em trem que percorria o interior do Estado da Louisiana. A controvérsia chegou à Suprema Corte, depois que a Corte de Louisiana sustentou o direito do Estado de regular as companhias ferroviárias, enquanto operassem dentro dos limites estaduais.

Escrevendo pela Corte em 1896, Justice Brown continuou a prática da Corte de interpretar a Décima Terceira Emenda apenas à escravidão em si, sem que ela alcançasse distinções de cor, e argumentou que a legislação Jim Crow não sugeria a inferioridade (e servidão) de uma raça à outra, mas a separação produto do sentimento público manifestado pelas leis e já ratificado em *Roberts v. City of Boston* (1849), em que se justificou a separação em instalações educacionais. Ademais, declarou a lei da Louisiana constitucional e não feria os direitos civis de Plessy, à época vistos essencialmente como direitos de propriedade e de contrato.

Justice Harlan escreveu um dissenso isolado em apoio eloquente à rejeição da doutrina *equal but separated*, preferindo ver a Décima Terceira Emenda como proibição de todas as formas de servidão. Em uma de suas mais aclamadas citações, posteriormente utilizada para sustentar programas de ações afirmativas, destacou: “The Constitution is colorblind, and neither knows nor tolerates classes among citizens.”<sup>34</sup>

Teria a segregação desaparecido, uma vez prevalecido o dissenso? Não necessariamente. O contexto político aponta para uma pressão dos brancos que possivelmente teria feito permanecer a operação de vagões segregados pelas ferroviárias, ainda que mais custosos.

A decisão da Corte fez reverberar a forte mensagem de que a comunidade branca via os afrodescendentes como inferiores, o que encorajou a dispersão da segregação legal, cuja mais importante manifestação permanecia nas escolas – o dissenso de Harlan a teria derrubado? O apoio à educação pública sempre foi precário no Sul, e teria ficado ainda pior se as escolas fossem integradas, assim como a segregação bairrista teria ficado ainda mais intrincada.

Se, por um lado, a Corte foi bem sucedida na orientação e solidificação de políticas públicas em apoio ao sistema sulista Jim Crow, certamente não provocou uma aceleração democrática de abertura dos canais de comunicação por meio de um questionamento de instituições e discursos postos.

“The opinion is one of arresting contrasts: between its relative insignificance at the time and the symbolic importance it would attain during the next six decades, between the petty rationalization of the majority opinion and the abiding appeal of the dissent, and between the begrudging interpretation of the Civil War Amendments as applied to African Americans and the expansive interpretation of the same amendments as applied to claims of economic right.”<sup>35</sup>

*Plessy* mostrou-se um resistente obstáculo ao longo de cinco décadas, tendo repercutido a segregação nas mais diversas esferas da sociedade, especialmente em escolas e universidades, ferozmente combatido pela associação civil NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*), criada em 1930.

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 278.

<sup>35</sup> PRATT, Walter F. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 277-278.

Ainda que aos poucos fosse vulnerabilizada por decisões como *Missouri ex rel. Gaines v. Canada* (1938)<sup>36</sup>, *McLaurin v. Oklahoma State Board of Regents for Higher Education* (1950)<sup>37</sup> e *Sweatt v. Painter* (1950)<sup>38</sup>, sua superação só veio em 1954, em *Brown v. Board of Education*.

As conquistas no ensino superior eram significativas, mas isoladas e insuficientes; a verdadeira segregação atingia as escolas primárias. A educação mostrava-se o caminho mais óbvio para eliminar a doutrina segregacionista, que começava a gerar desconforto.

*Brown v. Board of Education* chegou à Suprema Corte envolvendo escolas de doze estados e do Distrito de Columbia e milhões de crianças, para questionar, definitivamente, a doutrina do *equal but separated*.

A primeira discussão, em 1952, não foi conclusiva, ante a insegurança da Corte; não tanto porque radicalmente dividida, mas porque os *justices* concordavam que, se fossem coerentemente invalidar a segregação, a decisão deveria ser a mais próxima da unanimidade possível.

Nesse íterim, dois importantes eventos tomam lugar: na Corte, Justice Frankfurter resolve sua ambivalência e decide que a Corte poderia adiar que remédio deveria ser; fora dela, o “Chief Justice” Vinson morre.

A chegada de Earl Warren à Corte por indicação do Presidente Eisenhower foi decisiva; ao contrário de seu antecessor, ele era firmemente comprometido com a inconstitucionalidade da segregação. *Chief Justice* Warren convence os colegas a decidirem o mérito em uma opinião e a

---

<sup>36</sup> Foi o primeiro teste da campanha iniciada pela *National Association for the Advancement of Colored People* criada em 1930. Gaines buscou admissão em Faculdade de Direito *all-white*, na ausência de uma destinada aos negros. A Universidade do Missouri previsivelmente negou sob base racial, com apoio das cortes estaduais. Na Suprema Corte, “Chief Justice” Charles Hughes, pela maioria, ordenou a admissão na universidade *all-white*, dispensando a oferta do Estado de pagar pelo ensino em instituto fora do Estado, com base na *Equal Protection Clause* da Décima Quarta Emenda. Ainda que a Corte não tivesse repudiado completamente a segregação, o caso assinalou nova demanda pela reavaliação desse padrão.

<sup>37</sup> Tendo sido negada sua admissão em doutorado na universidade *all-white* no Estado de Oklahoma por razões de raça, McLaurin foi ordenado admitido por Corte federal distrital. A Lei de Oklahoma requeria que a instrução em pós-graduação fosse sob base segregacionista, e McLaurin viu-se em classes com fileiras, bibliotecas e cafeterias com mesas reservadas para negros. McLaurin retornou à Corte distrital e, eventualmente, apelou à Suprema Corte, onde o caso foi decidido simultaneamente com *Sweatt*. “Chief Justice” Vinson, então, determinou o fim do tratamento separado de McLaurin e das práticas que lhe negavam direitos decorrentes da *Equal Protection Clause* na Décima Quarta Emenda.

<sup>38</sup> Essa decisão deixou evidente que a doutrina do *separate but equal* estabelecida por *Plessy* estava irrealizada na educação superior e pública. Sweatt teve sua admissão negada na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, por ser afrodescendente, na medida em que o Estado buscava fortalecer sua Faculdade de Direito voltada para negros, como requerido em *Missouri*, 1938. Escrevendo por uma Corte unânime, “Chief Justice” Vinson usou a *Equal Protection Clause* da Décima Quarta Emenda para requerer a admissão de Sweatt à Faculdade *all-white*.

dedicar o *relief* a uma segunda; para ter ambas unânimes, convenceu, ainda, Justices Jackson<sup>39</sup> e Reed a suprimir suas opiniões. Com a nova liderança, a decisão pós-reargumentação correu de forma tranquila e a unanimidade foi aplaudida.

A opinião elidiu todas as questões difíceis: o entendimento histórico da *Equal Protection Clause* foi considerado inconclusivo; o argumento em *Plessy* de que a segregação não trazia prejuízo foi refutado por dados sociais; a própria doutrina *equal but separated* se autodestruíu com o tempo, à medida que os afro-americanos tornavam-se mais bem sucedidos em diversos campos e que a educação tornava-se central, onde a segregação não podia ter espaço.

Em decisão de dez páginas com opinião viva, não-técnica e unânime, Warren inflamou uma revolução legal e social nas questões constitucionais de raça. Pareceu um novo impulso não só de mudanças substantivas na estrutura social dos Estados Unidos, mas também na natureza da interpretação constitucional pela Suprema Corte.

Se *Brown I* teve conteúdo moral sem fundação doutrinária explícita, a *Brown II* faltaram ambos. A NAACP pediu a dessegregação imediata ou com prazos rígidos. Os estados responderam que ambos eram impraticáveis. A Corte temeu hostilidade e violência, mas assumiu postura próxima à dos Estados.

*Brown II* impôs custos substanciais aos querelantes e à NAACP, que era parcamente financiada e alvo de hostilidade. A Corte esperou que o Departamento de Justiça energicamente apoiasse os querelantes, mas o Presidente Eisenhower evitou a questão e prometeu não mais do que obedecer à decisão.

Assim, uma Corte admiravelmente unânime no mérito, tornou-se ambígua e vazia, na questão-chave do *relief*. Logo os casos voltaram à Corte para um benefício apropriado. Os conselhos escolares encontraram-se no meio de um fogo-cruzado entre um punhado de reformadores que queriam fazer a dessegregação funcionar e a imensa maioria que resistia à

---

<sup>39</sup> Apesar de ter redigido opinião concorrente, Justice Jackson foi convencido a não publicá-lo, vindo a público apenas em 1988. Conquanto não tenha intencionado dissentir, sua opinião não teria inflamado oponentes a *Brown* da época, mas permanece provocativa ainda hoje. Seu esforço mais interessante, mas não tão bem-sucedido, foi o de explicar porque a mudança de condições fáticas justificou o resultado alcançado pela Corte. Segundo ele, o segregacionismo estava condenado, não porque o Congresso faria algo sobre, mas porque os novos Justices da Suprema Corte inevitavelmente a julgariam inconstitucional; ainda assim, a segregação permaneceria até que o Congresso fizesse algo a respeito. Em tudo isso, Jackson esteve basicamente correto, embora não suficientemente realista. Ver TUSHNET, Mark. *I dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008, pp. 145-146.

mudança e via a decisão como combustível para seus próprios artifícios. Governadores estaduais sulistas e líderes legislativos eram particularmente francos ao desafiar ambas as decisões.

Sua ambiguidade implícita em *Brown II* diminuiu o imperativo moral da primeira decisão e, em face da resistência organizada no Congresso, retraiu e não ouviu outro caso de segregação até *Cooper v. Aaron* (1958), em cuja opinião, falou-se mais do poder da Corte, do que da questão substantiva de proteção igualitária.

A própria corte sofreu o peso desses fardos. Tendo fornecido pouca orientação em *Brown II*, a Corte teve que refazer seu princípio básico nos casos segregacionistas de sucesso subsequentes, até tomar rumo substantivo em *Green v. County School Board of New Kent County* (1968)<sup>40</sup>, caso escolar mais significativo depois de *Brown*, quando entendeu que observar *Brown II* requeria não só a abolição da segregação legalmente determinada, mas a efetiva dessegregação de escolas previamente segregadas.

Depois de lamentar deliberada resistência a *Brown II*, a Suprema Corte anunciou novas diretrizes à luz de *Green*, especialmente sob a liderança do *Chief Justice* Warren Burger, que afirmou que o escopo da violação constitucional determinava o escopo do remédio, e que a jurisdição das cortes distritais acabava quando o remédio fosse alcançado ao ponto em que o sistema fosse novamente único.

A partir daí, novas decisões representaram o esforço enérgico da Corte em efetivar a dessegregação em escolas sulistas, notavelmente em *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* (1971)<sup>41</sup> – conhecido pela aprovação do ônibus escolar como ferramenta de promoção

---

<sup>40</sup> Após *Brown*, o *School Board* de New Kent County, Virginia, adotou o plano da liberdade de escolha no processo de dessegregação, que permitia aos estudantes escolherem qual das escolas queriam atender: as prévias *all-black* ou *all-white*. Depois de três anos, nenhum branco elegeu as *all-black* e 85% dos negros permaneciam nelas. O querelante de uma escola *all-black* argumentou que o plano, na prática, perpetuava a dualidade racial no sistema escolar ordenada por lei estadual. Pela Corte, Justice Brennan avaliou, em opinião limitada, que o plano da liberdade de escolha não era compatível com *Brown II*, cuja finalidade era a promessa realística de um plano que convertesse prontamente um sistema sem escolar *negras* ou *brancas*. Ao revés, uma variedade de fatores – como o medo de hostilidade e retaliação aos que mudassem de escola, a influência indevidas de agentes públicos e partidos privados, as instalações desiguais e os efeitos da pobreza, faziam esse plano falhar em cumprir *Brown II*. Em face da maciça resistência sulista à dessegregação e do voo dos brancos para escolas privadas, a NAACP mudou sua estratégia para pressionar o tipo de programa.

<sup>41</sup> À época, o distrito operava sob um plano de dessegregação focado em zonas geográficas e em transferências livres, e mais da metade dos alunos negros frequentavam escolas sem um aluno ou professor branco. *Chief Justice* Burger declarou que a liberdade de escolha não eliminaria o sistema dual e escreveu opinião em defesa de uma proporção matemática adequada para a composição de escolas (71:29) e a provação do transporte como método eficaz de transferência de alunos entre escolas. Em *North Carolina State Board of Education v. Swann*, também em 1971, Burger estabeleceu que o estado não podia proibir ou designar alunos em transporte sob fundamento racial, em violar *Brown*.

da dessegregação, reafirmado em *Columbus Board of Education v. Penick* (1979), a despeito de significativas decisões<sup>42</sup>, que lançaram dúvidas na posição da Corte de sustentar amplos planos de dessegregação em escolas, ao afinar os fundamentos de identificação de violações constitucional, acrescentar ferramentas menores e novos limites de remediação.

Por um lado, *Brown* foi notavelmente ineficiente; uma década depois, menos de 2% das escolas distritais segregacionistas haviam experimentado alguma dessegregação. No entanto, a despeito da forte resistência local, *Brown* foi um catalisador para mudanças ambiciosas no Congresso, incitando o *Civil Rights Act* em 1964 e o *Voting Rights Act*, em 1965, e nas cortes federais, onde encorajou ativistas constitucionais a transformar a sociedade pela rubrica da interpretação constitucional, despertando novas compreensões acerca da *Equal Protection Clause* e da *Due Process Clause*, expandindo proteção a acusados criminais e a proteção da Primeira Emenda críticos aos governos estadual e federal na década seguinte.

A opinião unânime em *Brown* fez parecer a decisão inevitável hoje, mas seu resultado foi produto de um demorado processo cujas sementes foram plantadas ainda na década de 30, em casos em que negros foram vitimizados pela polícia, envolvendo muito mais do que a NAACP.

A realidade do regime brutal *Jim Crow* impeliu a Corte a começar o processo de desmantelá-lo aos poucos. Ademais, a coragem dos afro-americanos na II Guerra Mundial e a causa do Presidente Truman de fazer os *civil rights* questão nacional em 1948 forneceu apoio nacional simbólico que ajudou a mover a proteção da Corte aos afro-americanos do ponto de vista individual para o coletivo, como movimento social.

Assim, a situação efetivamente mudou somente quando o Congresso interveio. O *Civil Rights Act* negou fundos federais a instituições que promovessem a discriminação de raça, seguido pelo *Elementary and Secondary Education Act*, em 1965, pelo qual, o Departamento Federal de Saúde, Educação e Bem-estar anunciou diretrizes para determinar se uma escola

---

<sup>42</sup> Aqui merecem destaque *Milliken v. Bradley* (1974) e *Pasadena City Board of education v. Spangler* (1976). No primeiro caso, uma Corte dividida decidiu, por 5 a 4, que práticas segregacionistas em um distrito não garantia assistência que incluísse outro distrito não-segregacionista, estreitando a linha de remédios aos limites do distrito da escola ofensora; pela primeira vez, a Corte recusou-se a endossar recursos e dessegregação em escolas reclamados pela NAACP, não sem o dissenso amargo do *Justice* Thurgood Marshall, prévio advogado da NAACP, de que a Corte estava retrocedendo em resposta ao espírito público de que ela havia longe o suficiente em obrigar a garantia de justiça equitativa da Constituição.

No segundo caso, a Suprema Corte entendeu que a re-designação anual de crianças para evitar maiorias de minorias exigida pela Corte distrital excedia a autoridade dessa e enfatizou que as mudanças nas proporções raciais não eram imputadas a ações segregacionistas intencionais dos distritos. *Justice* Marshall, novamente em dissenso, arguiu que, fosse antes de *Milliken*, esperava-se a ratificação do entendimento da Corte distrital, como exercício sólido do critério posto em *Swann*.

movia-se rapidamente o suficiente para a dessegregação para conseguir provisão federal. Essas diretrizes foram também usadas para guiar as Cortes federais na concessão de benefícios.

Tudo isso acarretou a efetiva dessegregação a partir da metade da década de 1960, quando a questão constitucional, suprimida pela simples recusa e rejeição do Sul a *Brown*, voltou à baila. Se antes entendia-se *Brown* somente como promotor da dessegregação, a partir de 1964, ele foi visto também como promotor da integração; afinal, estados segregacionistas por lei tornar-se-iam integrados somente por ordem judicial?

Em áreas urbanas, a integração era muito mais difícil do que a dessegregação, porquanto requeria o rearranjo da designação de alunos e significativo sistema de transporte escolar de uma parte do distrito para outra, remédio controverso e que provocou resistência mesmo no Norte, onde a segregação não havia sido determinada por lei.

É difícil imaginar que as Emendas Constitucionais que sucederam a Guerra Civil viam a questão da segregação pelos estados como problema, ou mesmo que a Décima Terceira e Décima Quarta Emendas consistiam em soluções para essa questão.

Os costumes do povo sempre foram reconhecidos como verdadeiros legisladores. A Corte pode derrubar uma legislação que suporte a segregação educacional, mas a política construtiva para aboli-la devem vir do Congresso; somente ele pode legalizar política vinculante a todos os estados e distritos.

Segundo Tushnet<sup>43</sup>, ao derrubar leis estaduais ou provisões constitucionais que aprovelem a segregação, a Suprema Corte não produzirá transição social, tampouco é ela a agência a que o povo deve recorrer para tanto. A decisão dela pode acabar com a segregação em um estado ou outro, mas a prática enraizada permanece e é levada por escolas independentemente de lei.

A erradicação da segregação por intervenção judicial exigiria duas gerações de litígio. Assim, a decisão da Corte não encerra, mas inicia o debate acerca da questão. Por conseguinte, seus efeitos não podem ser superestimados.

Sem provocar efetiva aceleração democrática, *Brown* foi incapaz de orientar políticas públicas em sua primeira década, até que novos casos pudessem conferir-lhe substância e realizar uma política transformativa.

---

<sup>43</sup> Ver TUSHNET, Mark. *I dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008, pp. 133-149.

*Brown* foi tão ignorado e desprezado no Sul, que, nos termos de Tushnet<sup>44</sup>, pode ser considerado, no curto-prazo, uma vitória, mas no longo-prazo, uma irrelevância. Afinal, mesmo tendo representado uma vitória ideológica, não representou vitória material, e teve fraca contribuição para o favorecimento daqueles que careciam de poder político, seja por meio da promoção de políticas públicas que eliminassem a desproporção de pobreza ou efetivassem a cidadania política, seja pela construção de uma política transformativa de rearranjo institucional<sup>45</sup>. Esse papel foi ocupado com maior eficiência pelo Congresso na década de 1960.

Isso não significa dizer que não tenha sido uma decisão importante; mas o quão importante? Parece muito provável que algo teria acontecido no Sul mesmo sem *Brown* – assim como a migração para o Norte, o movimento dos direitos civis parecia inevitável, e ganhou impulso quando percebeu que tinha a Constituição e a Corte a seu lado; ademais, os afro-americanos crescentemente resistiam ao *apartheid* sulista; por fim, os que celebram *Brown* têm que conviver com as recentes decisões da Suprema Corte que restringem ações afirmativas.

*Brown* é melhor compreendido como o cumprimento de uma visão política nacional contra outra regionalmente dominante com poder excessivo no Congresso. Na década de 50, o segregacionismo era um embaraço para a elite política nacional, preocupada com a acusação dos comunistas e soviéticos de serem os EUA uma falsa democracia. A Suprema Corte, então, agiu em benefício dos negros quando os interesses deles convergiam com os dos brancos.

No final, como defendido por Tushnet, a mistura de raças que ocorreu nos Estados Unidos resultou mais de uma ampla aceitação social de uma sociedade multicultural e multirracial do que da intervenção da Corte<sup>46</sup>. Cinquenta anos<sup>47</sup> depois de *Brown*, a questão de seu verdadeiro

---

<sup>44</sup> Ver TUSHNET, Mark V. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 135-141.

<sup>45</sup> “No matter how one comes at the end, however, it seems reasonably clear that we ought not celebrate the Supreme Court’s role in *Brown* as a strong demonstration of how the Court can bring about change on behalf of those who lack political power.” TUSHNET, Mark V. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 146.

<sup>46</sup> “Blush or shudder, as many will, mixture of blood has been making inroads on segregation faster than change in law. No clear line of separation between the races has been observed. [...] Nor can we ignore the fact that the concept of the place of public education has markedly changed. [...] it is now regarded as a right of a citizen and a duty enforced by compulsory education laws. It is neither novel nor radical doctrine that statutes once held constitutional may become invalid by reason of changing conditions, and those held to be good in one state of facts may be held to be bad in another...” (TUSHNET, Mark. *I dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008, pp. 144.145).

<sup>47</sup> Em 2007, a Suprema Corte julgou se a Constituição permitia que *school boards* buscassem integração ou balanço racial pela designação ocasional de estudantes a escolas, a partir de casos de Seattle e Louisville. Até então, a doutrina permitia o uso da raça como fundamento para essa política governamental, apenas se ela perseguisse



significado permanece controversa, mesmo depois de ter se tornado um ícone do direito constitucional insuscetível de crítica.

Assim, embora *Brown* tenha se tornado referência para o ressurgimento da teoria substantiva dos direitos, isso deu mais por sua importância simbólica, do que por sua rasa e inconclusiva fundamentação jurídica.

### 3.3. A questão do direito à privacidade

Quase uma década depois de *Brown*, a Corte Warren realizaria sua maior contribuição ao que se denomina *devido processo substantivo*, alcançando o ponto de maior afastamento à prévia postura auto-restritiva. Em 1965, o julgamento de *Griswold v. Connecticut* trouxe à Corte a discussão acerca do direito à privacidade e construiu a base sobre a qual erigiu-se *Roe v. Wade*.

Uma lei de Connecticut de 1870 tornava crime o uso de qualquer droga, artigo ou instrumento para evitar a concepção; era uma lei tecnicamente difícil de ser desafiada em base constitucional, como evidenciado pelas posições divergentes dos juízes concorrentes. Apesar de enfrentada em 1943 (*Tileston v. Ullman*) e em 1961 (*Poe v. Ullman*), somente em 65 a Corte determinou-se a resolver sua constitucionalidade.

No contexto da revolução sexual nos Estados Unidos, dois membros da *Planned Parenthood League of Connecticut* haviam sido condenados por prestar informações e instruções médicas para pessoas casadas sobre métodos contraceptivos.

Questionada sua constitucionalidade pelos condenados, a Suprema Corte a declarou inconstitucional, por violar o direito à privacidade de casais legalmente casados, embora consistisse em direito *não-enumerado* na Constituição.

O entendimento da maioria, sob a liderança do *Justice* William Douglas, defendeu a proteção de direitos implícitos e fundamentais básicos à luz do *devido processo substantivo*, assente na Décima Quarta Emenda. O que tornou célebre a decisão foi o esforço em justificar o revestimento de *status* constitucional a direitos não-enumerados.

Segundo Douglas, específicas garantias expressas da *Bill of Rights* têm zonas de *penumbra* formadas por emanações delas que lhes conferem vida e substância; assim como a

---

objetivo obrigatório, que só pudesse ser efetivamente alcançado por esse critério. A maioria de cinco *Justices* entendeu que alcançar balanço racial era um objetivo obrigatório.

Corte havia recentemente estabelecido que o direito de livre expressão implicava o direito periférico de livre associação, ele alegou que a Primeira, Terceira, Quarta, Quinta e Nona Emendas formavam uma *zona de privacidade*, capaz de conferir base substantiva a esse direito.

Os dissensos também desdenharam da lei estadual, mas negaram que ela infringisse algum direito fundamental que, enraizado na teoria de direitos implícitos de Douglas e Goldberg, ou na teoria de justiça natural de Harlan e White, não detinha autorização constitucional.

*Justice* Hugo Black criticou veementemente a decisão, e afirmou que o amplo uso dessa autoridade judicial ilimitada faria da Suprema Corte uma Convenção Constitucional diária, o que implicaria grande poder para as cortes, com resultados ruins para ela, e péssimos para o país.

*Griswold* dificilmente representa uma decisão contra-majoritária; à época, apenas dois estados baniam o uso de contraceptivos, e a Corte agiu em nome de uma maioria política nacional que ainda não havia diligenciado sua vontade por meio da legislação. Ainda assim, alguns estados conseguiram algum sucesso, eliminando restrições completas ao aborto, permitindo-o para proteger a vida e a saúde da mãe.

Embora os efeitos concretos de *Griswold* tenham sido em larga medida insignificantes, a criação, ou descobrimento, de um direito constitucional à privacidade obteve ampla repercussão jurídica e institucionalizou, pelo precedente, uma visão liberal sobre a liberdade sexual.

A maioria foi muito mais expansiva nas justificativas legais do direito à privacidade do que de seu teor ético. O legado forneceu um guia vago do escopo substantivo desse direito nas relações sociais modernas, e seu alcance foi testado em diversas oportunidades, sendo logo estendido às relações não matrimoniais (*Eisenstadt v. Baird*, em 1972)<sup>48</sup>, memoravelmente em 1973 ao direito ao aborto, em *Roe v. Wade*, e, em 2003, à privacidade dos homossexuais, em *Lawrence v. Texas*.

Enquanto a lógica da privacidade de *Griswold* limitou indesejáveis intervenções estatais em questões sexuais íntimas, também impediu o papel estatal positivo na educação de cidadãos e no custeio essencial do controle de nascimento e do aborto. Seu legado aponta para os problemas resultantes do esforço da Corte em lidar com necessidades sociais de mudança de valores e interesses, por meio da invocação de normas tradicionais.

---

<sup>48</sup> Em notável afirmação, *Justice* Brennan esclareceu que “If the right of privacy means anything, it is the right of the *individual*, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child.” John Anthony Maltese in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 94.

A retomada da postura ativista e da teoria substantiva dos valores pela Corte Warren, com a consequente revolução dos direitos relacionados à igualdade, dessegregação, justiça racial e participação política provocaram uma agitação social que clamava por uma contrarrevolução que culminou na eleição de Richard Nixon, com suas promessas de reformas conservadoras.

Nixon indicou Warren Burger para ocupar o cargo de *Chief Justice*, e, em seguida, os *Justices* Harry Blackmun, Lewis Powell e Willaim Rehnquist. No entanto, a Corte Burger manteve a postura ativista e avançou muito além no campo do devido processo substantivo.<sup>49</sup>

*Roe v. Wade* é o precedente mais debatido da história norte-americana, ao estender o devido processo substantivo e o direito à privacidade a seu ponto mais controverso: o direito ao aborto. O caso referia-se a duas leis restritivas ao direito de abortar, uma do Texas, e outra da Geórgia, com única exceção na hipótese de perigo à vida da mãe.

Norma McCorvey, sob o pseudônimo de Jane Roe, acionou a Corte pelo direito de realizar um aborto não contemplado pela exceção. A opinião vencedora determinou a inconstitucionalidade de ambos os diplomas legais, com base no argumento suscitado em *Griswold* de que ofendiam o direito à privacidade protegido pela cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda.

A decisão reconheceu que os estados poderiam ter interesses legítimos na restrição do aborto; então, dividiu a gestação em três trimestres e fixou que as restrições ao direito de abortar só poderiam ser estabelecidas nos dois trimestres finais e em situações específicas – no segundo trimestre, para proteger a saúde da mãe e, no terceiro, a viabilidade do feto.

O dissenso liderado por Rehnquist criticou a doutrina do direito implícito à privacidade, uma vez que um direito implícito restringia o poder legislativo estadual e que o aborto ultrapassava os limites da família, e criticou a divisão da gestação em trimestres, por relativizar a proteção de uma vida em potencial.

Entretanto, a controvérsia gerada por Roe não se limitou à esfera jurídica; o contexto social que culminou na decisão favorável ao aborto perpassou uma série de movimentos sociais

---

<sup>49</sup> “Nixon’s nominations did change the Supreme Court, but not as much as Goldwater conservatives hoped. Mostly the Court drifted along the course set by the Warren Court, moving more slowly but never abandoning the commitment to substantive liberalism. Its abortion decisions in 1973, written by Nixon appointee Blackmun and joined by Nixon appointees Burger and Powell, extended the idea of privacy developed in *Griswold* case into a far more controversial area. As the title of one overview of the early years of the Burger Court put it, that Court was “The counterrevolution that wasn’t.” TUSHNET, Mark. *A court divided: the Rehnquist Court and the future of constitutional law*. Nova York: W. W. Norton, 2006, pp. 31.

que talvez tenham delineado um ambiente socialmente mais favorável do que de fato era. Os anos de 1950 e 1960 representaram o crescente acesso a métodos contraceptivos e a ascensão de abortos clandestinos, que resultavam na morte de milhares de mulheres em razão das condições sanitárias precárias.

As lutas sociais por reformas em favor do aborto ganharam duas formas: legislativos estaduais começaram a facilitar a obtenção do aborto, seja por ampla proteção à saúde da mãe, seja por requerimento e aprovação de um comitê de médicos. Assim que alguns estados começaram a suavizar as restrições ao aborto, qualquer mulher com melhores condições buscava realizá-lo em outro estado ou aprová-lo para preservação de sua saúde.

O pós-choque da decisão inflamou a opinião pública e o movimento *pro-life* (direito à vida) multiplicou-se em todo o país, com o apoio de instituições religiosas de todos os tipos, escalando à violência. Esse movimento ganhou poder dentro do Partido Republicano e promoveu vigoroso *lobby* nos legislativos estaduais para adotar regulações que levassem ao limite dentro da moldura estabelecida em *Roe*, de modo a restringir a disponibilidade dos abortos.

A Corte sofreu os efeitos dessa pressão social e, ao mesmo tempo em que esforçou-se para manter *Roe*, cedeu a legislações que restringiam a liberdade da mulher em escolhê-lo. O caso mais importante veio em 1980, em *Harris v. McRae*, em que se entendeu que o Congresso não violou a Constituição ao proibir o uso de fundos para pagar por abortos não-terapêuticos. Anos antes, em 1977 (*Maher v. Roe*), a Corte havia entendido que os estados não tinham a obrigação de custear abortos para mulheres indigentes.

Um previsível efeito dessas decisões foi o retorno à situação que prevalecia antes de *Roe*, na qual as mulheres que se permitiam pagavam por um aborto seguro, enquanto outras, em piores condições, confiavam em abortos ilegais realizados em condições sanitárias indignas e desumanas, ou, como Jane Roe, carregavam a gestação até o fim. Ao mesmo tempo, o impacto de *Harris* é incerto, tendo em vista o ascendente financiamento público de abortos.

Novas restrições ao requerimento de abortos foram derrubadas na década seguinte, incluindo a notificação dos pais para gestantes menores e ao cônjuge.

Após a aposentadoria de Burger, a principal bandeira conservadora era a reversão de *Roe*; apesar da relativa timidez no período subsequente, a decisão se manteve em meio aos protestos.

O Partido Republicano ocupava novamente a presidência e o Presidente Reagan elevou William Rehnquist a “Chief Justice” e apontou Antonin Scalia para a vaga. Em 1987, após a

vacância de Lewis Powell, Reagan indicou Robert Bork, incisivo e conhecido crítico de *Roe* para a vaga do *Justice* Powell. O Partido Democrata movimentou uma coalizão política no Senado que indeferiu a nomeação de Bork. A vaga foi, então, ocupada por Anthony Kennedy.

Em 1989, sob a liderança de Rehnquist e com a reforma conservadora promovida pelo governo Reagan, a Corte chegou perto de reverter *Roe*, em *Webster v. Reproductive Services*.

O caso questionava a constitucionalidade de provisões de uma lei do Missouri que impediam (i) o uso de fundos estatais para a realização de abortos; (ii) a realização de abortos em hospitais públicos ou em particulares com apoio estatal; e que requeriam (iii) a realização de teste “apropriados” para determinar a viabilidade do feto com vinte semanas ou mais de gestação – o que incluía o segundo trimestre, em contrariedade ao estabelecido em *Roe*.

Essa oposição a *Roe* provocou forte comoção política e abriu oportunidade para sua reversão. O Governo Bush tomou providências, exerceu pressão sobre os *Justices* nomeados por Reagan e apresentou longa opinião em favor da reversão como *amicus curiae*.

Rehnquist, Scalia e Kennedy acolheram afervoradamente os apelos conservadores, com a concorrência de O’Connor, a qual escreveu uma opinião que, embora sustentasse a constitucionalidade da lei estadual, propôs uma interpretação que a adequou a *Roe*, em razão da comprovada margem de erro de aproximadamente quatro semanas na determinação médica da duração de uma gestação.

As reações vieram sob um prisma mais político do que propriamente jurídico e, se os conservadores se revoltaram com a chance perdida, os liberais ficaram alertas ao fim da maioria em favor do direito ao aborto<sup>50</sup>.

Em seguida, a Corte parecia traçar um caminho para a gradual reversão de *Roe*. No julgamento de *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, em 1990, a Corte sustentou a constitucionalidade de lei estadual que determinava a notificação dos pais pelas gestantes menores de idade que desejassem realizar abortos. A opinião da corte rejeitou a imposição de *fardo desnecessário* como a audiência judicial para determinar a maturidade da menor.

---

<sup>50</sup> “Interest groups organized around the abortion issue, however, interpreted Webster as a major assault on Roe. Both sides in the abortion controversy saw political advantage to be gained by representing it as a major change in the law. Proponents of increased restrictions on the availability of abortions used the decisions to prod state legislatures into doing more than they had already done; some state legislatures enacted laws that were clearly unconstitutional under Roe. Opponents found that they could mobilize a good deal of latent support for their position by presenting the decision as a major threat to the right to choose abortions; courts could no longer be relied on to block restrictions on the availability of abortions.” TUSHNET, Mark V. in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 375.

As crescentes pressões sociais sobre os legislativos estaduais, o Congresso e os governos para minimizar os “danos” provocados por *Roe* resultaram na promulgação de diversas leis federais e estaduais e políticas públicas governamentais que restringiam o direito ao aborto.

Isso se manifestou de forma latente na regulação de planejamento familiar: se entre 1971 e 86 os regulamentos governamentais proibiam clínicas de planejamento familiar, em 1988, no final do Governo Reagan, foi instituída a *gag rule* – determinação legislativa de que clínicas de planejamento familiar financiadas pelo governo federal fossem impedidas de informar, ou sequer mencionar, às mulheres grávidas acerca da disponibilidade do aborto como método de planejamento familiar.

Questionada em 1991, em *Rust v. Sullivan*, a Suprema Corte sustentou a *gag rule* ao entender que ela era uma interpretação aceitável da legislação federal pela agência encarregada para aplicá-la, e à qual as cortes deveriam deferir.

A Corte rejeitou o desafio de violação aos direitos de liberdade de expressão contidos na Primeira Emenda e afirmou que o governo poderia impor condições à disponibilização de financiamentos para assegurar que cumprissem os propósitos de seus programas, no melhor interesse da coletividade. Outrossim, o direito constitucional da mulher de escolher a ter um aborto não requeria que o governo distorcesse o escopo de seu programa.

Era evidente que *Roe* estava por um fio; sua maior ameaça veio em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, em 1992, quando questionada uma lei da Pensilvânia que exigia que as mulheres aguardassem no mínimo vinte e quatro horas antes de realizar o aborto após serem informadas das suas opções e da natureza do procedimento, além da notificação dos pais pela gestante menor, e do cônjuge, pela casada.

A despeito de todos os questionamentos de sua legitimidade para decidir essa questão, os grupos de interesse pediam uma definição da Suprema Corte diante de sua nova composição: o Presidente Republicano George W. Bush havia recentemente indicado os *Justices* Clarence Thomas, conservador que se alinhou a Rehnquist e Scalia, e David Souter, que tornou-se peça chave ao juntar-se a Kennedy e O’Connor para escrever uma célebre opinião concorrente que perseguia a manutenção do “núcleo” (*core holding*) de *Roe*.

A opinião redigida por Souter abandonou a divisão da gravidez em trimestres e trabalhou a viabilidade do feto; para todo o período da inviabilidade, adotou a regra do “fardo

desnecessário”, visando suprimir obstáculos inadequados ao direito da mulher de abortar no período em que o feto se mostrava inviável.

Souter defendeu a manutenção de *Roe*, ao argumentar que qualquer discordância pessoal ou moral não poderia se sobrepor ao respeito ao precedente, princípio básico do direito constitucional norte-americano. Segundo ele, *Roe* já havia fincado profundas raízes na sociedade e a reversão somente é recomendada quando o precedente torna-se inaplicável ou não mais representante da realidade.

Por fim, Souter argumentou que a reversão de *Roe* representaria, naquele momento, um comprometimento com pressões sociais e políticas que poderiam enfraquecer o *judicial review*, cuja legitimidade funda-se em um judiciário independente<sup>51</sup>.

*Casey* foi meritório ao resgatar essa discussão da independência dos magistrados em suas decisões, propriamente como realização da democracia. O diagnóstico de Souter de que a possível reversão de *Roe* enfraqueceria a Suprema Corte e demonstraria seu controle político por meio de indicações presidenciais foi muito aplaudida, mesmo diante de severas críticas de Scalia:

“The Court’s actions in *Casey* were, quite apart from the underlying constitutional issues, a vivid demonstration that the justices know that for their actions to be accepted in a democracy, those actions have to be seen as being different from politics and the justices themselves as different from politicians.”<sup>52</sup>

Apesar de ter representado mais uma vez a aguda divisão política nacional, o legado mais importante de *Casey* foi a manutenção de *Roe*. O fracasso da Corte em reverter *Roe* foi a mais decepcionante perda da Administração de Reagan. Com efeito, a ala conservadora abandonou estrategicamente a Suprema Corte e realocou seus esforços em outros campos, tirando a questão do aborto da agenda da Corte por mais de dez anos, sem querer arriscar nova derrota.

---

<sup>51</sup> O diagnóstico de Souter de que a possível reversão de *Roe* enfraqueceria a Suprema Corte e demonstraria seu controle político por meio de indicações presidenciais foi muito aplaudido, a despeito de todas as severas críticas de Scalia. Nesse sentido, Tushnet observa que “The reason for *Roe*’s persistence is reasonably clear: as the three justices put it in 1993, the decision had settled in to the nation’s understanding of what the Constitution meant, and overturning it would have been quite disruptive to that understanding – not to mention how disruptive it would have been to the political system and, particularly, to the Republican Party, which would have been stretched perhaps to the breaking point by a conflict between its socially conservative ‘base’ and more centrist voters who liked *other* aspects of the Republican platform.” (TUSHNET, Mark. *I Dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008, pp. 212).

<sup>52</sup> HALL, Kermit L., in HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 277

Em *Lawrence v. Texas*, a Suprema Corte expressamente superou *Bowers v. Hardwick*, de 1987, que havia rejeitado o questionamento de leis estaduais que criminalizavam atos de sodomia consentido entre adultos em privado com base no devido processo legal, e, em 2003, estendeu o direito à privacidade ao relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, ao derrubar lei do Texas que criminalizava essa conduta.

A opinião majoritária refutou a reclamação tradicional e confiou na descriminalização da sodomia em outros países, como Reino Unido em 1967 e Corte Europeia de Direitos Humanos, em 1981, como evidência da mudança de entendimento no Ocidente.

Mark Tushnet repetidamente usa o debate relacionado ao aborto para apoiar sua conclusão de que a Constituição não protege nem fornece o conteúdo dos direitos fundamentais; *Roe* ilustra apenas que a Corte, agindo em nome da Constituição, tem o poder de mudar vidas; afinal, a declaração em *Roe* de que a mulher tem um direito constitucional de obter um aborto importa a muitas pessoas.

A opinião nacional vividamente dividida na questão do aborto tornava difícil uma mudança pelo processo político. Desde *Roe*, democratas e republicanos revezaram na Presidência e no Congresso, oportunizando a ambos o apontamento de *Justices* e a aprovação de leis na matéria. Seu cerne, no entanto, permaneceu inalterado.

*Roe* não colocou fim ao debate; se suficientes pessoas se opuserem ao direito ali definido por um longo período, ela será derrubada. Mas o fracasso em acabar com tamanha divisão nacional sobre a proteção constitucional a um direito fundamental foi aprazível, afinal, como lidar com uma discordância tão profunda e persistente sobre direitos fundamentais? Eles devem ser tratados como política.

Conquanto o consenso seja ocasionalmente alcançado no curto prazo, a Corte não é boa para resolver desacordos políticos fundamentais, com potenciais consequências desastrosas no longo prazo.

Recentemente, muitas outras decisões mudaram o curso de vida de milhões de pessoas, revertendo políticas legislativas em nome da Constituição. A Corte, então, forçou os oponentes a essas decisões a lutar contra elas na arena política e, nesse meio tempo, conviver com o resultado contra-majoritário. A questão do aborto iluminou como a política determina quando a Suprema Corte importa, por meio de padrões ligados à liderança presidencial e aos partidos políticos.



Ainda que *Roe* tenha sido um marco constitucional histórico para o direito à privacidade e o direito ao aborto, a Suprema Corte não obteve sucesso na orientação de políticas públicas no mesmo sentido. A agitação social provocada pela decisão culminou em política legislativa e estatal contrária, traduzida pelas inúmeras restrições impostas à escolha da gestante, às clínicas de planejamento familiar e ao financiamento em hospitais públicos.

Por mais que o *Roe* e as decisões seguintes tenham tido um significativo impacto enquanto política transformativa e aceleração democrática, com a participação dos mais diversos segmentos sociais, desde a Presidência da República por *amicus curiae*, até movimentos sociais que dividiam a opinião pública, aos poucos esse futuro alternativo foi sendo gradualmente enfraquecido e nublado pela própria Corte.

#### 4. Desfecho

Shapiro defende que a experiência norte-americana é a mais antiga e de maior sucesso, mas muitas vezes mal-entendida. Sob sua ótica, ao longo de sua história, a Suprema Corte teria sido muito bem-sucedida em decisões federalistas<sup>53</sup>, na medida em que, na porção mais significativa, apoiou as bem-sucedidas forças nacionalizantes de que derivaram importantes políticas públicas de expansão econômica e conquistas sociais, com poucos e suficientes freios, a despeito do recente brando reforço do poder dos estados.

No âmbito dos direitos e interesses, teve longo e relativo sucesso na defesa da propriedade e de interesses corporativos, convertido em apoio institucional à defesa dos direitos individuais, um esforço tentador à época da I Guerra Mundial e que atingiu seu ápice na Corte Warren.

No entanto, a experiência norte-americana é obscura. Conquanto aparente grande sucesso na exaltação dos direitos e liberdades civis pelas Cortes Warren-Burger que inspiraram uma geração ao entusiasmo com o *judicial review* como *carruagem real* para o império do direito e

---

<sup>53</sup> Em termos teóricos, Shapiro compara o federalismo a um cartel, a que os membros aderem e cujas regras seguem, de modo que todos se beneficiem mais do que fora dele. A Corte obteve grande êxito na medida em que, em geral, nas ocasiões intervencionistas contra um estado *infrator*, recebeu apoio tanto do governo federal, quanto dos demais estados. Esse raciocínio é válido para explicar sucessos em federalismos voluntários, como Estados Unidos, União Europeia e Austrália, mas não em federalismos formais, impostos ou *quase-federalismos*. No entanto, a Corte enfrenta dois problemas na atuação em casos federalistas: é chamada a arbitrar como pigmeu entre dois gigantes, ao mesmo tempo em que é braço de um deles. Do segundo problema escapa ao assegurar a independência e a neutralidade judiciais; do primeiro, quando o benefício da manutenção do cartel para os estados continua maior do que o de quebrá-lo, ou, alternativamente, quando o governo central tem os meios e a vontade para fazer cumprir os julgamentos da Corte, em oposição aos membros.

para a própria democracia, somente após 130 anos a Corte de fato conduziu significativa proteção de direitos e por algum tempo sustentou que o *Bill of Rights* não se aplicava aos estados<sup>54</sup>.

As possíveis contribuições para a reorientação de políticas públicas vieram na década de 50, a partir de casos como *Brown v. Board of Education* (1954), *Griswold v. Connecticut* (1965) e *Miranda v. Arizona* (1966), mas, como visto, com resultados práticos controversos e duvidosos, que inspiraram vigorosa (e até violenta) oposição política e maciça desobediência.

Outrossim, a Corte recusou-se a constitucionalizar direitos de bem-estar social e não logrou êxito em orientar uma efetiva política pública do aborto, fazendo de si mesma mais política, à medida que esse debate se dividia e se tornava mais acirrado. A iniciativa da Corte na seara dos direitos a colocou no fogo-cruzado de partidos políticos, sem obter verdadeiro sucesso.

À luz do segundo critério, poucas foram as decisões em que, concretamente, a Corte exerceu uma política transformativa e efetivou a aceleração democrática. Se, por um lado, *Brown* e *Roe* representam casos paradigmáticos de decisão contra-majoritária e de antecipação à reorientação legislativa, com a imaginação de um futuro alternativo, por outro, pouco significaram na prática a reorientação judicial de instituições e discursos sociais.

Afinal, ao mesmo tempo em que determinou a dessegregação em escolas, a Corte viu-se impotente diante de reações escalonadas de desobediência, até que os legislativos se propusessem a promover a transformação da consciência coletiva por meio de comandos (e incentivos) legais. Do mesmo modo, a legalização do aborto viu-se sucedida por diversas restrições, especialmente provenientes do governo federal, as quais, se não foram capazes de a reverterem, seriamente abrandaram-na, e continua sob radical divisão na opinião pública e sob suspense de reversão.

Ainda que as principais decisões que, no senso comum, apontam para o sucesso do *judicial review* não tenham fechado o debate, não é possível concluir que tenham acelerado a democracia, à luz do conceito definido por Unger.

Ao mesmo tempo em que é parco o debate relativo à questão do federalismo, a radicalização das posições e a politização (partidária) do *judicial review* em questões atinentes a direitos têm obstaculizado e frustrado as metas de encurtamento do prazo de inovações, de ampliação da energização de atividades políticas e de freio ao esforço racional-interpretativo justificador da jurisdição constitucional.

---

<sup>54</sup> *Barron v. Baltimore*, 7 Pet. 243 (1833).

Assim, conclui-se, parcialmente, que (i) é necessária a superação de discussões concernentes à interpretação e à legitimidade do *judicial review* como projeto e instituto permanente e imutável, para abrir-se a seu próprio questionamento, iniciado pelo debate proposto acerca de seu sucesso; (ii) os resultados alcançados pelas decisões apresentadas, em grande medida, teriam ocorrido de toda forma por outras vias democráticas, ou mostraram-se utilitariamente insuficientes, ineficazes e controversos; (iii) por não ser decorrência lógica da democracia, novas análises do *judicial review* merecem destaque, de sorte que se afaste do fetichismo institucional para a abertura a novos experimentos, para além de si mesmo.

## CAPÍTULO 02: A DESNECESSIDADE DO *JUDICIAL REVIEW* PARA A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

### 1. Apresentação

O desenvolvimento da *judicial review* nos Estados Unidos tornou célebre o esforço dos *Justices* em racionalmente justificar suas decisões, com base na determinação do papel do intérprete e da amplitude do poder judicial. Assim, surgiram diversas teorias acerca da interpretação constitucional, resumidas na dicotomia básica esboçada por J.H. Ely entre a corrente interpretativista, que fundamenta o *judicial review* no texto constitucional em si, e a não-interpretativista, fundada no exercício do controle para além da Constituição.

Ao contrário do Brasil, cuja tendência é voltar o debate para o texto legal ou para o mérito da escolha legislativa em si, sem parâmetros ou escolha teórica que permitam determinado sentido e identidade na prática constitucional, os Estados Unidos produziram um esforço reflexivo sem correspondência no que diz respeito à interpretação constitucional, fazendo surgir diversas teorias acerca do exercício do *judicial review*<sup>55</sup>.

Entretanto, esse debate apresenta-se esgotado, em face do fechamento em torno da racionalidade do *judicial review* e da impossibilidade de se chegar a uma interpretação ou padrão *corretos* da Corte. A análise jurídica parece ancorada em abstrações pretensamente universais para que seus especialistas sejam capazes de reinventar as leis, a partir da re-interpretação.

Assim, se a essência da democracia for o descortinamento de uma forma transcendental racional ideal de vida, o papel das instituições representativas seria irrelevante.

Unger propõe uma virada contra essa análise jurídica racionalizadora, obcecada com o papel dominante do juiz e alicerçada na ideia de haver um fundamento no de justificação das formas de vida em sociedade. Para ele, é preciso abandonar a pressuposição de que os juízes são os agentes primários do pensamento do direito.

---

<sup>55</sup> Do ponto de vista do interpretativismo, duas vertentes principais merecem destaque: a estrita, representada pelo originalismo de Antonin Scalia, que busca no significado original do texto a legitimação democrática do *judicial review*, e a moderada, representada por Jack Balkin, defensor da postura ativista a partir da interpretação construtiva dos espaços abertos deixados pelo texto constitucional. Do ponto de vista do não-interpretativismo, a corrente moderada fundamenta o exercício do *judicial review* nas provisões claras e não-vagas; seu expoente é John Hart Ely. A corrente estrita, por sua vez, abarca as cláusulas abertas ou vagas para interpretação judicial, por meio de uma teoria substantiva de valores em postura ativista. Seus maiores representantes são Ronald Dworkin e David Strauss.

Se, por um lado, a análise do direito procura assegurar o gozo efetivo dos direitos e manter as estruturas institucionais atuais, Unger advoga pelo reconhecimento da natureza empírica e revogável delas, seguido pela imaginação jurídica de pluralismos alternativos, por meio de uma reorientação que exige a medidas que ultrapassam os limites próprios dos juízes.

“O que nós temos ao redor de nós não é um sistema fundado de acordo com um plano racional. Não é uma máquina construída de acordo com um projeto em relação ao qual tivemos acesso apenas por providência divina. É apenas um arranjo institucional e ideológico, uma parcial e temporária interrupção da disputa, um compromisso não apenas entre grupos de interesse mas também entre grupos de interesse e possibilidades coletivas, seguido de uma série de pequenas crises e ajustes menores, e repleto de contradições escondidas e oportunidades transformadoras.”<sup>56</sup>

A solução proposta por Unger é abrir a análise jurídica ao experimentalismo institucional, a partir da resignação ao fetichismo institucional, que descreve as práticas atuais e consagradas como as únicas possíveis após o crivo da história.

Diante das impossibilidades e limitações do *judicial review* vistas no primeiro capítulo, o trabalho prossegue a um segundo plano de análise, com enfoque nas teorias críticas ao *judicial review* em si mesmo, de cunho naturalmente político, almejando, na consideração dos principais enfoques das diferentes propostas, discutir as bases da análise jurídica que norteou a atuação da Corte vista na primeira parte, para constar suas consequências negativas para a democracia e identificar os pontos-chave aptos a alavancar, se na jurisdição constitucional, se fora dela, a orientação bem-sucedida de políticas públicas e a eficaz promoção da aceleração democrática.

---

<sup>56</sup> UNGER, Roberto M. *O Direito e o Futuro da Democracia*. 1ª Ed., Rio de Janeiro, 2004, pp. 19-20 e pp. 228.

## 2. A análise das teorias críticas ao *judicial review*

### 2.1. A teoria constitucional predominante

Habermas, Sunstein, Ely e Shapiro despontaram de tal modo com suas regras gerais de conduta para o exercício do *judicial review*, que o debate na teoria constitucional tem se dado exaustivamente em torno da (des)qualificação de uma ou de outra, como reflexo do fetichismo institucional e da obsessão com o papel dos Juízes, sem volta-se a questões como as suscitadas pelo presente trabalho.

O acurado escrutínio dessas teorias em face da realidade fática da Corte, abordada no primeiro capítulo, revela como essas propostas teóricas generalizantes estão esgotadas.

Teorias constitucionais direcionadas ao *judicial review* são desejáveis – a exemplo daquelas tratadas nos próximos tópicos desse capítulo –, mas a teoria pela teoria não será capaz de definir a adequação ou não do *judicial review*; espera-se fortalecer a análise do *judicial review* antes e para além dele.

Em *One Case At a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cass Sunstein apresenta uma interessante proposta de atuação minimalista dos *Justices* em questões éticas ou tecnicamente complexas. Uma Corte minimalista não ignora o dissenso inerente à sociedade heterogênea e, ciente de suas próprias limitações, decide o caso de maneira estreita e rasa, evitando, assim, abstrações e soluções definitivas, ao deixar muito mais em aberto, não decidido. Além disso, o fundamento da substância do minimalismo estaria em um rol de casos em que a postura da Corte deveria ser necessariamente maximalista – como limitação do direito ao voto, negação da essência do Estado de Direito ou abusos físicos de indivíduos. Essas questões representariam um consenso social supostamente disseminado a respeito dos pressupostos filosóficos de Justiça e claramente metafísico.

Em obra posterior<sup>57</sup>, Sunstein reconhece outras teorias e interpretação – como o originalismo e o populismo – para admitir que quem definirá a escolha da regra interpretativa será sempre o contexto, por meio do critério da utilidade.

---

<sup>57</sup> Ver SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton University Press, 2009.

John Hart Ely apresenta uma teoria procedimental mista em face de um *judicial review* antidemocrático e, no mínimo, frontalmente incongruente com o comprometimento político predominante. em seu entendimento, o papel da Corte é, primordialmente, prevenir os detentores do poder de obstruir o processo político e prevenir o governo representativo de restringir a proteção das minorias<sup>58</sup>.

O alvo principal de sua análise não é a substância, mas o processo de decisão; isso é, um *judicial review* propriamente focado no processo reforça a democracia representativa [de maiorias e minorias], onde as determinações de valor são feitas por representantes eleitos. Desse modo, Ely restringe sua teoria geral ao exercício do *judicial review* em face dispositivos que tratem de questões de participação política, excluindo aqueles de mérito substantivo.

Ao acreditar na capacidade da Corte de identificar a lesão ao princípio de igual tratamento e respeito a todos [inclusive minorias] e assinalá-la como a causa para alguns resultados substantivos, corre o risco de conferir à preferência política judicial papel significativo.

Ademais, Ely levanta uma série princípios procedimentais com caráter normativo, sorrateiramente justificando sua teoria em pressupostos filosóficos que apontam para a necessidade de complementação por uma teoria substancial de direitos.

Martin Shapiro, por sua vez, propõe uma postura inicialmente tímida as Cortes Constitucionais em democracias recentes [i.e., em deferência ao governo], de modo que alcance sucesso no estabelecimento de *accountability* horizontal, como terreno preparatório para posterior jurisprudência de confronto – a partir do exemplo norte-americano de longo desenvolvimento de sua própria legitimidade pela proteção dos direitos dos detentores do poder.

Do mesmo modo, para Tom Ginsburg, o *judicial review* é útil ao desenvolvimento da constituição democrática, especialmente em novas democracias, onde o padrão mais comum é de inicial autocontenção para a contínua construção de sua legitimidade e expansão de seu poder, ao mesmo tempo em que diminuem as violações constitucionais pela maturidade política. Esse instituto acaba, nesse caso, por exercer função de estabilização política por meio do diálogo constitucional, observância da ordem e respeito às liberdades civis.

---

<sup>58</sup> Cf. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

Não obstante, o exame de relevantes experiências diametralmente opostos à teoria de Shapiro demonstra casos bem-sucedidos de Cortes Constitucionais que optaram por jurisprudência de confronto em jovens democracias, como na Colômbia e na África do Sul.

Como se vê, é ingênuo extrair conclusões transcendentais a partir da experiência da Suprema Corte norte-americana, para propor uma única conduta adequada.

A orientação contextual e consequencialista ganha forte relevo na determinação de adequação ou não de um sistema de *judicial review*. A bem da verdade, as generalizações constituem verdadeiro óbice para uma análise jurídica com vistas à aceleração democrática e ao desenvolvimento da democracia, na medida em que, paradoxalmente, interrompem sua própria contingência.

## **2.2. A releitura da democracia procedimental de Jürgen Habermas**

À semelhança de Unger, quando conclui pela possibilidade de atuação judicial ativista, a partir da incompleta indiferenciação entre direito e política, Habermas estabelece que as réguas de medição da qualidade do ativismo judicial são o contexto político-social e suas consequências.<sup>59</sup>

Ao examinar a democracia constitucional alemã, Habermas intitula o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha como *fiel depositário para o processo democrático*, não muito diferente da atual concepção do Supremo Tribunal Federal como terapeuta social para os males da democracia.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 44-48.

<sup>60</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, p. 53. Ver HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 347 e UNGER, Roberto M. *O Direito e o Futuro da Democracia*. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Boitempo, 2004, pp. 105.



Diante disso, ao examinar o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional e a passiva deferência à representação argumentativa da Corte Constitucional, Habermas afirma que “a existência de tribunais constitucionais não é auto-evidente”<sup>61</sup>, não só porque inexistentes em muitas ordens do Estado de Direito, mas também porque onde existem – como Estados Unidos e Alemanha – seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional é controverso.

Todas as funções constitucionais da Corte Constitucional – controle de constitucionalidade, disputas entre órgãos [União e Estados] e recursos constitucionais – exigem uma fundamentação complexa para sua atuação, em consideração aos dados de cada realidade social, sob o risco de afronta à separação de poderes ou de enfraquecimento de garantias individuais.

Com base nisso, Habermas defende abertamente o Poder Legislativo como o verdadeiro legitimado para exercer o controle judicial de normas, sem que se configure um poder parlamentar despótico, mas uma contínua reflexão sobre as próprias leis, incrementando a racionalidade do processo legislativo.

Diante da existência das Cortes Constitucionais e da jurisdição constitucional, Habermas então justifica o exercício do *judicial review* com base em um controle procedimental, para proteger os direitos que possibilitam a autonomia privada e pública dos cidadãos<sup>62</sup>. O meio para a preservação do processo democrático de elaboração de leis seria, então, a abertura dos canais de comunicação entre sociedade civil e Estado<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 298.

<sup>62</sup> Habermas refere-se, aqui, ao controle das “condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviante e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até a representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 327-328).

<sup>63</sup> Quanto à oposição à reconstrução racional do mundo da vida a partir da ação comunicativa em sentido estrito, em face da hipercomplexidade da sociedade moderna, com sua diversidade contraditória de valores e interesses, ver NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 125-127.

Nesses casos específicos de “imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade”, o ativismo judicial e a jurisprudência ofensiva são exigidos normativamente. Mas ele ressalta que o Tribunal deve ser cuidadoso para não assumir papel de regente em lugar de um sucessor menor de idade; sob o olhar crítico de uma esfera pública jurídica politizada – a “comunidade dos intérpretes da constituição” pensada por Peter Häberle -, o Tribunal assume, no melhor dos casos, o papel de um tutor.

Assim, nem mesmo a discussão do ativismo ou autocontenção judiciais não pode ser conduzida em abstrato. Somente na troca pública com outros, o indivíduo tem clareza sobre o que é e o que quer que seja.

Nesse modelo de democracias procedimental, a sociedade consiste em uma associação que institucionaliza os discursos aptos a solucionarem problemas e os transforma em questões de interesse geral<sup>64</sup>. Capaz de reorientar o poder público por meio de suas próprias opiniões políticas, mesmo que não consiga despertar processos de curto prazo nos Parlamentos e na Corte.

A releitura da teoria habermasiana proposta por Marcelo Neves à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann retira a pretensão consensualista de Habermas e as inexistentes certezas intuitivamente compartilhadas e apresenta a esfera pública política como uma arena do dissenso intersubjetivo, um complexo campo de tensão entre direito e política, como sistemas acoplados estruturalmente pela Constituição<sup>65</sup>.

A tarefa de estruturação pluralista e aberta da esfera pública é, então, estabelecida por Marcelo Neves como o “desafio fundamental do Estado Democrático de Direito”. Essas arenas de dissenso são o pressuposto para a meta ungeriana de aceleração democrática, utilizada pelo trabalho como critério para o sucesso do *judicial review*.

---

<sup>64</sup> Esse conceito engloba “movimentos, organizações e associações, os quais captam ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política”; seu núcleo é formado “por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas” que, mesmo integrantes e uma “esfera pública dominada pelos meios de comunicação de massa e pelas grandes agências, observada pelas instituições encarregadas das pesquisas de opinião e do mercado, e sobrecarregada com o trabalho de publicidade e propaganda dos partidos e organizações políticas”, representam o “substrato organizatório do público de pessoas privadas, que buscam interpretações públicas para suas experiências e interesses sociais, exercendo influência sobre a formação institucionalizada da opinião e da vontade.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II, 2ª Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 99-100).

<sup>65</sup> Ver MUDROVITSCH, Rodrigo de B. *Destrincheamento da Jurisdição Constitucional*. 2013, pp. 84-85.

Nesse sentido, apresenta-se a teoria do discurso de Habermas e sua releitura por Marcelo Neves para se medir o sucesso do *judicial review* pela propagação de arenas de dissenso e refletir esse instituto como desnecessário à democracia, em favor de uma estruturação pluralista, aberta e universal da esfera pública como verdadeira realização da democracia.

### 2.3. Jeremy Waldron: a supremacia do Legislativo

Jeremy Waldron representa uma das mais agudas vozes dissonantes ao *judicial review*. Em “Law and Disagreement”, o autor fundamenta sua crítica à obsessão da análise jurídica com a jurisdição constitucional e com o papel do juiz a partir das seguintes constatações: (i) constante questionamento das credenciais e da capacidade do Poder Legislativo pela filosofia do direito, para sugerir uma legitimidade mais limitada do que a das Cortes Constitucionais; (ii) estudiosos importam-se mais com o resultado das decisões do que com as estruturas e procedimentos legislativos; (iii) dentre os três elementos que compõem o conceito de controle de constitucionalidade (direitos fundamentais, Cortes Constitucionais e Casas Legislativas), o Legislativo é aquele a que menos se dedica e de que mais se desconfia.

Essa análise fetichista direcionada ao *judicial review* parece ser a deformação básica encontrada por ele na teoria constitucional e o ponto de partida de sua crítica:

“The only structures that interest contemporary philosophers of law are the structures of judicial reasoning. They are intoxicated with courts and blinded to almost everything else by the delights of constitutional adjudication”<sup>66</sup>

Fosse o mesmo escrutínio às Cortes dado aos Legislativos, importantes questões de teoria constitucional – para além da legitimidade e do exercício do *judicial review*, como aqui se quer despertar – seriam despertadas à nova luz.

---

<sup>66</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*.

Diante do que ele chama “American Faith in judicial review”, mais intrincada nos Estados Unidos do que em qualquer outro lugar, Waldron busca restaurar a reputação do Legislativo e constrói um arcabouço argumentativo em cima dele como fonte legítima de autoridade. Segundo ele, a discordância é o estado permanente do processo legislativo, em razão de seu caráter representativo e democrático, desenhado para encorpar a ampla variedade de opiniões na sociedade, cujos fins muitas vezes não se tocam.

Na realidade das sociedades modernas essencialmente plurais e hiper-complexas, incapazes de representação por voz única, o Legislativo é a única solução para o dissenso. O que emerge dessa cacofonia é um produto do polêmico compromisso capaz de superá-la.

Tanto as controvérsias judiciais quanto as propostas de lei guardam discordâncias enraizadas em diferenças de valores fundamentais ou experiências de vida. Waldron, porém, defende o método legislativo como satisfatório, apesar de sua inabilidade de chegar ao consenso; ou, a bem da verdade, por causa dela.

Como arenas de intratáveis desacordos, o método legislativo respeita o dissenso e presta ao indivíduo o devido respeito mediante a conferência a eles do *right of rights* – o direito de participar de debates e decisões sobre direitos em si em promoção de sua própria cidadania.

Desse modo, esse é o único mecanismo com autoridade para definir as questões de direitos onde todas as visões são representadas, confrontadas com as outras e tratadas igualmente.

Para vencer teorias da justiça que sustentam o *judicial review*, Waldron argumenta que, assim como é impossível o consenso acerca do que é *bem e correto*, é impossível o consenso sobre a teoria da justiça. Posto que a discordância moral é, portanto, irresolúvel, a tarefa de alcançar uma justiça política não deve passar pela dissolução da discordância; antes, pela elaboração de procedimentos que arranjam uma ação.

Waldron descredita a obsessão em compreender o *judicial review* como reformador de grandes questões de princípios, tanto porque ele nega ao povo o direito de participar em iguais termos de decisões sociais, quanto porque em sociedades em que esse instituto é inexistente, as questões de direitos, como discriminação, aborto e punição criminal, são discutidas de forma mais apropriada e livre.

Segundo ele, o *judicial review* se firma num implausível e antidemocrático conceito de capacidades humanas, que superestima a dos teóricos constitucionais e denigre a da população. Contraditoriamente ao entendimento moderno do indivíduo como agente pensante, com capacidade e autonomia (privada e pública), os maiores debates e mais importantes decisões têm tomado lugar fora do processo democrático e distante dos próprios “right-bearers”.

Naturalmente, o exercício de poder por um punhado de celebridades togadas fascina uma população articulada; mas essa certamente não é a essência de uma cidadania ativa. Mesmo quando a Corte age com sucesso, há perda de autogoverno. Como se viu no capítulo anterior, a contribuição da Corte Constitucional é incerta e superestimada, ao contrário do argumento de Dworkin de que a jurisdicização de questões de princípios enaltece o debate público.

Ora, os debates nacionais sobre aborto nos Estados Unidos não são mais robustos e bem-informados do que em países nos quais a questão não é constitucionalizada, como o Reino Unido e a Nova Zelândia. Nesses países, a discussão é libertadora e direta, livre das amarras argumentativas a que se prendera prenderam os *Justices* norte-americanos<sup>67</sup>, que se desdobram em um exercício constitucional tendencioso erigido sobre argumentos, teorias e jogos de palavras para interpretar um texto do Século XVIII.

Assim, Waldron enfrenta o fetichismo da constitucionalização de direitos e tenta voltá-los para o quadro político. Essas questões morais fundamentais relativas a direitos não devem ser resolvidas por juízes, mas endereçadas aos legisladores dentro do processo democrático, porque só ele possui autoridade para tanto; afinal, o reconhecimento da capacidade moral de todos os indivíduos é a própria realização da democracia.

---

<sup>67</sup> Waldron aponta algumas justificativas do *judicial review* baseadas em resultados que são inclusivas, dentre as quais: (i) preocupados com a sua legitimidade no exercício do *judicial review*, os “Justices” se prenderam ao texto constitucional para decidir as questões de direitos e dispõem enorme esforço de interpretação, em vez de se aventurarem a discutir as razões morais e os valores constitucionais substantivos de forma direta e livre; (ii) Ao mesmo tempo em que o raciocínio e a fundamentação desempenham papel proeminente na deliberação judicial, é admirável o quão rico é o raciocínio nos debates legislativos concernentes às principais questões de direitos em países em que o *judicial review* não é institucionalizado. Ademais, as razões judiciais raramente seriam examinadas em discussão deliberativa plena. Decisões como *Roe* demonstram a profunda desproporção entre o esforço argumentativo-interpretativo (presos a precedentes e a textos de lei) e a efetiva discussão dos direitos reprodutivos e de privacidade da mulher e dos direitos do feto. (WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. 115, Yale Law School Journal, 2005-2006).

Sua tese baseia-se no seguinte cenário: (i) filósofos devem ter conhecimento da complexidade e controvérsia da ideia de direitos; (ii) deve-se prestar mais atenção ao processo de tomada de decisão sob condições de discordância; (iii) devem-se questionar as defesas do *judicial review* como consumação da democracia, com base no princípio da participação democrática; e (iv) deve-se questionar a própria prática do *judicial review*, visto que a transferência da concepção e revisão de princípios básicos do Legislativo para a Corte coloca em xeque o próprio princípio democrático.

Waldron clama, então, pela congruência entre direitos<sup>68</sup> e democracia como via de mão dupla: tanto o abandono da visão dos membros de uma maioria democrática como violadores irresponsáveis, como a desafetação da indiferença do procedimentalismo puro sobre o destino dos direitos individuais sob sistema majoritário.

A partir daí, Waldron também se volta à indagação se o *judicial review* aprimora a democracia. Ronald Dworkin é um grande defensor da compatibilidade entre democracia, direitos fundamentais e *judicial review*; segundo ele, não é acidente que novas democracias se voltem quase que instintivamente para alguma versão do arranjo constitucional do *judicial review*. Em “Freedom’s Law”, Dworkin não só defende que o *judicial review* seja a base do princípio constitucional que torna a sociedade mais justa, como também insiste que uma constituição principiológica aplicada por juízes independentes não é antidemocrática<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> É oportuno destacar que Waldron enfatiza duas categorias principais de direitos: (a) direitos constitutivos do processo democrático e (b) direitos que, mesmo que não sejam formalmente constitutivos, encorpam condições necessárias para a legitimidade da democracia. Segundo ele, não pode haver democracia a não ser que o direito de participar seja concretizado, e a não ser que as complexas regras do processo político representativo sejam governadas, fundamentalmente, por esse direito, porque se alguns são excluídos do processo, ou se o processo é em si mesmo desigual ou inadequado, então ambos – direito e democracia – estão comprometidos. A respeito da segunda categoria, Waldron esclarece que a democracia e a decisão majoritária fazem sentido moral (“moral sense”) sob determinadas condições, e as mais óbvias delas são as liberdades de expressão e de associação – direitos que estabelecem um contexto deliberativo mais amplo na sociedade civil para a tomada de decisão política. Mas aqui, Waldron admite direitos com pouco ou nenhum aspecto procedimental, tendo em vista que o senso de participação em uma comunidade não se resume à questão formal, mas também ao tratamento apropriado de interesses.

<sup>69</sup> Segundo Dworkin: “I do not mean that there is no democracy unless judges have the power to set aside what a majority this is right and just. Many institutional arrangements are compatible with the moral Reading, including some that do not give judges the power they have in the American structure. But none of those varied arrangements is in principle more democratic than others. Democracy does not insist on judges having the last word, but it does not insist that they must not have it.” (DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law*, Oxford University Press, New York, 1996) e “The United States is a more just society than it would have been had its constitutional rights been left to the conscience of majoritarian institutions.” (DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*, pp. 356.

No entanto, Dworkin é consciente de que o registro do *judicial review* é longe do ideal e de que se tem pouco a argumentar a respeito de jurisprudências malsucedidas, como a Era Lochner, ou mesmo a respeito dos efeitos reais e concretos daquelas paradigmáticas, tratadas no capítulo anterior.

Ademais, a questão de justiça – se o *judicial review* fez a sociedade mais justa do que em sua ausência – pode ser impossível de ser verificada<sup>70</sup>; o próprio Dworkin conclui que o *judicial review* não diminui nem aumenta o caráter democrático do sistema político de que é parte. Dworkin demonstra isso ao considerar os efeitos da adjudicação constitucional no caráter do debate público, na medida em que muito se questiona acerca dos prejuízos do *judicial review* na promoção do engajamento político ao retirar do foro político importantes questões e decisões.

Apesar disso, Dworkin acredita que a qualidade do debate público é melhor assim, em consideração à moralidade política. Waldron discorda radicalmente e afirma que é um grande mito que o público requeira um debate moral para ser, antes de tudo, um debate interpretativo conduzido com sofisticação.

Waldron cita dois exemplos: como *Bowers v. Hardwick* decidiu a questão da união de homossexuais sem profundidade ou seriedade, distante de outros países onde a questão teve relevo e dimensão públicos; do mesmo modo, a pena de morte foi mais sabiamente discutida em países onde não girou em torno da leitura moral, mas em torno de uma política penal.

A maior contribuição de Waldron para a percepção de que o instituto do *judicial review* não é decorrência lógica de toda e qualquer democracia veio em fase mais recente, ao perceber que sua crítica à essência do “*judicial review* não é incondicional e depende da presença de certas características institucionais e políticas presentes nas democracias liberais modernas”.<sup>71</sup>

Waldron acaba por modificar seu posicionamento, ao reconhecer que seus argumentos contrários ao *judicial review* dependem de uma série de requisitos que pode ou não estar presente em uma sociedade e que a própria existência do *judicial review* necessita de uma fundamentação complexa baseada em dados de cada realidade social<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> “(...) it is an open question whether judicial review has made the United States (or would make any society) more just than it would have been without that practice.” (WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York, Oxford University Press, 2004, pp. 302).

<sup>71</sup> WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. 115, Yale Law School Journal, 2005-2006, pp. 1.353.

<sup>72</sup> Aqui, Waldron aproxima-se do posicionamento habermasiano, embora tenham premissas teóricas distintas e Waldron seja um forte crítico à pretensão de consenso de Habermas, em razão da persistência do estado de

Em *The Core of the Case Against Judicial Review*, Jeremy Waldron reconhece o valor de muitas decisões, como *Brown*, *Roe* e *Lawrence*, as quais apoiaram o comprometimento da sociedade com direitos individuais em face de maiorias preconceituosas, mas não deixa de classificar o *judicial review* como inapropriado como tomada de decisão final.

Em países desprovidos de algum controle judicial de constitucionalidade, o próprio povo decide, por meio de procedimentos legislativos ordinários, questões como ações afirmativas contra a discriminação de minorias, legalização do aborto, união homo-afetiva; caso discordem, há sempre a possibilidade de reversão por novas eleições.

O Reino Unido é o melhor exemplo disso; na década de 1960, o Parlamento debateu com seriedade acerca da maior parte dessas questões, como reflexo da ampla deliberação pública, produzindo leis como *Murder Abolition of Death Penalty* (1965), *Sexual Offences Act* (1965) e *Abortion Act* (1967).

Waldron, então, procura remover a substância e, a olho nu, pretende identificar o argumento essencial contra o *judicial review*, que seja independente de suas manifestações históricas, culturais e políticas e de seus efeitos específicos.

O apoio político ao *judicial review* vem, em grande medida, emaranhado a decisões específicas, como *Roe*; ao mesmo tempo, sua vulnerabilidade decorre de sua ilegitimidade política, no que diz respeito aos valores democráticos, e de sua incapacidade de focar as questões reais em jogo quando há profunda discordância sobre direitos, na medida em que distrai com questões secundárias, como precedentes e interpretações.

Em defesa de um controle legislativo, Waldron destaca o que ele denomina *weak judicial review*, que consiste em um sistema em que o Judiciário não dá a palavra final; os tribunais podem examinar minuciosamente a legislação quanto à conformidade com direitos individuais, mas não podem se recusar a aplicá-la.

---

discordância moral nas sociedades contemporâneas (WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, 1999, pp. 91-93). No mesmo sentido a releitura desse paradigma habermasiano proposta Marcelo Neves à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (Ver NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.)



O exemplo mais forte é o do Reino Unido, onde há uma “declaração de incompatibilidade”, pela qual o Ministro pode utilizá-la como autorização para iniciar um procedimento legislativo mais rápido para remediar a incompatibilidade. Há casos ainda mais fracos, como o modelo da Nova Zelândia, onde a declaração judicial não tem qualquer efeito jurídico sobre o processo legislativo.<sup>73</sup>

O autor destaca que a nota de rodapé n. 04 do *Justice Stone* em *Carolene Products* acerca do preconceito contra minorias discretas e insulares revela o quanto o alinhamento entre minorias tópicas e decisórias é preocupante. Em determinadas circunstâncias essas minorias podem se beneficiar com a intervenção judicial em sua proteção; mas, institucionalmente, pode piorar a situação. O que os Estados Unidos descobriram após a agitação social provocada por *Brown* foi a necessidade da intervenção legislativa como melhor forma de se assegurar a proteção dos direitos dessas minorias, separadas do processo político decisório.

Com base nessa visão global, Waldron estabelece, *a priori*, quais seriam as condições de validade de sua tese contrária ao *judicial review* e apresenta requisitos claramente utópicos em relação ao que se percebe atualmente nas democracias contemporâneas. Referindo-se expressamente a uma sociedade imaginária, Waldron os elenca:

- a) “a presença de instituições democráticas em razoável funcionamento, incluindo um legislativo representativo que tenha sido eleito em sufrágio adulto universal;
- b) um conjunto de instituições judiciais, também com funcionamento razoável, instituídas conforme critério não representativo para receber demandas individuais, resolver disputas e garantir o estado de direito;
- c) o comprometimento da maioria dos membros da sociedade e dos representantes da sociedade com a ideia de direitos individuais e de defesa das minorias;

---

<sup>73</sup> O controle de constitucionalidade em sua forma “fraca”, como descrita por Waldron, teve repercussão no Brasil, a partir da Constituição de 1937. Os Professores Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco esclarecem esse sistema onde o Legislativo teria a última palavra. Trata-se de um fenômeno isolado na história constitucional brasileira, não reafirmada pelas Constituições subsequentes. No entanto, durante a vigência da Constituição de 1937, essa questão do Legislativo como instituição adequada à realização do controle judicial de constitucionalidade, com base em sua feição nitidamente política, tendo em vista o próprio texto constitucional, lei *sui generis* que distribui poderes e competências fundamentais. Ver MENDES, Gilmar F., BRANCO, Paulo G. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- d) a existência de desacordo persistente, substancial e de boa-fé sobre direitos (por exemplo, sobre o que o comprometimento com determinado direito realmente significa e quais são as suas implicações) entre os membros de uma sociedade que efetivamente estejam comprometidos com a ideia de direitos”<sup>74</sup>

Com foco nas discordâncias fundamentais sobre direitos, Waldron argui que, ao invés de encorajá-las e confrontá-las, o *judicial review* as mascara em questões de interpretação de formulações. Com efeito, a sociedade deve resolvê-las por meio das instituições legislativas, ainda que o legislador não consiga prever todas as questões de direito embutidas na proposta legislativa ou que poderão surgir de sua aplicação.

Para resolver a discordância, é necessária a adoção de procedimentos que respeitem as vozes e opiniões cujos direitos estejam em jogo e as tratem equitativamente, para um enfrentamento responsável, sério e deliberativo, representado pelo processo legislativo ordinário, cujo controle judicial mais ofusca as questões morais em jogo do que acrescenta.<sup>75</sup>

Mesmo que haja contínuo desacordo sobre direitos, é preciso compartilhar uma teoria de legitimidade para o procedimento decisório de conciliação, isso é, uma teoria política normativa para além das teorias da justiça e do bem comum. Nenhum procedimento decisório será perfeito; seja um processo legislativo não passível de reexame, seja um processo de *judicial review*, haverá decisões que ferem direitos, ao invés de realizá-los – a tirania é inevitável.

Esse é o *paradoxo da teoria da democracia*, a desarmonia entre o que se considera a escolha certa e um procedimento decisório que se defende como legítimo. O importante é que nesse procedimento, a decisão seja reconhecida como legítima por todos os lados.

Assim, Waldron reconhece que, justamente por serem utópicos, na hipótese de os quatro requisitos não se sustentarem, a necessidade do *judicial review* nas democracias contemporâneas estaria evidenciada, ao que ele mesmo rebate

---

<sup>74</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. 115, Yale Law Journal, pp. 1.346-1.406, 2005-2006.

<sup>75</sup> Em uma democracia, o Legislativo fornece respostas razoavelmente convincentes, em razão do tratamento igualitário, das eleições frequentes e imparciais e da imparcialidade subjacente ao princípio da decisão majoritária. Ainda que no mundo real a concretização da igualdade política seja imperfeita, o sistema legislativo é superior em comparação à base indireta e limitada de legitimidade democrática do Judiciário. (WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review* in: BIGONHA, Antonio C., MOREIRA, Luis. (org.) *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010). Fundado nessa assertiva, Waldron rebate diversas tentativas de reconciliação entre o *judicial review* e os valores democráticos: (i) o texto constitucional não resolve desacordos fundamentais de direitos individuais e minorias (na melhor das hipóteses, é um lugar de disputas); a decisão judicial não representa uma aplicação de um comprometimento prévio da sociedade com os direitos, porque a sociedade não e comprometeu com qualquer ponto de vista específico que um direito acarreta; (iii) juízes podem ter credenciais democráticas em razão de seu processo de indicação, mas não podem ser comparadas às dos legisladores eleitos.

“A tese relacionada à supremacia do legislativo não depende de nenhuma condição utópica de funcionamento das instituições legislativas, assim como também não depende da incorporação, pelo Poder Legislativo, do princípio da igualdade política nos seus aspectos eleitorais e procedimentais. O que eu quis dizer foi que essas instituições devem ser explicitamente orientadas segundo esse princípio, organizadas de modo a satisfazer as suas exigências e razoavelmente empenhadas em trabalhar nesse sentido.”<sup>76</sup>

Sua saída é que, no caso de suas condições não se sustentarem, podem haver outros argumentos em oposição a ele. Nesse sentido, o próprio autor, então, descarta as exceções absolutas por ele apresentadas à sua tese condicional e reconhece que não é possível estabelecer uma tese favorável nem contrária ao instituto do *judicial review* (ou mesmo à existência das Cortes Constitucionais) com base em argumentos pretensamente universais e transcendentais.

A partir disso, conclui-se sobre o critério de utilidade do instituto para determinada sociedade como determinante para a decisão a respeito de sua manutenção ou não como experimento humano e historicamente contingente.

Outrossim, ainda que o Parlamento seja a arena política de dissenso por excelência, fórum natural do autogoverno e espaço de manifestação da autonomia moral individual, a percepção contemporânea de democracia não se esgota nisso. Para o desafio de um desenho institucional complexo e criativo em realização de uma democracia dinâmica, merecem destaque as percepções de Tushnet, Griffin e Unger.

#### **2.4. Mark Tushnet: o direito constitucional populista**

O desenvolvimento do *judicial review* nos Estados Unidos firmou-se no estabelecimento de dois importantes mitos, a partir de *Marbury v. Madison*: a Constituição como legislação suprema decorrente do exercício soberano do povo de seu direito original de determinar os princípios fundamentais pelos quais seria governado; e as cortes como domínio jurisdicional legítimo para resolver disputas sobre o significado da Constituição.

---

<sup>76</sup> WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. 115, Yale Law School Journal, 2005-2006, pp. 1.402.

Tushnet acolhe o primeiro e questiona o segundo, sob o argumento de que é preciso retirar a Constituição das cortes e devolvê-la ao povo; isso é, desconstruir o direito constitucional elitista erigido sobre decisões da Suprema Corte para abrir caminho para um direito constitucional “populista”, construído sobre discussões entre o povo em fóruns políticos comuns.

Balanceado e firmado em uma consciência concreta da atuação da Suprema Corte – assim como se propôs esse trabalho em sua primeira parte – Tushnet ergue uma crítica ao *judicial review* ao demonstrar que a Corte é uma instituição política, abalizada pelos rumos eleitorais.

A atuação da Corte Rehnquist nas questões atinentes ao federalismo e ao recuo de ações afirmativas revela como os eleitores e seus representantes farão um trabalho tão bom quanto os nove *Justices*. Assim, o autor coloca em xeque a supremacia da Corte como intérprete dos direitos fundamentais e demonstra a viabilidade de confiar ao povo e a seus representantes a atuação abalizada pelos princípios de uma Constituição *final*.

Em busca de um rearranjo institucional que traga o necessário grau de ordem à sociedade, Tushnet não encontra resposta *a priori* e acredita que há pouca razão para crer que a Suprema Corte seja melhor do que o Congresso para tanto. Com sucesso, Tushnet demonstra que não precisamos de uma Suprema Corte impositiva para obter estabilidade. No longo prazo, suas decisões fazem pouca ou nenhuma diferença.

Por direito constitucional “populista”, Tushnet entende a ampla distribuição de responsabilidade constitucional, onde a interpretação das cortes não tem qualquer peso normativo especial. O autor adverte que a interpretação populista não é a única nem a melhor, mas abre questionamentos obscurecidos pelo pensamento contemporâneo; afinal, por quê a supremacia judicial, reafirmada em casos como *Brown* e *Cooper*, é a forma correta de entender a Constituição?

O Presidente Lincoln já havia demonstrado desconfiança à supremacia judicial, pela qual o povo não seria seu próprio governador, em face da última palavra da Corte em questões fundamentais ao povo.

Atualmente, a Constituição é aquilo que uma maioria da Suprema Corte diz. Isso pode introduzir instabilidade, à medida que sua composição muda. As leis, por outro lado, são promulgadas mediante ampla margem, em face da dificuldade de aprovação. Assim, seria mais prudente uma maioria do Congresso dizê-la.

Como os membros do Congresso têm incentivos para proteger a Constituição *final* e suas habilidades de pensá-la seriamente não diferem muito da Corte<sup>77</sup>, retirar a Constituição das Cortes não traz profundas implicações à preservação das liberdades, sendo assim possível embuti-la nas próprias deliberações. Tushnet, então, rascunha algumas possibilidades dessa retirada (i) ao negar-lhes a palavra final sobre o significado da Constituição ou (ii) ao negar-lhes qualquer papel na interpretação constitucional.

O direito constitucional populista reivindica a Constituição *final*, i.e., aquela composta por garantias fundamentais de igualdade e liberdade, não por artigos ou provisões; à luz dos princípios da Declaração de Independência [de que todas as pessoas foram criadas iguais e todas têm direitos inalienáveis], ela protege tão somente os direitos conquistados mediante séculos de luta e verdadeiramente apreciados como fundamentais.

O avanço no projeto nacional da Declaração deveria ser a regra política e, tão logo as circunstâncias políticas mudassem, a Constituição deveria ser emendada. Não obstante, esses princípios da Declaração não são auto-evidentes e, quando em jogo, as inevitáveis discordâncias abrem amplo espectro de atuação para um líder político que pode ser rejeitar a supremacia judicial sem minar o comprometimento fundamental da nação com a democracia, mesmo que provoque uma crise constitucional.

O arranjo institucional do *judicial review* tende a retirar questões de justiça e de direito do Legislativo, restringindo-o à mera legalidade e retirando-lhe a responsabilidade constitucional. A própria teoria do *judicial restraint* de Thayer adverte sobre isso, ao afirmar que o resultado da supremacia judicial tem sido um sistema de irresponsabilidade constitucional em que os legisladores deferem questões constitucionais às cortes, que acabam por não decidi-las.

---

<sup>77</sup> É verdade que muitos legisladores não têm amplo interesse em princípios constitucionais, a exemplo de Joe McCarthy. No entanto, não seria difícil fazer uma lista de *Justices* sobre os quais pode-se dizer o mesmo, a exemplo de James McReynolds, James Byrnes e Charles Whittaker. A proporção é a mesma, sendo que os *Justices* servem por mais tempo do que Senadores e um único *Justice* pode ser bem mais influente numa Corte do que um único Senador ou membro da House of Representatives. Ademais, a fraca resposta da Suprema Corte fez com que o próprio Senado e forte mobilização política freassem McCarthy. Como dizer que ele estava errado, senão por uma posição constitucional fora da Corte? Ver TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

Tushnet, então, encontra um caminho condicional para a distribuição de responsabilidade constitucional dentro do governo: (i) se aceitos os juízos empíricos controversos sobre como opera o sistema político; (ii) se entendido que um sistema constitucional estável pode decorrer desses juízos; (iii) se libertado o pensamento da obsessão com as Cortes e (iv) se atentado para os princípios da Constituição *fi*na.

Quanto à dinâmica política do *judicial review*, *Brown* é o melhor exemplo de como um julgamento da Suprema Corte de que um direito constitucional foi violado não significa que ele foi aplicado; no prazo de uma década, foi uma decisão irrelevante. Enquanto vitória ideológica, por outro lado, *Brown* significou a entrada de excluídos ao discurso de direitos.

Além disso, o movimento dos direitos de bem-estar social confirma a crítica de Balkin de que idealizar a Constituição corre o risco de ajustar a compreensão de resposta correta à conformidade das decisões da Corte. A perda na Corte representou também perda política, porquanto significou ausência de força constitucional e de justificação moral à reivindicação.

Segundo Tushnet, importantes avanços progressistas ocorreram por meio do *judicial review*, como *Brown* e *Roe*. No entanto, celebrá-las é conviver com decisões subsequentes que negaram programas de ações afirmativas e financiamento de aborto. A Constituição e a cultura legal se mostram mais importantes.

O cientista política Mark Greber identificou essa deferência legislativa ao judiciário como outra resposta da Corte à política ao longo de toda sua histórica institucional. Os políticos usam as decisões da Corte para testar as águas: eles podem subir no barco da Corte caso ela receba suficiente apoio, atacá-la ou reverter a questão do povo se suficientes pessoas discordarem:

“Politicians “encouraged judicial resolution of an issue that threatened existing partisan alignments,” splitting traditional country-club Republicans from newer social-issue Republicans, and dividing elite Democrats from their traditional working-class, Catholic, and union allies.”<sup>78</sup>

Alexander Bickel, a seu turno, repousa o sucesso da Corte em acertar qual futuro aconteceria, independente da decisão da Corte. Segundo ele, as bem-sucedidas decisões da Corte Warren decorreram de boas identificações de tendências emergentes, que, embora não apoiadas pela maioria, logo viriam a ser.

---

<sup>78</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 150.

Os *Justices* fazem parte da elite cultural e percebem o futuro se movendo no sentido pretendido por ela. Decerto, essa previsão não é perfeita, e *Scott* é o melhor exemplo disso, assim como *Bowers* e recentes decisões da Corte restringindo a regulação legislativa do financiamento de campanhas, em evidente desacordo com a elite cultural. *Brown* e *Lawrence*, por sua vez, mostraram como, ainda assim, a Corte leva décadas para reverter seus mais profundos erros.

A análise pragmática minuciosa dos casos comprova que o *judicial review* não endereça os problemas que enraízam as controvérsias; assim como *Brown* não produziu políticas públicas que eliminaram a discriminação e a desproporção de pobreza, a Corte continua não os enfrentando, ao derrubar programas de ações afirmativas<sup>79</sup>.

Por seu desenho, o *judicial review* é conectado à política ordinária. O arranjo final de indicação do Presidente e confirmação pelo Senado é bom, mas a instituição torna-se profundamente abalizada pela política e desenhada para ajudar a fazer um bom governo. Assim, ele não pode ser defendido senão pelo modo como opera: se, na verdade, o governo é melhor com ou sem ele. A partir disso, Tushnet conclui:

“Looking at judicial review over the course of the U.S. history, we see the courts regularly being more or less in line with what the dominant national political coalition wants. Sometimes the courts deviate a bit, occasionally leading to better political outcomes and occasionally leading to worse ones. Adapting a metaphor from electrical engineering, we can say that judicial review basically amounts to noise around zero: It offers essentially random changes, sometimes good and sometimes bad, to what the political system produces. On balance, judicial review may have some effect in offsetting legislators’ inattention to constitutional values. The effect is not obviously good, which makes us lucky that it is probably small anyway  
(...)

---

<sup>79</sup> “The Court’s actions fall into two broad classes. Sometimes the Court has acted against outliers, those who persisted in policies a Strong national majority rejected. And sometimes it chose sides when the national political majority was closely divided. In this second group of cases, we might say that the election returns sometimes followed the Court, when the Court successfully predicted the future. At other times, however, the election returns followed the Court in another sense, when a political constituency by the Court’s decisions mobilized against the Court and its supporters. On balance, the question of whether judicial review benefits progressive and liberal causes more than it harms them seems rather difficult.” (TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 151-152).

Doing away with judicial review would have one clear effect: It would return all constitutional decision-making to the people acting politically. It would make populist constitutional law the only constitutional law there is.<sup>80</sup>

Tushnet destaca que J. H. Ely construiu a mais sofisticada justificação para o *judicial review* ao destacar a questão das minorias discretas e insulares, embora não tenha colocado nesses termos. O problema, segundo ele, não é que as minorias perdem, mas que algumas perdem porque não conseguem se proteger por meio do processo político. No entanto, os *Justices* não esperam esses casos extremos de opressão e exercem o *judicial review* rotineiramente. Isso tem custos e Tushnet duvida que a bem-sucedida resistência em casos extremos justifique a rotina do *judicial review*.

E o futuro alternativo sem o *judicial review*? Segundo Tushnet, o ajuste ao longo dos anos permite a modulação de formas que possibilitem maior autogoverno. Os exemplos do Reino Unido e dos Países Baixos demonstram como é possível desenvolver sistemas em que o governo tem poderes limitados e direitos individuais garantidos sem o *judicial review*.

Vozes eloquentes da comunidade afro-americana reforçaram sua fé na Constituição e nos direitos, ao gerarem vida onde não havia antes, ao mesmo tempo em que não celebraram as Cortes ou o *judicial review*. Muita atenção é dada à Suprema Corte, mas pouca à Constituição.

A Corte é educadora porque engaja em uma complexa interação com o público e com legisladores sobre o significado da Constituição. Mas interações similares podem ocorrer entre legisladores e entre legisladores e seus eleitores. As Cortes certamente não são as únicas instituições de ensino dos direitos fundamentais. O *New Deal* do Presidente Roosevelt revela um mundo constitucional onde legisladores debatem com seriedade sobre uma série de direitos como interesses constitucionais, sem que a própria Corte estivesse a seu lado. A própria nação veio a aceitar o que o Presidente chamou de “Segunda Carta de Direitos”, lidando com direitos sociais e econômicos, deixando novo legado constitucional à luz do direito constitucional populista.

Eliminar o *judicial review* ou diminuir o papel da jurisdição constitucional não priva o cidadão da linguagem constitucional dos direitos. O *Americans With Disability Act* é uma lei de direitos civis que tutela pessoas nunca protegidas pela Suprema Corte.

---

<sup>80</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 153-154.



Do mesmo modo, a Corte nunca encontrou qualquer direito de bem-estar social na Constituição, embora ao redor do mundo todas as Constituições estejam sendo revisadas para abarcá-los, mesmo que em alguns casos, como a irlandesa, a aplicação desses princípios é exclusivamente legislativa e não será conhecida por qualquer Corte, criando, assim, uma Constituição [ou um conjunto de normas constitucionais] não aplicada pela Corte.

Se o *judicial review* não faz tanta diferença assim e é basicamente uma instituição que opera à margem da política, aboli-lo não poderia trazer tanta diferença também, exceto pela radical mudança de auto-compreensão. Mais do que aumentar o autogoverno, sua abolição poderá contribuir para um pensamento sério sobre a Constituição fora das Cortes, distribuindo-a por toda a população.

E assim Tushnet retorna ao direito constitucional “populista”, orientado às garantias e princípios de uma Constituição *finis* que pertence coletivamente ao povo, deixando amplo espectro aberto para resolução política de questões fundamentais mediante o engajamento público em diálogo político nas ruas, em eleições e no Legislativo.

Esse cenário implicaria, ainda, radical transformação no processo de emenda à Constituição. É antidemocrático e chocante a atual preferência pelo convencimento da Corte à mudança de entendimento ou interpretação para satisfação dos interesses políticos à consulta ao povo, mediante seus representantes. Reivindicar a Constituição das Cortes é, assim, realizar a participação direta e aberta do povo na formatação e na modulação do direito constitucional.

## **2.5. Stephen Griffin: Democracia de Direitos.**

Griffin enfatiza que a necessidade de novas teorias sobre o *judicial review* não surge exclusivamente da *dificuldade contra-majoritária*<sup>81</sup>, isso é, da dificuldade entre o governo da maioria e os direitos individuais, mas também do questionamento do *judicial review* como método adequado para enfrentar os desafios oferecidos por cláusulas constitucionais abertas numa realidade de obsessão judicial.

---

<sup>81</sup> Termo cunhado por Alexander Bickel em BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 1962. O *judicial review* consiste em um freio único na democracia por ser final. Na prática, não há qualquer outra instituição governamental nacional cujas decisões não possam ser revertidas pelo Presidente atuando com uma maioria legislativa, senão pelo elaborado processo de emenda à Constituição. Para elevar ainda mais a afronta à democracia, os *Justices* têm mandatos vitalícios e não estão sujeitos a qualquer revisão periódica ou eleição. No entanto, como já há muito comprovado pelos estudos de Robert Dahl, raramente a Corte

Segundo o autor, a politização de questões constitucionais e a criação de uma democracia de direitos abalaram substantivamente, se não eliminaram, qualquer vantagem comparativa que o Judiciário tivesse em matéria de princípios, como avaliado por Bickel em uma de suas premissas.

Bickel via a Corte como modeladora de um sistema de valores duradouros representantes de um consenso nacional existente, articuladora de uma visão moral a que se pode aspirar e educadora das convicções coletivas, ratificado pelas conclusões de Robert Dahl de que a Corte, como parte da aliança política governante, era quase impotente para alterar o curso político ou atuar como bastião contra a tirania da maioria.

Entretanto, o contexto do *judicial review* nas últimas três décadas foi marcado pela persistência de governos divididos e pela politização de questões constitucionais e do processo de nomeação de *Justices*. Governos divididos aumentaram o poder da Corte e descaracterizaram o consenso político pressuposto por Bickel e, desde a Corte Warren, os políticos a têm visto como instituição com poder de afetação às suas metas e agendas. Ocorrido isso, a independência necessária para manter uma postura consistente quanto à proteção de direitos individuais não era mais possível de ser alcançada.

A politização indica que divisões políticas em questões constitucionais são reproduzidas no Judiciário, sem coerência e conservação. A Corte tornou-se um novo fórum de batalhas políticas sobre direitos individuais, rigorosamente equilibrada e, a cada vacância, é monitorada com vistas ao impacto em potencial.

A democracia contemporânea desfrutada pelos norte-americanos não foi dada pela Constituição de 1787 ou alcançada pelas Emendas da Reconstrução; seus princípios são resultado de um processo histórico de lutas por uma cidadania efetiva, no qual cidadãos comuns ganharam voz mediante a conquista de direitos políticos sem distinção.

Os parâmetros de julgamento do *judicial review* devem ser balizados pelos princípios democráticos contemporâneos, e uma boa maneira de se compreender o sistema de governo é pelo conceito de “democracia de direitos”, pelo qual, o *sentido* atual de democracia é sua tendência a criar e aplicar com sucesso direitos humanos básicos. Nesse sentido, é contrário a esse sistema qualquer instituto ou prática governamental que assim não funcione.

---

esteve fora de compasso com as maiorias políticas do Congresso. A própria experiência do *New Deal* demonstrava a “loucura” da Corte tentando resistir à maioria eleitoral persistente que representava o Presidente. (ver DAHL, Robert. *A Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. J. Pub. Law, [S;l.] 6, 279, 1957.

Desde que os Estados Unidos tornaram-se uma democracia de direitos na década de 1960, os poderes eleitos do governo produziram regularmente direitos muito mais eficazes do que os criados pelo Judiciário federal. Se no período anterior, o contexto político da Era Jim Crow e a falta de proteção básica a direitos políticos tornavam desejável um papel judicial de vanguarda para defesa afirmativa consubstanciada na nota de rodapé n. 04 de *Carolene*, a década de 60 trouxe a democracia de direitos pela legislação e o ativismo da Corte começou a ser questionado.

Mesmo que a princípio o *judicial review* seja justificado nessa concepção de democracia de direitos, algumas decisões da Corte Rehnquist, cujo papel seria somente de apoio em face de um democracia de direitos efetiva, destruíram direitos legais valiosos, como a restrição de ações afirmativas, a divisão em novos distritos por raça, a limitação da eficácia da Lei do Direito ao Voto de 1965 (*City of Mobile v. Bolden*, 1980), o retrocesso no esforço contra a discriminação racial e sexual (*Grove College v. Bell*, 1984), o dano à capacidade judicial de combate à violência de gênero (*United States v. Morrison*, 2000), o descrédito à Lei dos Estadunidenses com Deficiências (*Board of Trustees v. Garrett*, 2001).

Griffin traz as lições do debate McConnell-Dworkin para defender que, em democracias deliberativas, as questões constitucionais assumem dimensão política, sendo que os políticos têm à disposição um fluxo maior e constante de informações sobre os interesses do povo e as prováveis consequências dos vários cursos de ação. Ademais, o Judiciário politizado não apresenta uma voz independente de princípios, e o ativismo judicial atual não se justifica como no passado, colocando em risco direitos democrático.

O autor orienta uma nova crítica democrática ao *judicial review*: interna, que começa aceitando o pressuposto de defensores da Corte de que direitos constitucionais são inerentemente valiosos e merecem proteção e defesa. Pela democracia de direitos, eles podem ser seguramente definidos através do próprio processo democrático.

O próprio Congresso está tão adepto à proteção dos direitos individuais quanto à Corte e as proteções mais significativas vieram de reações do Legislativo a restrições judiciais. Em face do rigoroso escrutínio executivo e de grupos de interesse para antecipar nomeações, a Corte não manteve postura consciente em relação à proteção dos direitos individuais e demonstrou não ter papel especial na educação dos cidadãos ou na vanguarda da promoção de diálogo; ao revés, demonstrou seu emaranhamento na mesma política contenciosa de direitos dos poderes políticos.

Na nova crítica, a questão passa a ser quais direitos devem ser criados, quem deve aplicá-los, qual instituição deve ter a última palavra quanto a seus objetivos e significados. Uma implicação substancial é a de que o *judicial review* nunca deve ser exercido para restringir o âmbito de aplicação de qualquer direito constitucional.

Assim, a ênfase na dificuldade contra-majoritária é substituída pela ênfase na criação e aplicação de direitos constitucionais e legais. Os três poderes estão interessados e envolvidos nisso, deixando a expressão *dificuldade contra-majoritária* sem sentido.

Para tornar a “democracia de direitos” plausível, é preciso compreendê-la como alternativa crítica ao *judicial review* a partir de uma perspectiva democrática, que não depende da dificuldade contra-majoritária ou da pressuposição de que o sistema constitucional esteja baseado no governo da maioria ou da soberania popular, mas baseado na plausibilidade prática da ideia de que direitos e política andam de mãos dadas.

## **2.6. Mangabeira Unger: a análise jurídica como instrumento de experimentalismo institucional**

A compreensão da proposta ungeriana do experimentalismo institucional apresentada nesse trabalho segue a leitura do Prof. Rodrigo Mudrovitsch, em *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*.

Fundado na noção de contingência, Unger propaga a ideia de que a sociedade não é resultado de uma ordem dada, natural ou divina; antes, é artefato humano e, por isso, pode ser imaginada, criada e recriada segundo o livre arbítrio de seus membros.<sup>82</sup>

Na contramão da tendência moderna de orientação a descrições únicas e verdadeiras da condição humana – ou, nos termos desse trabalho, única teoria de interpretação constitucional ou único padrão de atuação da Corte Constitucional –, Unger busca evidenciar as falsas necessidades de instituições sociais, objetivando energizar a democracia e fortalecer a humanidade.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 13-28.

<sup>83</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 16-23

O fetichismo estrutural e institucional surge como óbice à realização dessas propostas. O primeiro representa a crença de que não é possível mudar a qualidade dos contextos formadores, enquanto o segundo, a identificação entre dispositivos institucionais (na realidade contingentes) a conceitos institucionais abstratos, como a democracia representativa ou o liberalismo.<sup>84</sup>

Outro óbice é a tese da convergência, responsável por conferir respeitabilidade pseudocientífica ao fetichismo mediante o apego messiânico às instituições e contextos – como o próprio neoliberalismo – como representantes do ápice da convergência às melhores práticas que permaneceram por tentativa e erro.<sup>85</sup>

A partir dessa leitura, a obsessão com instituições e contextos (como a Constituição ou o *judicial review*) como uma espécie de arranjo permanente e imutável é prejudicial à democracia, na medida em que impede o avanço contínuo inerente à sociedade como artefato humano; desacelera a atividade política; esvazia identidades nacionais por força de instituições desenhadas por países mais influentes e relega a momentos mágicos a ocasional recriação da democracia.<sup>86</sup>

O experimentalismo institucional na ótica de Rodrigo Mudrovitsch propõe, então, o abandono da irrefutabilidade das instituições sociais, de sorte que a infinitude da mente humana e de suas possibilidades de imaginação impliquem uma luta política contínua pela superação dos limites da realidade e pelo engrandecimento da condição humana.

A meta de aceleração democrática – apresentada no início desse trabalho – é medida pela redução do intervalo entre a rotina da vida social e a revolução pela qual as inovações ocorrem<sup>87</sup>.

As (re)criações institucionais representarão mera política, e não a palavra final, sendo que a acentuação do engajamento político e da organização nas sociedades civis energizará essa atividade política, adormecida em muitas democracias.

---

<sup>84</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, p. 18.

<sup>85</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 18-19.

<sup>86</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 19-20.

<sup>87</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, p. 20.

Para tanto, Unger analisa o papel do direito na aceleração democrática, sem, no entanto, colocar qualquer esperança nas Cortes Constitucionais ou no Poder Judiciário. Sua proposta é pelo reforjamento da análise jurídica, atualmente limitada à política congelada e à manutenção das estruturas institucionais, para que se torne poderoso instrumento de experimentalismo institucional<sup>88</sup>.

Para reinventá-la, Unger faz o convite ao questionamento institucional e à imaginação de futuros alternativos, de sorte que, libertada, seu desenvolvimento seja reativado<sup>89</sup>:

“Nossos interesses permanecem pregados à cruz de nossas estruturas. Não podemos realizar nossos interesses e ideais mais plenamente, nem redefini-los mais profundamente, até que aprendamos a refazer e a reimaginar nossas estruturas mais livremente. A história não nos dará essa liberdade. Devemos conquistá-la no aqui e agora do detalhe jurídico, do constrangimento econômico e das concepções que anestesiaram. Não a conquistaremos se continuarmos a professar uma ciência da sociedade que reduz o possível ao real e um discurso sobre o direito que unge o poder com piedade. É verdade que não podemos ser visionários até que nos tornemos realistas. É verdade também que para nos tornarmos realistas devemos nos transformar em visionários.”<sup>90</sup>

Unger ressalta que os juízes não são suficientemente adequados, seja em termos de capacidade prática, seja de intervenção política, para levar a cabo a reconstrução institucional, o que o leva a concluir pela necessidade de abandono da pressuposição de que os juízes sejam os agentes primários do pensamento do direito, propondo a reocupação desse lugar pela sociedade civil, de modo que o jurista seja assistente técnico do cidadão.<sup>91</sup>

Nessa ótica, o jurista deve “informar a discussão na democracia sobre o presente coletivo e os futuros coletivos alternativos, aprofundando o sentido de realidade pela ampliação do sentido de possibilidade.”<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> Ver MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 27-48.

<sup>89</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 28-38.

<sup>90</sup> UNGER, Roberto M. *O Direito e o Futuro da Democracia*. 1a Ed., Rio de Janeiro: Boitempo, 2004, p. 228.

<sup>91</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 28-38.

<sup>92</sup> UNGER, Roberto M. *O Direito e o Futuro da Democracia*. 1a Ed., Rio de Janeiro: Boitempo, 2004, p. 107.

À semelhança de Habermas (e de fase mais recente de Cass Sunstein)<sup>93</sup>, Unger defende que a legitimidade do ativismo judicial não é analisada em abstrato, mas medida pelo contexto político-social do juiz e pelas consequências de sua intervenção. Por conseguinte, a ocupação do espaço político vazio pelo juiz é preferível à manutenção do vácuo, sempre na esperança de que a atuação judicial gere aceleração democrática.<sup>94</sup>

### 3.6. Desfecho

Como se examinou, a tendência da análise jurídica tem sido a busca por regras gerais de conduta e de interpretação constitucional para o exercício do *judicial review*.

No entanto, essa sofisticação abstrata de critérios e de métodos de conduta não tem o condão de determinar o sucesso do exercício do *judicial review*, de definir a adequação (ou não) da jurisdição constitucional ou mesmo de solucionar definitivamente o confronto natural entre constitucionalismo e democracia.

As teorias críticas ao *judicial review* apresentadas demonstram como não é possível que um padrão genérico de conduta da Corte ou de melhor interpretação fundamente o sucesso ou o próprio exercício do *judicial review*, justamente porquanto essa análise pretende resolver o problema de maneira racional e universal.

O prognóstico abstrato de caminhos e soluções sem o devido exame de contextos sócio-políticos representado pelas diversas (e incansáveis) teorias interpretativas obsessivas com o papel do juiz e insistentes na racionalização e justificação definitivas de institutos por uma análise retrospectiva e des-energizada tem tornado o *judicial review* um dos principais reféns do fetichismo institucional. Em oposição a essa obsessão da doutrina constitucional tradicional, aparecem as críticas de Waldron, Tushnet e Unger.

---

<sup>93</sup> Ver HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, 2a Ed., Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 346. SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. Princeton University Press, 2009, pp. 19-32.

<sup>94</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrinchimento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 48-51.

Jeremy Waldron desacredita fortemente da obsessão em ver o *judicial review* como reformador de princípios, porquanto instituto que nega ao povo seu direito básico de participar em iguais termos de decisões de fundamental relevância para a sociedade e que reprime a capacidade do povo em primazia da capacidade de teóricos constitucionais. O autor, assim, clama por um controle na arena legislativa, onde a deliberação é direta, libertadora e livre de amarras argumentativas e interpretativas, tomando lugar em espaço amplamente democrático e com incentivo ao autogoverno.

Tushnet, a seu turno, propõe a distribuição de responsabilidade constitucional dentro do governo por meio da libertação do pensamento de obsessão com as Cortes e com o papel dos Juízes, para o estabelecimento de um direito constitucional populista.

Por fim, Unger faz inovador apelo à livre imaginação e recriação das estruturas, como forma de realização plena dos interesses e ideais. O autor, então, desconstrói a ode ao raciocínio transcendental e definitivo do melhor método de controle de constitucionalidade para todas as democracias, para conferir à jurisdição constitucional plasticidade imaginativa contextualizada que resulte em modelos alternativos de *judicial review*.<sup>95</sup>

O próprio Sunstein substituiu o critério da racionalidade pelo da utilidade e reconhece a interpretação judicial como instituição humana e, portanto, nada representa por si só; será sempre o contexto que definirá a escolha da regra interpretativa.<sup>96</sup> Nesse sentido conclui Rodrigo Mudrovitsch, que pensar a jurisdição constitucional é pensar não somente nela.

No mesmo sentido, e à luz da melhor contribuição de Waldron, é concluir que nem mesmo o estabelecimento de tese contrária ao instituto do *judicial review* pode ser fundado em argumentos pretensamente universais e transcendentais.

Como experimento humano historicamente contingente, o critério a respeito da manutenção ou não do *judicial review* desvincula-se de racionalizações teóricas e universais e volta-se à utilidade efetiva para determinada sociedade

---

<sup>95</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 51-77.

<sup>96</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 74-75.



Uma vez possível a realização de política transformativa pela jurisdição constitucional, sua qualidade será medida consequencialmente, a partir da ocupação de espaços políticos vazios e do desbloqueio de canais de comunicação que permitam a aceleração democrática.

Com base nisso, o trabalho passa à análise das possibilidades de transição do estado atual de dormência na maior parte das democracias constitucionais para a aceleração imaginativa do experimentalismo institucional, no âmbito da jurisdição constitucional.

## **CAPÍTULO 03: A *DIFICULDADE* DELIBERATIVA: O EXERCÍCIO CRIATIVO PARA ALÉM DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

### **1. Apresentação**

A primeira parte do trabalho demonstrou o controvertido sucesso do *judicial review* exercido pela Suprema Corte como instituto pleno, incontestável e acabado dentro da democracia constitucional norte-americana e, especialmente, como padrão de conduta para as demais jurisdições constitucionais ao redor do mundo.

A partir da demonstração de ineficácia da atuação judicial em seus principais *cases* em questões de federalismo e de direitos (à privacidade e à igualdade), foi defendido como os duzentos anos de *judicial review* pouco contribuíram para a orientação de políticas públicas ou para a aceleração democrática, segundo as concepções de Shapiro e Mangabeira, respectivamente.

Com base nisso, a segunda parte discutiu a falência das discussões herméticas acerca da convergência do *judicial review*, da obsessão com o papel dos juízes como agentes primários no processo de tomada de decisão para o progresso social e com a resposta transcendental para a interpretação constitucional.

A partir da análise crítica de autores como Jeremy Waldron, Mark Tushnet e Mangabeira Unger, discussões adormecidas ou ignoradas foram despertadas no que diz respeito à jurisdição constitucional, como a atuação do Legislativo e a confiança institucional nele; a abertura democrática para a participação popular; o convite a um direito constitucional populista e à imaginação institucional, como reconhecimento de que tudo é política.

É o espaço público o lugar de definição das condições procedimentais e das decisões substanciais; de legitimação discursiva para a definição do conteúdo dos limites das maiorias e de construção dos limites democráticos, inclusive daqueles pretensamente universais e atemporais.

O espaço público não é, contudo, um lugar de deliberação majoritária como rolo compressor, mas a expressão de um sistema complexo de instancias deliberativas e fóruns decisórios, permanentemente submetidos à crítica, onde as respostas – inclusive as finais – são provisórias, e os experimentos, substituídos.

O trabalho prossegue à análise do contexto democrático atual, onde se fazem necessárias a restauração da confiança no Legislativo e a superação do pensamento do *judicial review* antes e para além dele.

Os limites às maiorias são resultado de arranjos institucionais concretos, e, do mesmo modo que não se impõe uma ordem política e jurídica sem a participação individual, a autonomia e a emancipação individual devem levar a cabo a contínua confirmação da condição de sujeitos igualmente dignos que permanecem engajados no autogoverno.

Essas são as premissas básicas para que os perdedores de cada processo decisório não sejam convertidos em dominados; a partir daí, cada sociedade constrói suas instituições sob os mais variados arranjos e desenhos, inclusive o *judicial review*, instituto que opera única e essencialmente sob essa forma de legitimação.

O que se pretende destacar aqui é a impulsão de uma legitimação deliberativa como contraponto e complemento à legitimação majoritária, inclusive como parâmetro de diálogo institucional com a jurisdição constitucional.

Para tanto, alguns fatores se mostram essenciais para essa realização: profundas alterações na filosofia política e jurídica dominante, na organização da sociedade civil, nas estruturas de governo e no ensino jurídico.

Dotada de legitimidade contingente, a jurisdição constitucional desconstituída de seu caráter óbvio ou necessário exige o complemento de outras instituições pensadas e experimentadas para o desenvolvimento material e emancipação dos indivíduos.

## **2. A crise do Estado Legislador**

A sociedade e os campos de atuação estatal – como o Poder Legislativo – tornaram-se muito mais heterogêneos e complexos, reduzindo a capacidade do legislador de dirigir a política e a própria ação coordenada. Ao mesmo tempo, a influência dos poderes privados aumentou consideravelmente, mediante o deslocamento do poder normativo para outras instâncias, a exemplo do fenômeno das agências reguladoras.

A crise enfrentada pelos Parlamentos é o resultado desse arranjo de fatores, em um momento onde o próprio princípio da legalidade passar por uma releitura e novos contornos. A maleabilidade de normas de textura aberta é manejada pelo próprio legislador, como opção para

viabilizar consensos, abarcar realidades cambiantes, ou mesmo abdicação desesperada em razão de sua incapacidade para atender à demanda social por regulação jurídica em ritmo acelerado, conduzindo a natural intervenção e conformidade judicial.

As Cortes Constitucionais são pensadas para chegar a suas decisões pelo raciocínio e discurso, enquanto os Legislativos, pelo (por vezes rude) conflito de interesses partidários. O *judicial review* tem deixado um profundo e quase intransponível rastro de indignidade legislativa, ao institucionalizar uma visão de depreciação da maioria, na medida em que ela somente levaria a cabo a aniquilação os direitos individuais, enquanto as Cortes seriam suas fieis guardiãs.

Uma vez que a Corte também opera por meio de voto e maioria, a questão não é se a maioria deve decidir, mas quem deve sê-la e como seus membros devem ser selecionados. Em se tratando da necessidade de decidir questões de divisão nacional, uma decisão amplamente majoritária é mais respeitosa e digna do que parece ser. Uma política deliberativa busca um resultado com que todos podem concordar, porquanto advindo de um debate constituído por livres julgamentos sob a regra de que ninguém é privilegiado.

Waldron acaba colocando a maioria como um procedimento de decisão respeitável, mais do que justo, porque respeita e leva a sério a realidade das diferenças de opinião sobre justiça e bem comum e não requer que uma visão seja abafada para que se pretenda um consenso.

A aceitação passiva da situação de paternalismo em relação à Corte Constitucional limita o direito ao papel dos juízes como agentes primários, cujo sucesso estará em contínuas sofisticações teóricas ancoradas em abstrações pretensamente universais.

O trabalho pretende diagnosticar a necessidade de reavaliação dessa postura, tirando o foco das abstrações universais e teorias transcendentais de justiça, dando lugar à análise jurídica contextual e criativa e à imaginação fora de seus próprios limites.

O próprio positivismo kelseniano, de matriz liberal, reconhecia a dimensão criativa inerente à jurisdição constitucional, ao mesmo em que defendida uma visão minimalista de Constituição, para evitar a transferência de poder das maiorias para os tribunais<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> Hans Kelsen, *Jurisdição constitucional*, 2003, pp. 169-70: “É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional. Para evitar tal deslocamento de poder – que ela com certeza não deseja e que é totalmente contraindicado do ponto de vista político – do Parlamento para uma instância a ele estranha, e que pode se tornar representante de forças políticas diferentes das que se exprimem no Parlamento, a Constituição deve, sobretudo de criar um tribunal constitucional, abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los da forma mais precisa possível”.

Como se viu, ainda que o *judicial review* não seja o meio próprio para a aceleração democrática, para a orientação de políticas transformativas e para a superação da ausência de esfera pública política, a análise do direito – especialmente constitucional – mostra-se útil como ferramenta de imaginação constitucional.

Como demonstrado por autores como Tushnet e Waldron, é ingênuo defender que o *judicial review* constitua barreira intransponível contra a tirania da maioria; decisões efetivamente contra-majoritárias na defesa de minorias tópicas são raríssimas e, ironicamente, seu melhor exemplo talvez seja *Scott v. Sandford*.

Muitas vezes os juízes são os únicos agentes dispostos a enfrentar determinados assuntos; isso, contudo, não permite concluir que eles sejam os agentes naturais e privativos. A utilização do *judicial review* em decisões argumentativamente progressistas demonstra a ignorância quanto ao papel das Cortes Constitucionais em democracias constitucionais e quanto ao processo democrático.

A raiz do problema revela-se mais profunda na ausência de arenas de dissenso na esfera política, e a resolução passa por um pensamento crítico, reflexivo e criativo da jurisdição constitucional, antes e para além dela.

Uma vez reconhecido o caráter condicional e contextual do *judicial review*, ele passa a ser submetido a constantes exercícios imaginativos, a exemplo do cosmopolitismo constitucional de Tushnet, que tenta imaginar formas alternativas de *judicial review* para a judicialização de políticas públicas em direitos de bem-estar social em estímulo ao diálogo institucional.

Outrossim, compreendido como um grande experimento, é preciso entender que críticas contundentes ao *judicial review* não exigem, necessariamente, a demonstração de erros em casos como *Marbury* ou no triunfo transcendental e convergente do *judicial review*, e que, conforme concluído por Waldron, não é possível construir uma argumentação incondicionalmente favorável ou contrária ao *judicial review*, tendo em vista que a interpretação é contextual.<sup>98</sup>

É no espaço público que são construídos os limites democráticos, inclusive de pretensão atemporal. Esse espaço designa um sistema de instâncias deliberativas e fóruns decisórios submetidos à permanente crítica, onde qualquer resposta é provisoriamente final, a despeito de qualquer convicção compartilhada entre valores básicos.

---

<sup>98</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 59-60.

Segundo esse entendimento, a Corte Constitucional pode mudar de ideia, o Executivo pode estabelecer novo diálogo com a Corte, uma emenda Constitucional pode ser aprovada e a própria Constituição pode ser substituída.

Esses eventos estão sujeitos a diferentes níveis de dificuldade, revelando como cada sociedade define os elementos constitutivos de seu projeto político básico. Nada sugere que esse ponto seja o definitivo; os valores e instituições atuais são experimentos que podem ser reciclados. Os limites às maiorias são, portanto, arranjos institucionais concretos e revisáveis.

É certo que a sociedade e as esferas de atuação política se complexificaram, o que reduziu a capacidade do legislador de exercer a direção política do Poder Público e aumentou a influência dos *poderes privados*. O Legislativo tornou-se profundamente heterogêneo, dificultando qualquer ação coordenada, agravando a *crise dos Parlamentos*<sup>99</sup>, caracterizada pela perda de representatividade de suas decisões e pelo deslocamento do poder normativo para outras instâncias, que buscam se legitimar, a exemplo das Cortes Constitucionais e das agências reguladoras.

A positivação de cláusulas abertas e conceitos indeterminados pode decorrer tanto da dificuldade de disciplinar situações heterogêneas em uma sociedade complexa ou de uma opção política do Poder Legislativo, motivada pela convicção de que os *Justices* terão melhores condições para solver questões de direitos e viabilizar consensos.

Essa transferência de poder é vista como escolha política deliberada ou como abdicação desesperada<sup>100</sup> movida pela incapacidade do Legislador de atender a demanda social. Mundialmente, o Poder Legislativo tem enfrentado a diminuição de sua capacidade de comando político, implicando o compartilhamento de sua competência normativa.

A concepção contemporânea de democracia substantiva envolve, necessariamente, uma dimensão deliberativa livre e no espaço público com igual dignidade entre seus membros e onde nenhuma verdade é revelada ou imposta verticalmente. Aqui, a legitimação deliberativa é um contraponto à legitimação puramente majoritária, sendo que cada sociedade é capaz de moldar seu próprio sistema de instituições discursivas e políticas.

Nesse sentido, a jurisdição constitucional não se mostra indispensável do ponto de vista lógico ou jurídico; ela não é incompatível nem indispensável à democracia, assim como as Cortes

---

<sup>99</sup> Ver CLÈVE, Clèmerson M. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2000, pp. 45. SANCHIS, Luis Prieto. *Ley, Principios, Derecho*, 1998, pp. 5 e ss.

<sup>100</sup> Ver MENDONÇA, Eduardo. *Política Constitucional*, 2012, pp. 22.

Constitucionais não são os únicos órgãos capazes de guardar a Constituição. A própria positivação de direitos fundamentais submete-se à discussão sobre sua modificação, para mais ou para menos, pelo que sua linguagem acaba definida dentro do próprio processo político.

Ainda assim, o Parlamento mostra-se o fórum público por excelência, reunindo as melhores condições para uma decisão democrática, com livre processo de formação de vontade estatal, ampla publicidade e consideração das mais diversas visões de mundo.

As vantagens de uma instância de controle das condições substantivas da democracia, formalmente separada do processo decisório original, cria uma instância reflexiva e representa uma forma de democracia participativa, ao forçar manifestações específicas sobre o atendimento às condições democráticas.

Como o Judiciário deve estar tanto quanto possível fora da política partidária e desarmado das armas políticas, essa instância pode ser instalada no interior do próprio Legislativo, na forma de uma comissão, aumentando a racionalidade e a responsabilidade da discussão parlamentar e forçando a deliberação de questões que permanecem indefinidas por compromissos legislativos.

Ainda assim, o Judiciário tem sido o novo protagonista, com forte influência no desenho institucional do Estado e na delimitação das competências constitucionais dos Três Poderes.

### **3. A democracia deliberativa**

A democracia substantiva envolve uma dimensão deliberativa como nova forma de legitimação democrática, fundada nas premissas de igual dignidade dos indivíduos, ausência de verdades reveladas ou impostas e prevalência dos espaços públicos de deliberação.

A partir daí, cada sociedade dedica-se ao molde de seu próprio sistema, no qual o *judicial review* mostra-se dispensável, tanto do ponto de vista lógico, quanto do jurídico<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> Para densa fundamentação e exemplos concretos, ver Dieter Grimm, *Jurisdição constitucional e democracia*, Revista de Direito do Estado nº 4, 2006, p. 9: “A jurisdição constitucional não é nem incompatível nem indispensável à democracia. (...) Por outro lado, há suficientes provas históricas de que um Estado democrático pode dispensar o controle judicial de constitucionalidade. As Constituições não estão condenadas a permanecer como meros tigres de papel se não houver órgãos especializados para garantir a sua aplicação. É que há menos exemplos dessa última afirmação do que da assertiva contrária, mas indubitavelmente existem exemplos neste sentido. Ninguém duvidaria do caráter democrático de Estados como Reino Unido e a Holanda, que não adotam o controle judicial de constitucionalidade. As razões para tal são variadas. De um lado, os governos democráticos dificilmente desdenharão dos limites que lhes são impostos pela Constituição. Particularmente, o processo político frequentemente funciona de acordo com as regras de organização e de procedimento fixadas na Constituição. De outro giro, as Cortes não são as únicas que podem fazer as vezes de guardiãs da Constituição. O controle interórgãos

Em obra intitulada *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Cass Sunstein defende que o objetivo central da Constituição não é assegurar igualdade ou justiça social, mas criar as pré-condições para uma ordem democrática em bom funcionamento, onde os cidadãos são genuinamente capazes de governar a si mesmos, o que inclui eleições justas, imprensa livre e vigoroso debate político.

Os direitos devem ser protegidos por qualquer constituição; mas o direito constitucional deve promover as bases de uma deliberação ampla sobre as quais os direitos serão definidos. Democracia, assim, é mais do que a regra da maioria ou a soma de preferências individuais; democracia envolve a deliberação e a troca de ideias, pelas quais os dissensos são transformados em engajamento criativo.

O pensamento recente alternativo à visão liberalista hiper-individual obcecada com os direitos individuais fez Sunstein concluir pelo estabelecimento da democracia deliberativa como a maior contribuição constitucional. Com base em análise de questões como discriminação de raça, direitos religiosos e *impeachment* presidencial, o autor busca resolvê-los por ulterior deliberação pública, enquanto reduz a polarização de grupos.

Sunstein apela a uma interpretação expansiva do princípio da igualdade em terreno político, a partir do que ele chama de “princípio anti-casta”, pelo qual nenhum grupo deve ser feito cidadão de segunda classe.

Nessa ótica, o Legislativo e outros fóruns políticos assumem o papel de agentes primários de solução de questões políticas, não as cortes. Segundo ele, as cortes funcionam como catalisadoras para o debate público por meio de uma aproximação a que ele denomina *democracy-forcing minimalism*.

A aproximação de Sunstein destaca a natureza essencialmente política das questões constitucionais e a necessidade de acessá-las em termos de efeitos políticos. Por meio dela, Sunstein realiza uma busca assídua por maneiras de nutrir deliberações públicas, debates produtivos e decisões respaldadas por uma cidadania engajada e reflexiva.

---

que emana da separação de Poderes também pode desempenhar tal função, assim como o apoio popular à Constituição ou um efetivo controle de mídia”.



Um governo democrático não é uma máquina de agregação que tenta descobrir os desejos e alvos individuais, somá-los e traduzi-los para o sistema do Direito; antes, baseia-se em razões e argumentos, não só em votos e poder.

Certo de que a tensão entre constitucionalismo e democracia, assim como os direitos individuais, é exagerada, o autor aborda a *dificuldade* deliberativa, visto que um bom sistema constitucional promove espaço para grupos deliberativos conectados aos problemas e patologias.

Na maioria das democracias, os cidadãos devem proceder em face do conflito e da discordância em questões fundamentais. O pluralismo e o multiculturalismo enraízam dissensos fundamentais sobre valores e princípios que tornam a *dificuldade* deliberativa um risco óbvio.

Em face de discordâncias difundidas e duráveis, o arranjo (e o próprio direito) constitucional, seja qual for, deve lidar com esse problema, tornando-o uma força criativa, especialmente ao fazê-lo desnecessário quando a concordância não é possível.

Em sociedades heterogêneas e multiculturais, a polarização de grupos constitui-se a fonte dessa dificuldade deliberativa e, em última instância, um perigo e ameaça à democracia.

Em termos de desenho institucional, a melhor garantia é que membros de um grupo deliberativo não venham a ser insulados. A deliberação deve ocorrer em esfera pública grande e heterogênea, em oposição a grupos polarizados que se fortificam contra perspectivas alternativas.

A proposta de democracia deliberativa é, pois, a submissão dos membros desses grupos a posturas e visões competidoras, aniquilando a insulação e a marginalização de visões minoritárias que podem ser corretas ou informativas.

Os sistemas de freios e contrapesos e de bi-cameralismo, com a recente abertura de espaço para a esfera pública virtual, permitem a reestruturação de instituições a serviço dos ideais democráticos e são vistos como forma de garantir, mais do que a *accountability*, a deliberação.

Em busca da resolução da *dificuldade* deliberativa, Sunstein destaca a noção de acordos incompletamente teorizados, pela qual os participantes acordam na prática e no resultado, sem acordar na teoria geral. Segundo o autor, esse é o sentido enfatizado pelo *Justice* Oliver W. Holmes em seu aforisma “general principles do not decide concrete cases”, em *Lochner* (1908).

Nesse sentido, Sunstein afirma que constituições democráticas são instrumentos pragmáticos, desenhados para solucionar problemas concretos e fazer a vida política funcionar melhor. Elas são mal concebidas se entendidas como lugares de afirmação de verdades gerais ou de fornecimento de um quadro completo de direitos fundamentais.

As democracias constitucionais são, na realidade, estratégias de pré-comprometimento pelo qual nações, cientes dos dissensos, tomam um passo para garantir que eles produzam o menor estrago possível. O uso criativo do poder judicial deve ser voltado, assim, não para bloqueá-la, mas para tornar a democracia deliberativa.

#### **4. A jurisdição constitucional como experimento humano**

Assentada a conclusão pela submissão de todas as instituições democráticas e instâncias de poder à exigência de legitimação discursiva para a realização da democracia deliberativa, não parece inconcebível a ideia de suprimir instâncias formais de controle, sobretudo aquelas ocupadas por agentes não-eleitos.

A proliferação do *judicial review* sugere seus pontos fortes: (i) instância argumentativa separada do processo decisório original; (ii) canal de irritação pela própria sociedade civil, como instrumento de democracia participativa fundada no alargamento dos intérpretes da Constituição; (iii) instância discursivamente neutra em relação às forças e ao partidarismo políticos, dissociado de mídia, comício ou populismo assistencialista; (iv) sujeita-se a determinada dose de influência de outros poderes, inclusive reformas legislativas.

Porém, sabe-se que a independência judicial não é absoluta; a Corte integra o sistema político e os *Justices* são chamados a fazerem escolhas políticas, frequentemente por delegação do próprio legislador. Ademais, agenda constitucional tem sido frequentemente pautada pela mídia e as indicações e formações das Cortes, pelo partidarismo político.

Esse deslocamento de poder, no entanto, não parece ter sido bem-sucedido; ainda que constitua normativamente uma barreira de contenção majoritária, o Judiciário não parece preencher essas vantagens. Parece ingênuo afirmar que a Corte configure instância argumentativa que colabore para a elevação da qualidade do debate, como se viu.

Ainda que seja um poder inerte e demande ativação popular, não caracteriza plenamente um espaço público de deliberação capaz de emancipar os indivíduos ou desenvolver materialmente a sociedade, como explicado na primeira parte. Em meio a sociedades tão complexas e heterogêneas, onde o Legislativo tem perdido força na direção de política transformativa, a jurisdição constitucional não parece ser a instituição capaz de absorver os ecos e irritações de diversos grupos de interesse para tradução em deliberações democráticas.

Sua maior vantagem talvez resida precisamente em seu caráter experimental; como novo protagonista no desenho institucional, é difícil questionar o instituto do *judicial review*. No entanto, a realização da democracia como ora pretendida exige uma reformulação do papel do direito constitucional para que as instituições ganhem plasticidade imaginativa.

É certo que a omissão dos agentes eleitos continuará a demandar e a legitimar um maior ativismo judicial, mas a tomada de decisão pode quebrar a inércia em favor de uma modulação de efeitos, sem prejuízo de que o Legislativo omissivo venha a se manifestar, não sendo necessária a atuação da Corte como legislador substituto, como defendido por alguns autores, especialmente quando o preenchimento da lacuna pressuponha mais uma decisão política do que uma construção jurídica razoável.

Permanece incômodo o caráter final da jurisdição constitucional, ficando abertas possibilidades que serão mais bem trabalhadas, como o reforço do controle legislativo, tanto prévio, quanto posterior ao controle judicial.

Assim, pensar a jurisdição constitucional implica desvinculá-la de racionalizações teóricas e universais, para submetê-la às premissas do pragmatismo filosófico clássico: (i) o anti-fundacionalismo como rejeição a qualquer fundação última, estática e definitiva; (ii) o contextualismo, como ênfase na experiência humana; e (iii) o consequencialismo, como método de escolha entre interpretações e explicações com base nas consequências práticas.<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações*. IN SARMENTO, Daniel (ORG.). *Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 176.

Nesse sentido, a jurisdição constitucional como experimento humano assume a noção de ser-aí ou ser-no-mundo<sup>103</sup>, isso é, imediatamente envolvido com e pelo contexto, ciente de sua contingência e contrastante com o *ente*, aquilo que existe em absoluto. Como um ser-no-mundo, a jurisdição constitucional permanece aberta e em eterna possibilidade, inclusive a de sua própria inexistência.

## **5. Tudo é política: A restauração da confiança no processo político e o incentivo à participação democrática e ao autogoverno**

Com base no exposto, o direito constitucional mostra-se o contrário de uma doutrina complexa e reservada a *experts*; ele é, em realidade, *política*, cujo debate deve ser o mais acessível possível. A própria constituição importa porque fornece uma estrutura a ela. A partir daí, cai por terra a errônea percepção de que as constituições importam porque contêm uma série de direitos fundamentais imutáveis fielmente guardados e aplicados pela Suprema Corte.

Em análise do contexto norte-americano, Tushnet explicita como a Suprema Corte interpreta a Constituição como parte e como resultado do sistema político, reforçando as posições constitucionais mais consistentes com o então dominante regime político.

Casos como *Brown* e *Griswold* revelam como a Corte forçou resultados para aquiescer normas constitucionais, ajudando políticos a fazerem o que eles não puderam fazer. O processo de seleção dos *Justices* é político em seu cerne, de modo que assegure que as decisões reflitam os valores dominantes.

Direito é política: os oponentes a uma questão vão procurar povoar a Corte com *Justices* que a veem como eles veem, ou acharão meios legislativos a seu lado, ou mesmo ambos.

---

<sup>103</sup> Máxima extraída do conceito heideggeriano de “dasein”. Termo principal da filosofia existencialista de Heidegger, dasein remete a seu envolvimento pelo mundo em que está e é consciente da prioridade do mundo para o próprio ser/”sein”, sendo esse entendido como realização de seu próprio objeto; em última instância, o ser é linguagem, é narração, é diálogo e é tempo; ele acontece. HEIDEGGER, Martin, “El Ser y el Tiempo”, 7ª ed., (Trad. de J. Gaos), México/Madrid/Buenos Aires, F. Cultura Economica, 1989.

“The Constitution matters, you’re likely to think, because it protects our fundamental rights. The answer I provide here is different: The Constitution matters because it provides a structure of our politics. It’s politics, not the Constitution, that is the ultimate – and sometimes the proximate – source for whatever protection we have for our fundamental rights.”<sup>104</sup>

De fato, o direito está à mercê das forças políticas: as decisões judiciais podem mudar um *statuos quo*, estabelecendo novas regras, a menos e até que poderes políticos as superem.

É preciso, assim, desmistificar o papel da Corte e aceitar os dissensos (especialmente sobre direitos fundamentais) também como políticos. Se ela se torna um pouco mais do que uma coleção de políticos togados, o *judicial review* torna-se, assim, difícil de sustentar.

A ideia dos juízes como agentes primários na interpretação constitucional – e na jurisdição constitucional como um todo – deve ser substituída por debates políticos tomados pelo povo e por seus representantes para a definição do conteúdo dos direitos, que permitam melhor análise dos valores nacionais, em detrimento das palavras do texto constitucional.

O debate concernente à questão do aborto explicita a conclusão de que a Constituição não protege direitos fundamentais; *Roe* ilustra como o conteúdo deles não é proporcionado pela Constituição. A despeito de uma importância no curto prazo, a decisão sofreu profundas restrições, embora tenha mantido sua essência.

O povo discorda quanto aos direitos fundamentais e ninguém realmente acredita no que a Suprema Corte diz como sendo a palavra final. Como visto, a mesma cláusula ou dispositivo constitucional pode ser utilizado para defender posições radicalmente opostas.

O *judicial review* não enfrenta nem elimina as discordâncias. O que a Suprema Corte diz sobre determinada questão repousa mais num complicado arranjo contextual das instituições políticas. Os próprios movimentos sociais com força e agenda política conseguem atingir os *Justices* e afetá-los com suas visões e opiniões constitucionais.

---

<sup>104</sup> TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*. New Haven: Yale University Press, 2010, pp. 01

As questões com que nos importamos são decididos pela política, não pela Constituição; e aqueles grupos minoritários sem poder político não podem confiar na Corte para proteger seus direitos constitucionais, tendo em vista que eles são essencialmente questões políticas; esses grupos devem trabalhar por reformas procedimentais que os habilitem a competir igualmente na arena política.

Tushnet coloca bem a questão ao afirmar que os políticos toleram o *judicial review* porque o acham útil politicamente, mesmo se alguma decisão ocasionalmente causar-lhes alguma dificuldade; afinal, como posto por Hamilton, a Corte não tem o poder da espada nem do tesouro na sociedade. Assim, a Corte acaba por responder mais às visões constitucionais das elites nacionais do que às dos eleitores. Grandes exemplos foram a aderência da Suprema Corte a um período estendido de governo unificado, como *New Deal*, a Corte Warren como instrumento do regime político e a limitada “Revolução Federalista”, seguindo uma forte maioria Republicana no senado e na *House of Representatives*.

Aos poucos, o processo de nomeação passou a sofrer interferências de grupos de interesse, partidos políticos, minorias e movimentos sociais, suscitando o posicionamento em questões de direitos como norte para a indicação. A política da nomeação judicial é a política do contexto; os tempos e os partidos políticos mudam, assim como estão sujeitos os próprios *Justices* – a exemplo de Blackmun.

Os maiores problemas enfrentados por políticos em razão do *judicial review* são sintetizados em duas hipóteses: (i) Presidente reconstrutor – aquele que, quando empossado, precisa reconstruir a ordem constitucional e sua agenda política será inconsistente com os princípios implantados pela Corte por anos ou décadas – em face de Cortes-resquício – em 1930, quando Roosevelt chega à Presidência, a Corte estava tomada por conservadores, que assumiram o poder ainda em 1909. O resultado foi a derrubada inicial dos elementos centrais do *New Deal*, que só veio a ser efetivamente implementado com os novos apontamentos à Corte.

Ou (ii) regimes degenerados em face de uma Corte desconectada: a Corte Warren colaborou com o Presidente e o Congresso em meio à *Great Society* e ao movimento dos direitos civis; no final dos anos 60, no entanto, esse regime constitucional estava fraco e a Corte Warren acabou por sustentar uma ordem declinante.

A primeira parte do trabalho demonstrou como a estratégia de deferir questões profundamente dissonantes à Suprema Corte não resolve os problemas políticos. Quando a Corte negou ao Congresso a regulação da escravidão em *Scott*, um novo Presidente assumiu e o confronto constitucional instaurou uma Guerra Civil que resolveu a questão em termos políticos; do mesmo modo, quando a Corte severamente restringiu a habilidade dos Estados de restringir a disponibilidade dos abortos em *Roe*, a questão tornou-se central nas eleições seguintes.

Em síntese, os políticos usam incentivos para endereçar problemas políticos à Suprema Corte; no entanto, ainda que suas ações tenham importância no curto prazo, não há verdadeira solução sem interferência política.

Os *Justices* operam em conformidade com o cenário político e com a visão de mundo das elites<sup>105</sup>. A atuação da Corte em questões como direitos de homossexuais e das mulheres – cuja proteção era inexistente nas décadas de 60 e 70 e veio a ser majoritária na década de 90 – revela como o mundo afeta o pensamento constitucional. Nenhum *Justice* que nas últimas décadas contribuiu para a tutela desses direitos foi colocado lá com essa intenção; antes, houve significativas mudanças de interpretação da Constituição sem alteração na composição: *Justice* Powell em relação aos direitos dos homossexuais, e *Justice* Scalia, aos das mulheres.

Em obra mais recente, Tushnet critica a inadequação do *judicial* review para reconhecer, jurisdicionalizar e aplicar direitos de bem-estar social e recomenda a adoção de um *weak-form judicial review* capaz de dar-lhes força de lei.

---

<sup>105</sup> Mark Tushnet explica bem essa visão: “So, to understand how the Supreme Court matters, pay attention to what kind of president we have (reconstructive, affiliated, preemptive), whether the president is part of a constitutional regime that is resilient or declining, how long the justices on the Supreme Court have been there and who appointed them, whether the national government is divided or unified, whether (or the degree to which) our political parties are coalitions of disparate groups or are ideologically homogeneous, and whether there’s some social movement that seems important even though it hasn’t yet achieved real electoral success. Once you do that, you’ll have about as good a sense of what fundamental rights the Supreme Court is going to enforce as any scholar who specializes in studying the Constitution and the Court. You won’t get everything right. No one does. There are too many moving parts to get right. Each of the nine justices will have a different take on a particular case and its political environment, and even slight differences, when multiplied by three, four, or even nine, can make a large difference in outcome. Still, you’ll understand the main trend in the Court’s decisions – and you won’t have to worry too much about the details of the constitutional doctrines that drive the Court’s decision from the inside.” TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*, pp. 150.

Essa forma fraca mantém nas Cortes o poder de declarar inconstitucional a legislação, embora o modifique em diversos aspectos: (i) esperar que a Corte interprete a legislação consistentemente dentro da Constituição para evitar a invalidação; (ii) suspender a declaração de inconstitucionalidade por determinado período para permitir que o Legislativo preencha esse vazio ou (iii) conferir ao Legislativo poder de ignorar a decisão judicial.

Essa é uma atraente alternativa a partir do direito constitucional comparado capaz de reconciliar o autogoverno democrático e o constitucionalismo, como mecanismo de resposta do povo à decisão da Corte. Se pela *Strong-form* a interpretação judicial da Constituição é final e irreversível pela maioria legislativa, ainda que repudiada pela própria Corte, a *weak-form* sustenta uma promessa de reduzir a tensão democrática do *judicial review*, mediante o realce do papel do Legislativo e do Executivo na interpretação e no desenvolvimento constitucional.

O constitucionalismo demanda esse compromisso do povo na determinação das questões fundamentais sob as quais viverá. Essas limitações à atuação da Corte têm sido reforçadas no direito comparado, como *Canadian Chart of Rights* (1982), que autoriza revisão pelo diálogo entre os três poderes, e *Human Rights Act* (1998), que autoriza a declaração de incompatibilidade de lei com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas não a de nulidade.

Pela análise das respostas do Executivo britânico ao *Human Rights Act* e do Legislativo e do Executivo canadenses ao *Canadian Chart of Rights*, o legislador exerce melhor seu papel na *weak-form* pelo substancial aumento de seu senso de responsabilidade constitucional. Essa situação deve permanecer enquanto não houver experiência suficiente que assegure a confiança de que dar aos juízes a palavra final não interferirá no autogoverno.

O fracasso em acabar com a divisão nacional sobre a tutela constitucional a um direito fundamental em *Roe* era inevitável; afinal, como lidar com uma discordância tão profunda, enraizada e persistente sobre o que são os direitos fundamentais? Essas discordâncias devem ser tratadas no campo político.



“If you want the Constitution to matter in a different way, you don’t have to go to law school so that you can argue cases before the Supreme Court. All you have to do is be politically active. Look for a presidential candidate whose general vision about what the government ought to be doing is roughly similar to yours, and do whatever you would ordinarily do to support that candidate – talk to your friends and neighbors, stand on street corners, contribute time or money to the candidate’s campaign. And if you can’t find a presidential candidate you like (or even if you can), find some civil association that is trying to mobilize support for something you care a lot about. In doing so you are being an exemplar constitutional citizen. To adapt a phrase from Charles Darwin, there is grandeur in this view of the Constitution.”<sup>106</sup>

## **6. As propostas alternativas de aceleração democrática e orientação de políticas públicas**

Como visto, o projeto final da democracia é possibilitar, simultaneamente, o desenvolvimento material para a satisfação das vontades humanas e a emancipação individual para os desprendimento das estruturas sociais.

Porém, a conjuntura democrática das civilizações ocidentais e as instituições sobre as quais seus governos se sustentam permanecem sem grandes diferenças nas últimas cinco décadas.

No contexto de uma teorização político-filosófica nos limites da realidade institucional, sem buscar propostas alternativas de reformulação, a sociedade civil mostra-se cada vez mais distanciada do sistema político, com graves implicações à soberania popular e ao autogoverno.

A escassez de teorias que rompam com as instituições postas – e a conseqüente falta de política transformativa que imaginem futuros alternativos para a sociedade – torna palpável a compreensão e percepção fetichista dessas instituições como necessárias e naturais.

A realização do projeto democrático por Unger passa por essa aprendizagem alicerçada em experimentalismos democráticos:

“The hope of finding such a zone of overlap is reasonable because both practical progress and the freeing of the individual depend upon the acceleration of collective learning through practical experimentalism. Both require that we subject social practices to experimental tinkering, and advance toward those practices that encourage us to tinker all the more.”<sup>107</sup>

As instituições democráticas ocidentais buscam a conservação da ordem mediante uma desmobilização política da população, que restringe seu papel político a um ato mecânico de comparecimento às urnas. Unger, então, propõe um redirecionamento<sup>108</sup> das reformas para que

---

<sup>106</sup> TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*, pp. 173-174.

<sup>107</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *What Should legal analysis become?* London/New York: Verso, 1996, pp. 7.

<sup>108</sup> “Moreover, the reconstruction of these received political institutions should be a focus of concern in its own right, extending the program of democratic experimentalism to the reorganization of government and of the electoral

debates e movimentos sociais reais apresentem novas possibilidades. Para tanto, ele dispõe algumas condições, como a organização da sociedade civil desacoplada da estrutura governamental<sup>109</sup>.

O reforjamento da análise jurídica delineado por Unger representa a principal ferramenta de experimentalismo institucional, atribuindo ao direito fundamental importância e papel na energização política e aceleração democrática.<sup>110</sup>

Fundamental, pois, a prática política fora dos momentos constitucionais<sup>111</sup>, tendo em vista a constatação de Ackerman de que a significativa maioria das instituições presentes no atual contexto norte-americano está morta ou em fase de inanição<sup>112</sup>.

Ackerman, por conseguinte, pretende gerar constante incremento da consciência cívica do povo por meio da criação de uma “agenda de cidadania”, voltada ao desenvolvimento de micro-espacos de discussão política na sociedade civil – seja por mídia impressa, seja por redes sociais virtuais -, e dos “ciclos de virtude”, promovendo o exercício da democracia na vida ordinária. Em última instância, essa “agenda de cidadania” representa a criação de uma verdadeira esfera pública política como arena de dissenso na sociedade civil, por meio da elaboração imaginativa de alternativos e distintos canais institucionais de comunicação entre a sociedade civil e os detentores do poder político.<sup>113</sup>

---

contest over governmental power. Instead of beginning with economic reforms and being led by them to the need for supportive political reforms, we might just as well, within the discontinuous logic of uneven development, move in the opposite direction. The choice of sequence is circumstantial.” UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* London/New York: Verso, 1996. pp. 16-17.

<sup>109</sup> “Such a structure may be organized on the basis of neighborhood, job, or shared concern and responsibility. It may create norms and networks of group life outside the state, parallel to the state, and entirely free of governmental tutelage or influence. Different groups and movements may compete for position in these multiple orderings of civil society just as political parties compete for place in government.” UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* London/New York: Verso, 1996. pp. 18.

<sup>110</sup> Ver MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 28-66.

<sup>111</sup> Conceito criado por Bruce Ackerman em seu modelo de democracia dualista (1991, pp. 03-34), que abrange dois momentos distintos de tomada de decisão política: (a) os momentos constitucionais – raros e que definem a identidade coletiva do povo – em que o povo decide e (b) os momentos ordinários em que os detentores do poder político decidem. Em obra mais recente, Ackerman aproxima-se da proposta do experimentalismo institucional e busca projetar experimentos que tornem mais frequente a ocorrência de momentos de interesse social na política – tal como experimentada nos momentos constitucionais – mediante a reinvenção de mecanismos cívicos que faça com que o maior número possível de cidadãos dediquem-se à cidadania.

<sup>112</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 85-99.

<sup>113</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheiramento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 99-101.

São inegáveis a necessidade de superação do conformismo e do desinteresse social pela política e a incompetência das Cortes Constitucionais para a solução dessa patologia. A jurisdição constitucional não representa, de longe, o instituto adequado para fomentar, conduzir e decidir a agenda política de dissenso moral numa sociedade, seja por técnica de decisão que gere diálogo institucional, seja pela efetiva influência de seus Ministros em meio a um período de forte dormência democrática.

A consecução do objetivo de recuperação da agenda política pelos agentes políticos, em substituição à conduzida pelos juristas – ainda regra no contexto brasileiro crescente – passa, obrigatoriamente, pela reformulação do comportamento dos próprios representantes eleitos, pela restauração da confiança do povo em seus representantes e pelo reforço do papel desempenhado pelas Comissões das Casas Legislativas, enquanto instituições constitucionalmente responsabilizadas e democraticamente legitimadas para levar a cabo o direto, livre, amplo e representativo debate numa arena de procedimento majoritário em questões de forte discordância que demandam decisão.

É inquestionável, também, que novos experimentalismos antes e além da jurisdição constitucional podem facilitar a aceleração democrática e provocar a prática de política transformativa ordinária.

Aa possibilidades de criação de arenas institucionalizadas e financiadas pelo Estado para a discussão de questões cotidianas e de criação de incentivos ao surgimento de projetos de lei de iniciativa popular revelam, junto com a restauração da confiança no Legislativo e com a promoção de uma democracia deliberativa – inclusive pelo uso de feriados nacionais para a deliberação de agenda estatal séria – a importância do Estado na criação, fomento e manutenção das arenas de dissenso moral, como pressuposto para uma política transformativa ordinária.<sup>114</sup>

---

<sup>114</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheamento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 100-101.

## 6.1 O incentivo estatal à participação democrática e à mutabilidade institucional

É extremamente desejável que os indivíduos sejam capazes e tenham forte interesse em debate franco das principais questões sociais e crítica pública às instituições democráticas. Em médio ou longo prazo, é provável que a deliberação promova diálogo efetivo, formação e mudanças de opiniões e alargamento de espectros políticos, diluindo radicalismos.

Bruce Ackerman e James Fishkin apresentam um projeto para a aceleração democrática como alternativa à realidade institucional atual, sem que com ela rompa completamente. Em *Deliberation Day*, os autores propõem a criação de um feriado antecedente às eleições com o escopo de criar espaços de deliberação para a sociedade civil, de forma que melhor se organize e mais ativamente participe do sistema político.

As *Deliberative Pools* consistem em espaços de debate público sobre questões específicas já realizados em países como Austrália, Estados Unidos e Dinamarca. Sem visar ao consenso, a única meta é o contato de cidadãos com opiniões diversas daquelas que defendem ou possuem conhecimento.

Os autores propõem, ainda, um incentivo financeiro à participação e o revezamento em dois dias, em atenção às funções sociais essenciais e que não podem ser interrompidas.

Muitos obstáculos são trabalhados pelos próprios autores, como a mobilização de espaços físicos e os custos financeiros para a realização do evento, tanto por gastos diretos, quanto pelas perdas representadas pelos feriados. Contudo, eles ressaltam que os usuais (e elevados) gastos para a prestação de serviços à sociedade e para a promoção de políticas públicas podem ser tão naturais quanto os destinados ao fomento do desenvolvimento da cidadania.

Ao mesmo tempo em que esclarecem que esse projeto não apresenta contornos acabados, mas permanece aberto a adaptações necessárias à realização prática, os autores enfrentam essas questões no contexto norte-americano.

Como resultado, os autores pretendem que os cidadãos tenham maior noção da complexidade das questões e realizem mais significativo *accountability* dos governantes, pelo debate de seus feitos e não-feitos<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> Segundo a obra, o “Deliberation Day” contribuiria, ainda, pelo incremento na cidadania privada e no capital político: “If you forgive the jargon: DDay will not only catalyze the creation of vast amounts of social capital; it has

Cass Sunstein, Shekade e Hastie, por sua vez, realizaram experimento voltado ao consenso em resposta à proposta de Ackerman para demonstrar que a referida experiência faz com que os cidadãos, quando submetidos a deliberações, tendam a tomar posições mais extremas na linha de seus pensamentos pré-definidos.

Outros autores, como Chad Flanders, defendem o refinamento do debate, em detrimento da quantidade deliberativa, pela participação dos representantes, de modo que as mudanças na democracia partam de cima para baixo – isso é, das instituições para a sociedade.

Posner, a seu turno, suscita uma noção de “mercado político”, onde os cidadãos-consumidores naturalmente buscarão soluções as necessárias para os problemas em face dos representantes-fornecedores. Para ele, a deliberação não se faz necessária – seja porque ela não se mostra produtiva, na medida em que aumenta a temperatura do debate e reduz a civilidade, seja porque a realização completa do indivíduo não está nela.

Nenhuma crítica conseguiu dissecar as diretrizes norteadoras da proposta de Ackerman e Fishkin, e todas elas revelam como a adequação de um experimento será resolvido por tentativa e erro na prática, minando o debate unicamente teórico. Ainda que suas consequências não possam ser medidas, é possível concluir pelas implicações positivas desse experimento.

Como afirmado pelos autores, esse experimento não é sacrossanto; seu valor consiste na substância dada à exploração de questões políticas e institucionais, contribuindo para a participação política dos cidadãos, a realização de política transformativa, a efetivação de “momentos constitucionais” e em última instância, à realização do projeto democrático.

Não bastasse, Unger complementa sua proposta e rascunha um programa de transição da dormência democrática para a aceleração imaginativa do experimentalismo institucional, a partir de cinco bases: (i) a presença de recursos humanos e financeiros que permitam a emancipação econômica e intelectual dos cidadãos comuns; (ii) a democratização da economia de mercado; (iii) o comprometimento governamental e social com o fortalecimento das dotações econômicas e intelectuais dos cidadãos comuns; (iv) o comprometimento governamental com a democracia

---

a unique role to play in building political capital. A vigorous civil society undoubtedly plays a useful supporting role in the life of a democratic republic. But a vibrant democracy needs something more; it needs tens of million of private citizens who are comfortable interacting with one another in the special ways required to engage responsibly in the conduct of public business.” ACKERMAN, Bruce; FISHKIN, James. *Deliberation Day*. New Haven/London: Yale University Press, 2004. pp. 179

energizada com maior expressão política popular e incentivo à prática mais frequente de reformas institucionais; (v) organização da sociedade civil.<sup>116</sup>

As Cortes Constitucionais não representam qualquer função nesse engajamento político faltante à sociedade civil organizada, tampouco os direitos fundamentais abstratamente definidos. Nesse contexto, o Prof. Rodrigo Mudrovitsch faz interessante defesa da superação da política de *laissez-faire* estatal quanto à cidadania democrática.

Assente na imaginação de mecanismos que provoquem o surgimento da solidariedade forçada na ausência da solidariedade espontânea que estimule o aquecimento democrático, o autor busca alcançar o objetivo máximo do experimentalismo institucional: a majoração da política transformativa cotidianamente produzida.

Com base na afirmação de Ackerman de que, em contextos de baixo engajamento social na política, é imprescindível a atuação direta do Estado no financiamento da cidadania, Mudrovitsch propõe o estreitamento dos mais diversos canais institucionais de comunicação entre a sociedade civil e os detentores do poder político, de sorte que seja revitalizada a cidadania e, em última instância, convertida a dormência em energização e aceleração democráticas.

## 6.2 A reformulação do ensino jurídico

Duncan Kennedy faz uma interessante crítica ao ensino de Direito em Faculdades e Universidades, na medida em que os alunos são mal-ensinados, e de maneira irrefletida, a absorver, como que por osmose, o pensamento de um jurista. Alheios ao que de fato estão aprendendo, aos estudantes não são oferecidas condições para melhorar ou reformular as práticas.

Uma vez focado na análise retrospectiva de casos e controvérsias decididas e entendimentos jurisprudenciais firmados, o estudo jurídico volta-se excessivamente à tese da convergência enfrentada, contribuindo para o fetichismo institucional e reproduzindo instituições postas e inquestionáveis como o *judicial review*, sem imaginar futuros alternativos.

---

<sup>116</sup> MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. *Destrincheamento da Jurisdição Constitucional*. Brasília, 2012, pp. 26-27.

A primeira parte do trabalho revela como a Corte Constitucional e a jurisdição constitucional desenvolveram-se a ponto de serem vistas como pai, superego e oráculo da sociedade. Sua palavra final tão só revela os valores morais postos, sem reapreciação legislativa.

Nesse diapasão, questões constitucionais de extrema relevância para os cenários nacionais são resolvidas por um punhado de juízes togados, que, desde os primórdios de seus estudos jurídicos, foram ensinados a olhar para trás, com profundo apreço por uma história legal e política congelada e baixa ambição transformativa.

Em meio à definição do que é “constitucional” e às sucessivas mutações constitucionais da Corte, quase sempre em consonância com a opinião das elites e com o contexto das decisões, os juízes mostraram-se tímidos na imaginação constitucional, e ambiciosos na reprodução de um instituto que lhes conferiu poder não previsto por ocasião de sua criação.

Não tendo se mostrado tão *anti-majoritária* assim, a Corte Constitucional apresentou-se como um espaço de reverberações políticas, desde a indicação dos *Justices* até a afetação por movimentos sociais, e de reprodução da realidade.

A reprodução de hierarquias pela acentuação de diferenças identificada por Kennedy – como baixa contratação de professores representativos de minorias como negros, mulheres e homossexuais – compromete o exercício imaginativo, especialmente no Direito, como ferramenta de transformação social e aceleração democrática.

Segundo o autor, o ensino jurídico é precário e incompetente; os juristas são pouco preparados para a prática e, especialmente, para o questionamento dela. Ainda firmada na sofisticação argumentativa e em questões ultrapassadas e esgotadas, a análise jurídica prevalente forma profissionais despreparados para um compromisso constitucional sério e engajamento político efetivo.

A reorientação da análise jurídica racionalizadora – já amplamente defendida – passa por uma reformulação do ensino jurídico que desafie, em sala de aula, a imaginação de instituições alternativas e de momentos constitucionais.

Outrossim, as universidades são espaços por excelência de deliberação democrática e para a realização, ainda que incipiente, de experimentos, como a proposta do “Deliberation Day”. A começar por diretórios acadêmicos, movimentos sociais e coletivos e núcleos de prática profissional, muitos espaços deliberativos e canais de comunicação são abertos, contribuindo para a organização da sociedade civil, a realização da democracia e a ruína do fetichismo institucional.

Por fim, o incentivo à experimentação de distintas realidades e práticas e ao treinamento para sua aplicação fornece os recursos necessários para a liberdade de uma análise jurídica orientada para o futuro, sem pretensões universais e fetichismos, para a formação de cidadãos participativos e engajados, para o despertar de uma sociedade civil organizada e para a realização de uma democracia.

### **6.3 O reforço das Comissões Legislativas e o aumento do senso de responsabilidade constitucional**

Diante da conclusão pela desnecessidade do instituto do *judicial review* para a configuração de uma democracia constitucional, assim como tantos outros, a opção por um tênue controle judicial de constitucionalidade – a exemplo de sistemas como o britânico, canadense e neozelandês – ou mesmo por sua inexistência não constitui resposta ampla, geral e acabada.

Ainda que pareça razoável a adoção de um controle misto que seja, ao mesmo tempo, firme em relação a determinadas normas merecedoras do escrutínio judicial e brando em relação a outras (mais ou menos importantes, dependendo do ponto de vista) de essência política que demandem deliberação legislativa, não deve possuir pretensões universais, como defendido por esse trabalho.

Ainda que pareça adequado uma jurisdição constitucional que, a exemplo da recente modulação de efeitos prevista na Lei n. 9.882/99, confira à Corte um caráter pedagógico e promova determinado diálogo institucional rumo à efetivação de políticas públicas, a análise jurídica deve ser repensada, reformulada e reaplicada para voltar-se a uma “futurologia”, mais do que à análise retrospectiva; à política transformativa, mais do que à reprodução de práticas postas; ao experimentalismo institucional, mais do que ao fetichismo.

É sempre importante lembrar que outras práticas e modelos institucionais são possíveis, e os futuros ainda não imaginados, infinitos. Com efeito, o Legislativo deve ter sua confiança restaurada, a partir do incremento de sua responsabilidade constitucional.

Ainda que muitas sejam as críticas às suas práticas, inércia e omissões, o Poder Legislativo é, essencialmente, negocial, representativo e democrática. A reprodução da ordem posta somete contribuir para a perpetuação de um *judicial review* que sirva de substrato para um Legislativo negligente em relação às normas constitucionais.



Nesse sentido, o Legislativo deve buscar continuamente a autorreflexão sobre os princípios constitucionais e o diálogo com a sociedade civil, abrindo espaços legítimos para a negociação política, a barganha, o lobby e a *accountability*, de modo que a participação da sociedade civil no governo democrático seja efetivada, e o autogoverno, realizado.

Assim, a responsabilidade constitucional poderá alicerçar comissões e subcomissões legislativas no compromisso com a organização da sociedade civil, a aceleração democrática e a resolução de questões por meio da abertura dos canais de comunicação, do incremento da esfera pública política e da promoção da cidadania por uma democracia deliberativa.

A resolução de questões constitucionais que dividem a opinião nacional passará, necessariamente, por essas comissões que, como uma esponja, absorvem os ecos e reverberações dos movimentos sociais e grupos de interesse, representativos, inclusive, de minorias tópicas.

Esse espaço é, notadamente, político, cujo procedimento chega a uma decisão final por maioria, sem que sofisticadas teorias argumentativas pretensamente universais e detentoras da Verdade assumam a condição de norte; antes, o debate corre livre das amarras de linguagem e desconectado da necessidade de construção de um consenso que resultou em uma obsessão com um Judiciário que responde pelos valores morais como superego da sociedade.

O peso da responsabilidade constitucional dos representantes à luz de um direito constitucional como política e a si mesmos como agentes primários de política transformativa acaba por realizar o projeto democrático em sua bidimensionalidade: desenvolvimento material, a partir da orientação de políticas públicas, e emancipação individual, pela aceleração democrática, a partir do engajamento sócio-político desvinculado da estrutura governamental.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conclusões parciais alcançadas ao longo dos três capítulos expuseram detalhadamente as três mensagens principais deixadas pelo trabalho.

A primeira parte descortinou o fetichismo institucional com jurisdição constitucional e a obsessão com o papel dos juízes nos contextos democráticos atuais, notadamente pela inflação do sucesso do *judicial review* exercido pela Suprema Corte norte-americana, amplamente proliferado, reproduzido e adaptado em diversos contextos e regimes políticos ao redor do mundo, com sérias implicações e prejuízos aos postulados de realização da democracia.

Em seguida, o escrutínio de algumas teorias relativas à jurisdição constitucional esclarece como as pretensões universalistas de padrões gerais de conduta da Corte Constitucional permitem a conclusão de que os próprios argumentos favoráveis ou contrários a esse instituto não poderão ser conduzidos em abstrato.

A perspectiva pragmatista que conduz esse trabalho libera o estudo jurídico da mão morta do passado e do fetichismo da convergência como fim em si mesmo, deixando os juízes livres para encararem os institutos e as instituições como experimentos humanos em eterna possibilidade, e buscarem metas positivas e úteis, necessariamente voltadas para o futuro, sem qualquer dever de consistência com o passado.

Isso posto, percebe-se que a jurisdição constitucional não existe em um vácuo político; antes é constrangida pelos agentes políticos e desenhado conforme seus interesses, inclusive como modo de redução de incerteza política.

Destituída de seu caráter óbvio e necessário para a realização da democracia em sua bidimensionalidade – emancipação individual e desenvolvimento material, a jurisdição constitucional torna-se mais um artefato humano contextual, em realização do direito como política. Mais do que sua eliminação, buscou-se trabalhar as possibilidades de seu uso criativo.

Tom Ginburg faz um interessante afirmação de que a Corte nem sempre será capaz de proteger minorias prospectivas; antes, o *judicial review* aumentará os custos de ataques a elas. Ele permanece um impeditivo, sem ser um impedimento perfeito.

Assim, a aceitação passiva da Corte como representante argumentativo do cidadão conduz a um paternalismo que limita as infinitas possibilidades de futuros inerentes à condição e ao

pensamento humano. Reconhecida como experimento humano, a jurisdição constitucional é submetida a constantes críticas e exercícios imaginativos e abre-se a infinitas possibilidades.

Aferidos pelos pressupostos do pragmatismo, a existência e o sucesso da jurisdição constitucional – a partir do preenchimento judicial do espaço político vazio – pode ser preferível à manutenção do vácuo ocasionado pela apatia democrática:

“O Juiz logra êxito em fazer com que expectativas morais estabelecidas nos mundos sociais dos litigantes se imprimam sobre a prática finalística de juízos analógicos. Por vezes, o direito o convidará abertamente a fazê-lo pelo uso de princípios abertos, como razoabilidade, diligência e boa-fé, ou pela prática do comércio e usos comerciais. (...) Há circunstâncias em que os juízes podem e devem exercitar um fragmento dessa autoridade a fim de que os órgãos políticos e a cidadania também possam fazê-lo; (...). Na maior parte, contudo, tal tarefa está além do que os juízes podem realizar eficaz ou legitimamente. Se eles insistem em realizá-la, correm o risco de serem levados pela necessidade de conciliar ambição e modéstia a um reformismo grosseiro e circunstancial, que produz tanto mal como bem. Haverá situações, contudo, em que um grande fosse se abrirá entre direito e costume. O fosso pode não ser propriamente o projeto do direito nem sua consequência previsível. Os juízes podem criar um recurso jurídico *ad hoc*, deixando a estrutura da sociedade intocada ou sem ameaça. Aqui está a oportunidade para o juízo de equidade. O microexcepcionalismo do ajuste equitativo é a antiga tentativa de reconcepção de direitos no contexto de papéis sociais, o sacrifício anômalo do direito ao costume. É uma tentativa de diminuir a cota de crueldade na experiência cotidiana, e fazê-lo não uma grande escala, mas na dimensão de um evento e de um confronto. (...) Melhor um agente pouco apropriado, contudo, do que absolutamente nenhum. Os juízes podem ser muitas vezes os melhores agentes disponíveis. Pelo menos, eles podem ser os únicos agentes dispostos.”<sup>117</sup> (grifos nossos)

Assim, a orientação de políticas públicas e a energização da democracia podem, sim, ser alcançados pela jurisdição constitucional, não obstante seu fraco sucesso na história constitucional de seu sistema mais desenvolvido.

Porém, como demonstrou o trabalho, é inquestionável que novos experimentalismos antes e para além da jurisdição constitucional podem, de forma mais enraizada e permanente, alcançar esses objetivos e diminuir o espaço entre a política ordinária e a transformativa.

Há diversas alternativas traçadas, fundadas na injeção de uma dinâmica deliberativa à democracia substantiva, onde os cidadãos devem enfrentar e estimular os dissensos fundamentais duradouros multiplicados em sociedades multiculturais.

O uso criativo da jurisdição constitucional, ao invés de bloquear, torna possível a realização de uma democracia deliberativa. Surgem, assim, possibilidades como o controle

---

<sup>117</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o future da democracia*. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Boitempo, 2004, pp. 144-145.

judicial tênue, a revisão legislativa e o uso da modulação de efeitos para conferir à Corte um caráter pedagógico, comunicativo e dialógico junto ao Legislativo.

Ainda que pareça contraditório, a consolidação de práticas políticas fora dos momentos constitucionais ocorrerá mais seguramente quando vencido o fetichismo institucional e o paternalismo Judiciário da Corte Constitucional e usada a análise jurídica para a experimentação – segundo cada contexto – de práticas que permitam a energização da democracia, como a reinvenção de serviços sociais forçados, a formulação de mecanismos de educação sentimental de massa, a rediscussão do financiamento de campanhas e da formatação dos partidos políticos.

Patente, assim, a desmistificação da Corte e a abertura do debate relativo a questões fundamentais como as abordadas no primeiro capítulo, possivelmente pelo reforço da atuação constitucional das Comissões Legislativas e pela impregnação do senso de responsabilidade constitucional tanto na sociedade civil organizada, quanto nas instancias de poder.

Em geral, é urgente a necessidade por um programa de transição democrática onde os governos incrementem – e financiem – a consciência pública dos cidadãos e criem uma verdadeira esfera pública política, pela institucionalização de novos fóruns e arenas de dissenso, para debate de questões da política cotidiana pelo povo e o consequente impulso de política transformativa produzida cotidianamente.

Surgem propostas interessantes, como as de Ackerman e Fishkin, como o “Deliberation Day”, a criação de arenas cibernéticas institucionalizadas e financiadas pelo Estado, a interferência popular na divisão de receitas provenientes de financiamento de campanhas eleitorais, estímulos financeiros ao surgimento de projetos de iniciativa popular, à participação direta em referendos e em feriados nacionais, para que a cidadania não seja restringida às urnas.

O conjunto dessas alternativas deverá ser reinventado em conformidade com cada realidade nacional. O esboço de Unger, a seu turno, é interessante tanto na medida em que encarrega o Estado de uma atuação política positiva para a promoção da cidadania, em oposição à tradicionalíssima postura liberal, quanto na medida em que joga luz sobre a necessidade de realizar experimentos fora da jurisdição constitucional, ainda que dela não se esqueça.

Por fim, é importante destacar que muitas outras práticas, experimentos e modelos institucionais são possíveis, assim como os futuros, infinitos, tanto quanto permitidos e desafiados pela capacidade, criatividade e inteligência humanas.

## BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. *Rising of World Constitutionalism*. Yale Law School, Occasional Papers, Paper n. 4, 1996. Disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop\\_papers/4](http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsop_papers/4)

ACKERMAN, Bruce. *The living Constitution*. Harvard Law Review, vol. 120, 2007.

ACKERMAN, Bruce; FISHKIN, James S. *Deliberation Day*. New Haven & London: Yale University Press, 2004.

AMARAL JÚNIOR, José Levi. *Controle de constitucionalidade evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis*. Disponível em [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/70093/mod\\_folder/content/0/Semin%C3%A1rio%205%20-%20Complementar%20-Jos%C3%A9%20Levi.pdf?forcedownload=1](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/70093/mod_folder/content/0/Semin%C3%A1rio%205%20-%20Complementar%20-Jos%C3%A9%20Levi.pdf?forcedownload=1).

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações*. In: SARMENTO, Daniel (org). *Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BALKIN, Jack M; SIEGEL, Reva B. *The Constitution in 2020*. Oxford University Press, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press, 1986.

BIGONHA, Antonio C.; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALCANTI, Ana Beatriz. *Mutação constitucional como interpretação: processos informais de mudança da Constituição no context norte-americano*. Disponível em [http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/5827/1/2013\\_AnaBeatrizVanzoffRobalinhoCavalcanti.pdf](http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/5827/1/2013_AnaBeatrizVanzoffRobalinhoCavalcanti.pdf)

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and Democracy: Studies in Rationality and Social Change*. Cambridge University Press, 1988.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. NY: Cambridge University Press, 2003.

GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constituição e Democracia*, in: Revista de Direito do Estado, 2006.

HALL, Kermit L., ELY, James W. *United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009.

HAMILTON, Alexander, The Federalist Papers n. 78. In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. *The Federalist Papers*. Nova York: Signet Classic, 1999.

HEIDEGGER, Martin, "El Ser y el Tiempo", 7ª ed., (Trad. de J. Gaos), México/Madrid/Buenos Aires, F. Cultura Economica, 1989.

JACOBSON, Arthur J., SCHLINK, Bernhard. *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley/London: University of California, 2002, pp. xi.

JACOBSON, Arthur J., SCHLINK, Bernhard. *Constitutional Crisis. The German and the American Experience*.

KENNEDY, Duncan. *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*. 32 *Journal of Legal Education*, Dec. 1982, pp. 591-615.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2<sup>a</sup> Ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. *O direito como sistema social*. Tradução de Paulo Sávio Peixoto Maia. 1994

MADISON, James. *The Federalist Papers*, n. 49. In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. *The Federalist Papers*. Nova York: Signet Classic, 1999.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos: estudos em avaliação educacional*. Fundação Carlos Chagas: jul-dez 1999 – n. 20.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, Eduardo. *A Constitucionalização da Política: entre o inevitável e o excessivo*. *Revista de Direito do Estado* 22:147, 2012.

MUDROVITSCH, Rodrigo de B. *Destrincheamento da Jurisdição Constitucional*. 2013. Disponível em [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13668/1/2013\\_RodrigodeBittencourtMudrovitsch.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13668/1/2013_RodrigodeBittencourtMudrovitsch.pdf).

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard A. *Review of Jeremy Waldron, "Law and Disagreement"*. Columbia Law Review, vol. 100, no. 2, 2000, pp. 582-592.

POSNER, Richard. *Against constitutional theory*. New York University Law Review, volume 73, abril-1998, n. 01.

SHAPIRO, Martin. *Judicial Review in Developed Democracies*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (ed). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. Frank Cass Publishers, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds*, Princeton: Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. *Designing Democracy: What Constitutions Do*. New York: Oxford University Press, 2001.

TUSHNET, Mark. **Alternative Forms of Judicial Review**. In: *Michigan Law Review*. Volume nº 101, agosto de 2003. p. 2781-2802.

TUSHNET, Mark. *Why the Constitution matters*. New Haven: Yale University Press, 2010.

TUSHNET, Mark. *I Dissent: great opposing opinions in landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press, 2008.

TUSHNET, Mark. *A court divided: the Rehnquist Court and the future of constitutional law*. Nova York: W. W. Norton, 2006.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.



TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

UNGER, Roberto M. *O direito e o future da democracia*. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Boitempo, 2004.

UNGER, Roberto M. *False necessity: Anti-necessitarian social theory in te servisse of radical democracy – Volume 1 of Politics*. New Edition, New York: Verso, 2004b.

UNGER, Roberto M. *Política: os textos centrais*. 1a Ed., Rio de Janeiro: Boitempo, 2001.

WALDRON, Jeremy. *The Core of The Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal. vol. 115, 2006.

WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. New York: Cambridge University Press, 2009.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford Uk Print, 1999.