

Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade

JOSÉ GUILHERME BERMAN CORRÊA PINTO

Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2002), Mestre (2006) e Doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Atualmente é Professor da Área de Direito Constitucional e Internacional da Graduação em Direito e da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Universidade Estácio de Sá e do Centro Universitário Serra dos Órgãos – Unifeso.

DOI: 10.11117/22361766.31.01.03

RESUMO: O artigo trata de novas formas de controle de constitucionalidade desenvolvidas com vistas ao fortalecimento do diálogo entre o Judiciário e os poderes políticos na interpretação das normas constitucionais, questionando a supremacia judicial. Busca, ainda, desenvolver uma visão da supremacia judicial no Brasil, onde a facilidade de aprovação de emendas à Constituição parece comprometer qualquer avaliação que classifique o nosso sistema como um em que há forte predominância do Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional; controle de constitucionalidade; supremacia judicial.

ABSTRACT: The article deals with new forms of judicial review developed in order to reinforce the dialogue between the Judiciary and the political branches in the interpretation of constitutional law, thus questioning judicial supremacy. It deals furthermore with sketching an overview of judicial supremacy in Brazil, where the easiness of approval of amendments to the Constitution seems to compromise any evaluation that might classify the Brazilian system as one with a strong predominance of the Judiciary Power.

KEYWORDS: Constitutional law; judicial review; judicial supremacy.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Críticas contemporâneas ao controle jurisdicional de constitucionalidade; 2 Controle brando de constitucionalidade (*weak-form judicial review*); 3 Supremacia judicial no Brasil; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Definir o papel de cada um dos poderes em um Estado Democrático de Direito não é tarefa das mais fáceis. A convivência harmônica entre a legalidade (Estado de Direito – *Rule of Law*) e o governo representativo da vontade popular (Estado Democrático) – ou, em outras palavras, entre constitucionalismo e democracia – é um ideal difícil de ser conquistado. Não por acaso, existe acesa e incessante disputa entre teorias democráticas procedimentalistas e substancialistas, sendo o centro da discórdia entre ambas a disputa sobre o

papel adequado de uma Constituição – se ela serve para simplesmente assegurar os mecanismos de autodeterminação popular ou se deve impor determinados direitos substanciais, mesmo contra a vontade da maioria¹.

A experiência prática recente parece indicar uma predominância dos direitos constitucionais sobre os procedimentos democráticos, materializada pela instituição, na maior parte das democracias existentes, de Textos Constitucionais escritos cuja supremacia é assegurada por meio de alguma forma de controle de constitucionalidade exercido por órgãos ligados ao Poder Judiciário².

A adoção do controle jurisdicional de constitucionalidade, relegando mecanismos políticos a um papel secundário, no entanto, recebe diversas críticas, centradas, em geral, no caráter antidemocrático do Poder Judiciário, responsável pela palavra final em matéria de interpretação constitucional³.

A Constituição canadense de 1982, ao prever um mecanismo conhecido como “cláusula não obstante” (*notwithstanding clause*), por meio da qual o Poder Legislativo pode aplicar um determinado diploma normativo, mesmo que ele contrarie o Texto Constitucional (na visão do Judiciário), despertou a atenção de estudiosos, especialmente daqueles que possuem ressalvas à prática tradicional do *judicial review*, e inspirou outros países a adotarem mecanismos semelhantes (Inglaterra, Nova Zelândia, Israel). Esta forma de fiscalização de constitucionalidade das leis, aqui chamada de controle brando de constitucionalidade (*weak-form judicial review*), sugere que o Judiciário, embora exerça um papel relevante na interpretação dos dispositivos constitucionais, não deve possuir a prerrogativa de deter a última palavra. Valoriza-se, assim, o componente democrático, de modo a permitir aos representantes do povo que afirmem de maneira definitiva quais são, precisamente, os compromissos básicos daquela sociedade.

Este artigo visa analisar esta nova modalidade de controle de constitucionalidade, a partir de sua implementação nos quatro sistemas jurídicos acima citados (Canadá, Reino Unido, Nova Zelândia e Israel). Seu desenvolvimento leva à necessidade de uma nova classificação dos sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade, que são divididos em sistemas “fortes” e “fracos” (ou “brandos”), conforme a atuação do Judiciário (se definitiva ou não).

- 1 Para uma excelente compilação de textos dos principais autores contemporâneos sobre a tensão entre democracia e constitucionalismo, v. BELLAMY, Richard. *Constitutionalism and democracy*. Ashgat Publishing, 2006. Interessante conferir, também, ZURN, Christopher. *Deliberative Democracy and Constitutional Review*. *Law and Philosophy*, n. 21, 2002, que analisa as ideias de Habermas, Ely, Dworkin e Perry.
- 2 Neste sentido, conferir BELLAMY, Richard. *The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy*. *Political Studies*, XLIV, 1996, p. 436.
- 3 Conferir item 2, *infra*, e, a título exemplificativo, ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard University Press, 1980; NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997, cap. 7; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2003, cap. VI; TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton University Press, 1999; HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2004; WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

Por fim, o sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade pelo Poder Judiciário – aparentemente enquadrado no modelo “forte” – será analisado à luz da nova classificação. A conclusão, de que temos uma supremacia judicial apenas moderada, foge ao lugar-comum de apontar o STF como o “guardião máximo” do Texto Constitucional.

1 CRÍTICAS CONTEMPORÂNEAS AO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

O reconhecimento do Poder Judiciário como responsável pela fiscalização da compatibilidade dos atos normativos infraconstitucionais com a lei fundamental de um determinado país é observado em um número cada vez maior de sistemas jurídicos. Os argumentos favoráveis a esta prática são bastante conhecidos, podendo ser resumidos no seguinte esquema: o papel atribuído ao Judiciário de guardião da Constituição é consequência do caráter normativo de hierarquia superior das constituições escritas; se uma constituição é norma jurídica dotada de supremacia em relação às demais normas, e se o papel dos juízes é exatamente o de aplicar as normas, logicamente eles não devem fazê-lo quando constatarem uma incompatibilidade entre a legislação infraconstitucional e as normas fundamentais de um determinado sistema jurídico⁴.

Embora o raciocínio pareça muito lógico e convincente, desde o seu surgimento (ou até antes disso) o *judicial review* desperta intensa polêmica, em especial pelo seu caráter “contramajoritário”⁵. Afirma-se que, dada a origem não democrática dos juízes, eles não possuiriam legitimidade para invalidar normas aprovadas pelos representantes do povo (Parlamentos), estes sim democraticamente eleitos.

Mas não é em qualquer espécie de caso que se revela presente a objeção contramajoritária. Isto porque a jurisdição constitucional possui dois componentes, um técnico-jurídico, relacionado à aplicação do direito vigente em uma determinada ordem jurídica, e outro político, decorrente do conteúdo aberto de diversas normas constitucionais⁶.

Em casos da primeira espécie, é mais fácil identificar o texto legal objetivamente aplicável para a resolução da questão. Isso torna a declaração de inconstitucionalidade quase um exercício de subsunção. Assim, por exemplo, quando um Tribunal invalida uma determinada norma estadual por usurpação de competência constitucionalmente atribuída à União, não existe qualquer

4 Para citar duas defesas do *judicial review* de leitura obrigatória, veja-se, no sistema difuso-concreto estadunidense, o voto do Juiz Marshall em *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); no sistema europeu, consultar Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, especialmente p. 237-298.

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

6 Cf. ROSENFELD, Michel. Constitutional Adjudication in Europe and the United States. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 4, p. 637, 2004.

dificuldade em estabelecer o seguinte raciocínio: a Constituição estabelece as competências da União; um determinado Estado da Federação usurpou uma dessas competências ao editar uma determinada norma; logo, fácil concluir que a norma estadual é inconstitucional e deve ser anulada.

A dificuldade contramajoritária surge com força precisamente no momento da aplicação de uma norma constitucional da segunda espécie, cujo conteúdo não pode ser definido objetivamente, ou seja, sem a influência das concepções materiais (subjetivas) do julgador⁷. É aí que se questiona a legitimidade dos juízes para fazer tais escolhas, em face de sua origem não democrática. Ao determinar o conteúdo destas normas, obrigatoriamente estaria sendo feita uma opção política (no sentido de que ela não é determinada pelo direito) por uma das possíveis interpretações que o texto permite⁸. A origem não democrática dos juízes leva ao questionamento de sua legitimidade para resolver questões deste segundo tipo.

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

Entre os anos de 1937 e 1968, entretanto, os papéis se invertem, com a Corte de Warren, claramente progressista, e o Executivo (especialmente nos Estados) conservador. A doutrina constitucional, da mesma maneira, inverteu

7 Fernando Atria, por exemplo, cita os direitos fundamentais como normas deste tipo. O professor chileno afirma que o conteúdo das normas definidoras de direitos fundamentais somente pode ser aplicado a um caso concreto se o julgador complementar aquela norma com sua própria concepção acerca de seu significado. É neste momento que aparece o conteúdo político da jurisdição constitucional. Cf. ATRIA, Fernando. *El Derecho y la Contingencia de lo Político*. Doxa n. 26, 2003. Destaca-se o seguinte trecho: "Si los derechos constitucionales expresan conceptos, entonces, ellos son efectivamente 'normas comunes', pero son normas cuya aplicación no adjudica el conflicto. Para adjudicar el conflicto los conceptos que aparecen en el art. 19 de la constitución deben ser complementados por una concepción de esos derechos. Pero esa concepción no está en la constitución, porque la constitución es (o debe ser) neutral entre las diversas concepciones (precisamente porque es, o debe ser, 'nuestra', común). Por lo tanto, si utilizamos la aplicación judicial de la constitución para dirimir el conflicto político, entonces estamos exigiendo al juez que complemente el contenido del art. 19 con su propia concepción de los derechos fundamentales. Pero entonces el juez deja de ser un tercero imparcial, cuya neutralidad respecto del conflicto de las partes era, recuérdese, la mejor garantía de que su juicio sería correcto" (p. 332, grifos no original. As referências ao art. 19 dizem respeito à Constituição chilena).

8 Cf. ROSENFELD, Michel. *Constitutional Adjudication in Europe and the United States*, op. cit., p. 637. Destaca-se a seguinte passagem: "Both civil law and common law adjudication thus involve a legal as well as a political component – where 'legal' means the application of a preexisting rule or standard and 'political' means choosing one from among many plausible principles or policies for the purposes of settling a constitutional issue". Outro autor que reconhece abertamente o caráter político da Suprema Corte é Richard Posner, juiz da Corte de Apelação do 7º Circuito e professor da Universidade de Chicago. Ver POSNER, Richard. Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 1, nov. 2005.

os papéis, com trabalhos de acadêmicos liberais exaltando a atuação judicial e os conservadores a criticando⁹. Agora a situação se inverte novamente, completando-se o ciclo: a Suprema Corte tem um perfil conservador, e os autores progressistas voltam seus esforços para a crítica à sua atuação¹⁰.

A dificuldade contramajoritária, no entanto, não é a única perspectiva a partir da qual a prática do *judicial review* é criticada. Um outro aspecto, que até pouco tempo não era lembrado pelos estudiosos da prática estadunidense, passou a receber muito mais atenção por parte da doutrina contemporânea: a ideia de supremacia judicial¹¹. A tendência mais recente parece ser a de que esta se torne o principal objeto das críticas à atuação da Suprema Corte, tomando o espaço antes ocupado pela “dificuldade contramajoritária”¹².

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

Neste grupo de autores, pode-se citar o Professor da Universidade de Tulane, Stephen M. Griffin, que, entre os anos de 2000 e de 2003, publicou uma série de três artigos abordando a temática do *judicial review* e sua inserção

9 Uma exceção parece ser Alexander Bickel. O autor de “The Least Dangerous Branch”, embora fizesse uma crítica ao ativismo judicial, ressaltando as “virtudes passivas” da Suprema Corte, o fazia com a intenção de preservar o legado deixado pela Corte de Warren na proteção dos direitos civis. Seu medo era que o ativismo irrestrito comprometesse a sustentabilidade, a longo prazo, daquelas decisões. V., a respeito, BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. 2nd edition. Yale University Press, 1986.

10 Cf., a respeito, FRIEDMAN, Barry. *The Cycles of Constitutional Theory*. *Law and Contemporary Problems*, v. 67, 2004, especialmente p. 157/164. O autor manifesta preocupação com o caráter científico de teorias desenvolvidas para aplicação somente em determinado quadro político, por exemplo, quando há predomínio dos conservadores, defendendo a tese de que as teorias constitucionais deveriam ao menos possuir uma pretensão de cientificidade, que possibilitasse sua aplicação em qualquer situação.

11 V. FRIEDMAN, Barry. *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*. *New York University Law Review*, v. 73, n. 2, maio de 1998, de onde se extrai a seguinte passagem: “In discussing the role of the judiciary vis-à-vis the other branches of government, present-day scholarship tends to focus almost entirely upon two of the factors giving life to counter-majoritarian criticism: democratic values and the lack of public faith in the determinate nature of judicial review. In so doing, that scholarship omits a critical part of the story, perhaps one so ingrained we take it for granted. The omitted element is the idea of judicial supremacy. It is impossible to understand today’s obsession with the counter-majoritarian difficulty without tracing the growth of judicial supremacy” (p. 24). Em tradução livre: “Ao discutir o papel do Judiciário vis-à-vis os outros ramos do governo, estudiosos de hoje tendem a focar quase que exclusivamente em dois dos fatores que dão vida à crítica contramajoritária: valores democráticos e a falta de fé pública na natureza determinada do *judicial review*. Ao fazer isso, esses estudiosos omitem uma parte crítica da história, talvez uma tão arraigada que nós tomemos como certa. O elemento omitido é a ideia de supremacia judicial. É impossível compreender a atual obsessão com a dificuldade contramajoritária sem investigar o desenvolvimento da supremacia judicial”.

12 Cf. GRIFFIN, Stephen M. *Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights*. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 2, jan. 2002, p. 281-313. Disponível para download em: <<http://www.law.upenn.edu/conlaw/thetablecon.html>>. Acesso em: 5 jun. 2004. “It has been apparent for some time that the traditional argument over whether judicial review is counter-majoritarian is played out. Indeed, the most sophisticated works of recent scholarship avoid this old dispute entirely. They ask a different question: what kind of judicial supremacy can be justified in a democracy that respect rights?” (p. 281). Em tradução livre: “Ficou evidente há algum tempo que o argumento sobre o fato de o *judicial review* ser contramajoritário esgotou-se. De fato, os trabalhos acadêmicos recentes mais sofisticados evitam esta velha disputa inteiramente. Eles formulam uma questão diferente: que tipo de supremacia judicial pode ser justificada em uma democracia que respeite direitos?”.

no panorama estadunidense atual¹³. Seu ataque à supremacia judicial começa pela constatação de que esta característica desenvolveu-se apenas no século XX, não fazendo parte da concepção de *judicial review* que vigorava à época de seu aparecimento, com *Marbury v. Madison*¹⁴. Sua afirmação pela Suprema Corte deu-se em 1958, no julgamento do caso *Cooper v. Aaron*, no qual se estabeleceu que “o Judiciário Federal é supremo na exposição do direito constitucional”¹⁵.

O ponto central desenvolvido pelo autor no ataque à supremacia judicial é o de que o movimento pelos direitos civis criou nos Estados Unidos o que ele chama “democracia de direitos” (*democracy of rights*). Nesta espécie de democracia, os poderes políticos, atentos às reivindicações da sociedade no sentido da proteção aos direitos individuais, encampam o discurso da proteção a tais direitos¹⁶. Como salienta Griffin, “na democracia americana contemporânea, todos os ramos de governo estão preocupados de maneira consistente com os direitos, e, genericamente falando, atuam para criar, promover e aplicar direitos constitucionais importantes”¹⁷. O reflexo deste fator na atuação do Judiciário é claro, sendo exposto pelo autor da seguinte maneira:

*A democracy of rights is thus a recent and valuable achievement. Historicizing the concept of democracy has significant implications for the traditional argument about the legitimacy of judicial review. From the perspective of those who support judicial review, it has always been important to point out the historic role the Supreme Court has played in protecting the rights of Americans against the excesses of majoritarian democracy. Of course, careful students of judicial enforcement of the Bill of Rights know that Court decisions protecting these rights are largely a phenomenon of the twentieth century. Still, there is no doubt that Court decisions protecting valuable constitutional rights antedate the civil rights movement. But this reality does not show that the Court has been protecting us against democracy. It shows rather that the Court was able to protect some rights in an era in which the United States had yet to achieve the status of a democracy of rights.*¹⁸

À medida que os poderes políticos, democraticamente eleitos, também passam a atuar na proteção dos direitos, o Poder Judiciário perde o seu principal diferencial em relação aos outros dois, que era justamente a maior sensibilidade

13 Os textos, todos de autoria de GRIFFIN, Stephen M., são: Review essay: has the hour of democracy come round at last? The new critique of judicial review. *Constitutional Commentary*, v. 17, n. 3, inverno de 2000, p. 683-701 (book review); Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights, op. cit., e The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights, *Tulane Law School Working Paper* n. 2003-01. Disponível para download em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=441240>. Acesso em: 1 out. 2009.

14 Cf. GRIFFIN, Stephen M. The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights. Op. cit.

15 358 US 1 (1958), tradução livre. No original: *the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution*”.

16 Ibidem, p. 284 e ss.

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

18 Ibidem, p. 292.

às demandas das minorias oprimidas pelo processo deliberativo democrático¹⁹. Isso ocorre não só porque os poderes políticos encampam o discurso de proteção aos direitos, mas também porque os seus titulares (especialmente do Executivo), percebendo a força do Judiciário na configuração dos direitos individuais e, consequentemente, na política eleitoral, começam a trabalhar para que os seus ocupantes ajam da mesma maneira que eles o fariam.

Tem início, assim, o processo de politização das indicações para juízes federais (especialmente para a Suprema Corte), que atinge o seu ápice na era Reagan, quando foram montadas verdadeiras forças-tarefa para investigar as posições ideológicas de possíveis candidatos a cargos na Magistratura Federal. O Judiciário, assim, passa a refletir as concepções dominantes na arena política, deixando de ser um poder independente contraposto aos demais²⁰.

Griffin, no entanto, não chega a defender a extinção do *judicial review*. Reconhecendo que o controle exercido pelo Judiciário teve um papel importante enquanto os Estados Unidos não se tornaram o que ele classifica como “democracia de direitos”, o que o autor propõe é a adequação a esta nova configuração democrática, na qual os direitos fundamentais ocupam o centro do debate e a qualidade deliberativa do sistema é bastante elevada. Desta forma, é preciso reconhecer que o Poder Legislativo possui aberturas mais adequadas às manifestações populares do que o Judiciário, o que coloca em cheque a supremacia judicial, mas sem implicar a extinção do controle²¹. Nas palavras do autor:

*[...] judicial review has to be available for cases that are truly matters of adjudication in that they concern only the litigants. Further, it is consistent with the idea of a democracy of rights that judicial review be available for those now somewhat rare cases where it can be shown that the avenues of political change are closed.*²²

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

John Hart Ely, autor da principal obra crítica do *judicial review* no século XX, afirma que os Tribunais só deverão intervir na legislação democraticamente

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

20 Cf. GRIFFIN, Stephen M. *The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights*. Op. cit., p. 32/43.

21 Para uma análise dos artigos de Stephen Griffin aqui citados, conferir BERMAN, José Guilherme. Stephen Griffin e a nova crítica democrática ao *judicial review*. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 27, jul./dez. 2005.

22 GRIFFIN, Stephen M. *The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights*. Op. cit., p. 74.

aprovada quando a própria integridade do processo de deliberação tenha sido violada, mas jamais para realizar escolhas substantivas²³. Assim, a intervenção do Judiciário no processo político não é sempre ilegítima, mas deve limitar-se aos casos em que os caminhos da democracia encontrem-se obstruídos ou quando seja necessário proteger determinados direitos de minorias contra as maiorias ocasionais²⁴.

Habermas aproveita-se da teoria procedimentalista de Ely para defender a legitimidade dentro de um paradigma republicano (não liberal) da democracia. Afirma o jusfilósofo alemão que “o Tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo de normatização jurídica se realize sob condições da *política deliberativa*, que fundam legitimidade”²⁵. Mais adiante, conclui que

quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente.²⁶

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

Ainda assim, Nino reconhece três situações em que seria legítimo o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis: (i) quando as regras do procedimento democrático não são cumpridas; (ii) quando estiver em jogo a autonomia pessoal (já que nestes casos a decisão isolada de um indivíduo sobre sua própria autonomia tem um valor epistêmico maior do que a decisão da coletividade); e (iii) quando se busca preservar uma prática social ou convenção dentro da qual a decisão opera, a fim de fazer prevalecer a constituição histórica²⁷.

Griffin, Ely, Habermas e Nino têm em comum o fato de que, embora questionem a legitimidade do *judicial review*, terminam por aceitar a sua existência, ainda que apenas em situações específicas, como em razão da

23 ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard University Press, 1980.

24 Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 240-246.

25 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2003. p. 340.

26 Ibid., p. 346-347.

27 NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa Editorial, 1997, cap. 7.

necessidade de se proteger direitos individuais (Griffin), os mecanismos democráticos (Ely e Nino), ou para proteger ambos, embora com moderação (Habermas).

Mais radical neste ponto é Mark Tushnet. Em sua principal obra de crítica ao *judicial review*²⁸, o professor da Universidade de Harvard, ligado ao *Critical Legal Studies*, apresenta uma forte objeção ao sistema praticado nos Estados Unidos. Seu principal questionamento também se refere justamente à ideia de supremacia judicial. Defendendo uma posição populista²⁹, o que ele tenta fazer é imaginar um mundo no qual a tarefa de emitir opiniões constitucionais seja mais amplamente distribuída do que atualmente. O monopólio da Suprema Corte acerca do que seja o direito constitucional faz com que as opiniões emitidas fora dela não tenham qualquer validade, a não ser que a própria Corte as adote.

Para demonstrar seu ponto de vista, Tushnet introduz uma distinção entre o que ele chama de “constituição grossa” (*thick constitution*) e “constituição delgada” (*thin constitution*). Aquela seria composta por provisões detalhadas acerca da organização do governo que, apesar de importantes, são indiferentes ao público, e, conseqüentemente, não costumam gerar controvérsias populares³⁰. Esta, por sua vez, é composta pelas garantias fundamentais de igualdade, liberdade de expressão e liberdade, conteúdo este que está previsto especialmente na Declaração de Independência e no Preâmbulo da Constituição.

A questão enfrentada por Tushnet é a de como esta Constituição é interpretada fora dos Tribunais Federais, em especial, em comparação com a habilidade do Congresso Nacional em realizar tal interpretação. E sua conclusão é que, embora os parlamentares não raciocinem da mesma maneira que os juízes, eles também atuam na direção de promover o significado dos valores constitucionais, ainda que sem o estilo formal característico do mundo jurídico³¹.

Tushnet critica, ainda, o medo que os liberais têm de deixar o povo decidir questões controversas, preferindo tentar fazer a Suprema Corte decidi-las a buscar o apoio popular por meio da aprovação de leis ou de emendas constitucionais³². O desenvolvimento de tal teoria passa ainda pela análise política da forma como os liberais têm defendido o papel da Suprema Corte na

28 TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Op. cit. (nota de rodapé nº 3).

29 O termo empregado é *populist constitutional law* e a definição fornecida pelo próprio autor é a seguinte: “Ela [a teoria] é *populista* porque distribui a responsabilidade pelo direito constitucional amplamente. Em uma teoria populista de direito constitucional, a interpretação constitucional feita pelas Cortes não tem peso normativo algum decorrente do fato de ser feita por Cortes”. Tradução livre. No original: “*It is populist because it distributes responsibility for constitutional law broadly. In a Populist theory of constitutional law, constitutional interpretation done by the courts has no special normative weight deriving from the fact that it is done by the courts*”.

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

31 Idem, cap. 3.

32 Idem, p. 177-181.

proteção aos direitos fundamentais. Esta defesa feita pelos liberais os fez perder seu caminho, na medida em que a Corte deixou de proteger tais direitos (por exemplo, a liberdade de religião e as políticas de ação afirmativa em favor dos afro-americanos) para fazer prevalecer os interesses dos grupos majoritários. E mesmo quando as posições liberais prevalecem na Suprema Corte, o que ocorre em temas como o aborto e o direito de liberdade de expressão no universo cibernético, essas decisões teriam um efeito negativo, consistente na reação dos conservadores que as contra-atacam apoiando legislações que restrinjam tais direitos, buscando superá-las ou pelo menos reduzir o seu impacto³³. Além disso, e mais importante, eles tentam influenciar o processo de indicação de juízes, garantindo, no futuro, apoio judicial às suas posições³⁴.

Trabalhos posteriores do mesmo autor deixam claro que o tema não se esgotou com *Taking the Constitution Away from the Courts*. Em artigo publicado em 2005, ele chega a radicalizar seu argumento, defendendo a edição de uma emenda constitucional abolindo o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário estadunidense³⁵. Desta maneira, os democratas deveriam se preocupar em ganhar apoio popular – e, conseqüentemente, o Legislativo – para suas propostas, e não confiar na Suprema Corte para fazê-las prevalecer. Acabar-se-ia, assim, com posições oportunistas, que defendem o ativismo judicial sempre que este seja favorável às suas posições ideológicas, repudiando-o nos demais casos³⁶. Mais adiante, Tushnet, acompanhado de outros autores, começa a desenvolver um estudo sobre o modelo que parece capaz de apresentar uma resposta satisfatória para a polêmica em torno do *judicial review*: os sistemas de controle “fraco” de constitucionalidade desenvolvidos em alguns países, que passamos a analisar em seguida³⁷.

2 O CONTROLE BRANDO DE CONSTITUCIONALIDADE (*WEAK-FORM JUDICIAL REVIEW*)

Até o final do século XX, qualquer crítica ao *judicial review* tinha de conviver com uma constatação empírica difícil de ser refutada: cada vez mais países passaram a adotar alguma forma de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos. Mas foi justamente a partir de sua implementação em alguns países tradicionalmente ligados à “supremacia parlamentar” que a doutrina ganhou um novo suporte para embasar suas

33 Sobre a incapacidade de o Judiciário provocar grandes transformações sociais, ver a magnífica obra de ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2nd ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

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

35 TUSHNET, Mark. Democracy v. Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution? *Dissent Magazine*, v. 51, nº 2, primavera de 2005. Disponível para download em: <<http://dissentmagazine.org/menutest/archives/2005/sp05/tushnet.htm>>. Acesso em: 20 set. 2005.

36 Ibidem, p. 5. Conferir, ainda, as respostas de dois importantes autores e a réplica de Tushnet em TRIBE, Lawrence H.; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. On Judicial Review. *Dissent Magazine*, v. 51, n. 3, verão de 2005, p. 81/86.

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

objeções. A causa desta nova perspectiva é a forma como esses países decidiram implementar, tardiamente, o *judicial review* em seus sistemas: reconhece-se o papel do Judiciário de verificar a compatibilidade das leis com o Texto Constitucional, mas sem que se reconheça a primazia da opinião do Judiciário sobre a dos demais Poderes (especialmente o Legislativo).

No Canadá, o legislador parece ter se preocupado especialmente com a criação de mecanismos para tentar contornar as críticas à supremacia judicial. Há, por exemplo, permissão para que a Suprema Corte responda a consultas formuladas pelo Poder Executivo, viabilizando-se um pronunciamento prévio e não vinculante acerca de matérias que possam provocar alguma controvérsia constitucional³⁸.

Foi o que aconteceu, por exemplo, quando se discutiu a aprovação de uma lei federal que tornasse possível a união entre pessoas do mesmo sexo. A matéria foi objeto de intensa polêmica, na medida em que cada província era competente por estabelecer as normas referentes a matrimônio, sendo que a Columbia Britânica, Ontário e Quebec, as mais populosas do país, decidiram permitir a união homoafetiva, enquanto as demais permaneciam vedando tal prática. O Governo Federal, em vez de aguardar um pronunciamento da Suprema Corte acerca da constitucionalidade ou não de tais leis, optou por submeter àquele órgão jurisdicional uma consulta, indagando se uma norma federal que tornasse legal a união entre pessoas do mesmo sexo em todo o território canadense seria constitucional. Em uma decisão unânime, afirmou-se a constitucionalidade de tal medida, o que abriu as portas para a aprovação do *Civil Marriage Act*, em 20 de julho de 2005³⁹. Note-se que a possibilidade de formular consultas à Suprema Corte implica um maior diálogo entre os Poderes, mas não a supremacia de um sobre o outro, na medida em que o parecer do Judiciário não é vinculante.

Outro mecanismo que parece amenizar a supremacia jurisdicional que o controle de constitucionalidade das normas acarreta é a “cláusula não obstante”, prevista no art. 33 da Carta de Direitos e Liberdades canadense de 1982 (*Constitution Act, 1982*)⁴⁰. Após elencar os direitos e liberdades fundamentais a serem observados em todo território canadense, o constituinte estabeleceu

38 Para uma visão panorâmica sobre o controle de constitucionalidade canadense, v. BERMAN, José Guilherme. O controle concreto de constitucionalidade na Europa e na América do Norte: um estudo comparado. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 30, 2007.

39 HOGG, Peter W. Canada: The Constitution and Same Sex Marriage. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 3, 2006.

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

que, não obstante a vinculação dos Parlamentos e do governo central, bem como de todas as províncias, o Poder Legislativo de uma província pode deixar de observar alguns dos direitos e liberdades assegurados naquele documento. Há, contudo, uma limitação temporal de 5 (cinco) anos (ou um prazo inferior estabelecido pelo legislativo) para a vigência de tal cláusula, podendo haver prorrogação deste prazo, e alguns temas não podem ser objeto desta objeção parlamentar, tais como: direitos democráticos, direito de livre locomoção, direitos de linguagem e igualdade sexual. Porém, importantes matérias, tais como as liberdades de consciência, religião, expressão ou associação, podem ser suprimidas ou limitadas por meio da cláusula não obstante.

O instituto foi imaginado pelos constituintes canadenses como algo que teria um alto custo político se utilizado, o que deveria levar a uma aplicação moderada. A Província de Manitoba, por exemplo, declarou que jamais faria uso do mesmo⁴¹. De fato, o instituto foi utilizado poucas vezes, e, após sua aplicação em uma polêmica atitude do governo de Québec, passou a ter sua legitimidade bastante questionada pela doutrina⁴².

Outro país apontado como exemplo de adoção do sistema fraco de controle jurisdicional de constitucionalidade é o Reino Unido, que até o final do século XX era um dos últimos Estados em que a supremacia legislativa impediu a adoção de mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade das leis⁴³. O panorama começa a ser alterado a partir de 1998, quando foi aprovado o “*United Kingdom Human Rights Act*” (doravante HRA).

O HRA significou a adoção de uma declaração de direitos humanos colocada sob a forma de direito positivo no Reino Unido, o que até então não existia. O objetivo do HRA foi o de incorporar a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (HCHR) ao direito britânico⁴⁴. Os dois principais métodos que o HRA adota para tornar efetivos os direitos humanos previstos na ECHR dentro do Reino Unido são uma obrigação interpretativa (*interpretive obligation*) e as declarações de incompatibilidade (*declarations of incompatibility*).

A obrigação interpretativa, que se aplica a todas as normas jurídicas, está prevista na Seção 3 do HRA, que estabelece: “*So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given*

41 Cf. FIELD, Martha. The differing federalisms of Canada and the United States. JACKSON, Vicki; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. Nova York: Foundation Press, 1999, p. 793-803.

42 Em dezembro de 1988, a Província de Québec decidiu aplicar a cláusula não obstante a uma lei (Lei nº 178) que obrigava todas as propagandas publicitárias externas a serem redigidas apenas na língua francesa. Cf. CHOUDHRY, Sujit. Resenha do livro de MANFREDI, Christopher P. *Judicial Power and the Charter: Canada and the paradox of liberal constitutionalism*. 2. ed. Toronto: Oxford University Press, 2001, in *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 2, 2003, p. 379-403.

43 Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 57-61, onde o autor italiano destaca que, influenciada pelo Sir Edward Coke, a Grã Bretanha, durante algumas décadas, reconheceu a supremacia judicial; no entanto, mais recentemente, terminou prevalecendo a supremacia parlamentar e a consequente rejeição do controle jurisdicional de constitucionalidade das normas.

44 Como destacado no preâmbulo do HRA, trata-se de “an Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights”.

effect in a way which is compatible with the Convention rights". Assim, muito embora os Tribunais tenham o dever de interpretar a legislação britânica de maneira que a compatibilize com os direitos humanos assegurados, há limites a esta tarefa, como deixa claro a expressão "na medida do possível". De acordo com McGoldrick, cria-se uma presunção relativa em favor de uma interpretação consistente com os direitos da ECHR, mas sem que isso permita aos juízes realizar interpretações impossíveis. Os limites colocados aos aplicadores revelam uma grande preocupação com a possibilidade de invasão da competência do legislador, o que não deve ocorrer. Assim, nos casos em que não exista uma interpretação que possa compatibilizar a norma britânica com a ECHR, a Seção 3 não poderá ser utilizada⁴⁵.

A obrigação interpretativa, portanto, não atribui às Cortes britânicas o poder de invalidar a legislação incompatível com o HRA, logo, não há que se falar em implantação do *judicial review of legislation*⁴⁶, ao menos com base na Seção 3 daquele estatuto legal. Caso uma norma não possa ser interpretada de maneira compatível com o que determina a EHRC, isto não prejudicará a sua aplicabilidade no direito interno. No entanto, existe uma outra alternativa prevista no HRA, esta sim mais assemelhada com o *judicial review*: a declaração de incompatibilidade, prevista na Seção 4 do HRA, que dispõe que, não sendo possível compatibilizar a norma interna com o direito assegurado pela ECHR, pode ser editada, por alguns Tribunais (os de maior hierarquia no Direito britânico⁴⁷), uma declaração de incompatibilidade.

A declaração de incompatibilidade é um ato discricionário das Cortes especificadas, e não possui efeitos obrigatórios em relação ao Legislativo. A declaração de incompatibilidade não tem o poder de invalidar a legislação incompatível com a ECHR⁴⁸ e não é vinculante sequer para as partes envolvidas no litígio no qual ela foi proferida⁴⁹. Seu efeito prático é de viabilizar um "atalho" para que o Parlamento possa alterar o texto declarado incompatível. Permite-se que o Poder Legislativo, de maneira mais célere do que a prevista para o processo legislativo ordinário, modifique o texto aprovado.

45 McGOLDRICK, Dominic. The United Kingdom Humans Rights Act 1998 in Theory and Practice. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 50, p. 915-916, out. 2001.

46 Cumpre destacar que, em geral, ao adotar o controle de constitucionalidade, o que se permite às Cortes é exercer um exame de compatibilidade entre o direito infraconstitucional e o direito constitucional, em decorrência do princípio da supremacia da constituição. No caso britânico, o controle jurisdicional não seria propriamente de constitucionalidade, já que o que se examina é a compatibilidade das normas ordinárias com o Human Rights Act (e, indiretamente, com a Convenção Europeia de Direitos Humanos), sendo certo que tal documento possui, assim, alguma superioridade em relação aos demais atos normativos, sem que se caracterize como norma constitucional. Mas o parâmetro de aferição de compatibilidade é distinto do que comumente ocorre.

47 Os Tribunais autorizados a editar a declaração de incompatibilidade são os de mais alta hierarquia na Grã Bretanha, e estão previstos na s. 4 (5) do HRA: "In this section 'court' means (a) the House of Lords; (b) the Judicial Committee of the Privy Council; (c) the Courts-Martial Appeal Court; (d) in Scotland, the High Court of Justiciary sitting otherwise than as a trial court or the Court of Session; (e) in England and Wales or Northern Ireland, the High Court or the Court of Appeal".

48 HRA, s. 4 (6)(a).

49 HRA, s. 4 (6)(b).

Muito embora a declaração de incompatibilidade pressione o governo social, política e juridicamente a alterar a legislação, não existe uma obrigação neste sentido, pelo menos do ponto de vista do direito interno. Já no plano internacional, a parte prejudicada poderá recorrer à Corte Europeia de Direitos Humanos, situada em Estrasburgo, a fim de fazer valer o direito violado. E, neste caso, haverá obrigatoriedade de se alterar a norma impugnada⁵⁰.

Desta forma, muito embora a proposta de se criar um Tribunal Constitucional ou uma Suprema Corte, nos moldes dos existentes na Alemanha e nos Estados Unidos, tenha sido expressamente rejeitada, não parece exagerado afirmar que o Reino Unido adotou alguma forma de *judicial review*, ao reconhecer aos juízes (ainda que parte deles) um papel central na fiscalização de compatibilidade entre as leis ordinárias e os direitos humanos assegurados no HRA e na ECHR⁵¹. Pode-se afirmar, assim, que a Grã Bretanha, a exemplo do Canadá, adotou uma forma fraca de controle de constitucionalidade (*weak-form judicial review*).

Um terceiro país que pode ser citado como exemplo de controle fraco de constitucionalidade é a Nova Zelândia. No arquipélago colonizado pelos britânicos, uma declaração de direitos (*New Zealand Bill of Rights Act* – NZBORA) foi aprovada em 1990, mas ela sequer é dotada de supremacia em relação aos demais estatutos legais, o que impossibilita a invalidação de normas que contrariem um daqueles direitos fundamentais nela contidos (e a Seção 4 do NZBORA expressamente o afirma)⁵².

O mecanismo que permite falar em “*weak-form judicial review*” na Nova Zelândia está contido na Seção 6 do NZBORA⁵³, e equivale à obrigação interpretativa contida no HRA britânico⁵⁴. Dispõe o referido dispositivo: “*Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning*”.

O último exemplo utilizado para demonstrar a adoção de métodos mais brandos de controle de constitucionalidade é o israelense. O Estado judeu não

50 Cf. McGOLDRICK, op. cit., p. 923 e ss.

51 Idem, p. 924.

52 NZHRA, s. 4: *No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights),*

(a) *Hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or*

(b) *Decline to apply any provision of this enactment by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.*

53 NZHRA, s. 6: *Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning.*

54 Sobre o modelo neozelandês, conferir GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. American Journal of Comparative Law*, v. 49, p. 727-732, n. 4, 2001; TUSHNET, Mark. *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – and Democracy – Based Worries. Wake Forest Law Review*, v. 38, 2003, p. 819.

possui uma constituição escrita, já que desde a sua criação, em 1948, não se alcançou um consenso acerca dos direitos que deveriam ser protegidos por tal documento. Com efeito, o Parlamento (Knesset) cuidou de aprovar diversos atos divididos por matéria, com *status* de normas constitucionais, e que um dia deveriam ser reunidos em um só texto. A partir de 1950, por mais de quarenta anos o Knesset cuidou apenas de aspectos organizacionais e de divisão dos Poderes. Somente com a edição de dois atos sobre direitos civis no ano de 1992⁵⁵ é que os direitos fundamentais (mesmo assim em um número reduzido, que exclui direitos como liberdade de expressão e igualdade)⁵⁶ conquistaram uma posição de supremacia no Direito israelense.

A partir da aprovação das duas declarações de direitos israelenses, a Suprema Corte passou a exercer um papel muito mais ativo do que o usual, despertando críticas dirigidas, especialmente, pelos poderes políticos, que consideravam este comportamento uma usurpação de suas competências. Em um caso específico, no qual a Suprema Corte, com base no livre exercício profissional, derrubou uma proibição de importação de carne não *kosher* feita pelo governo, o Knesset reagiu aprovando, em 1994, uma modificação em uma das declarações de direitos (*Basic Law: freedom of occupation*, art. 8). Com a alteração procedida, passou-se a permitir que o Knesset aprove uma norma contrária àquela norma fundamental (que trata especificamente da liberdade profissional), desde que haja manifestação por maioria absoluta de seus membros⁵⁷.

A inspiração foi a cláusula não obstante contida na Constituição canadense, e, como ocorre no país norte-americano, o Parlamento israelense faz um uso bastante moderado deste dispositivo, havendo registro de apenas uma lei colocada fora do alcance do controle da Suprema Corte – não por acaso, justamente a lei que proibiu a importação de carne não *kosher*, (re)editada logo após a aprovação de tal alteração⁵⁸.

Em síntese, é possível afirmar que, analisando o controle fraco de constitucionalidade adotado no Canadá, no Reino Unido, em Israel e na Nova Zelândia, existem duas maneiras principais de permitir que os juízes tenham

55 Os atos aprovados são: *Basic Law: Human Dignity and Liberty*, 1992 e *Basic Law: Freedom of Occupation*, 1992.

56 A falta de previsão expressa de tais direitos não impediu que a Suprema Corte israelense, em uma série de julgamentos afirmasse, ainda que como *obiter dicta*, a sua proteção através da previsão do direito à dignidade humana. Cf., a respeito, SOMMER, Hillel. *Democracy vs. Rule of Law: Does the Court Really Control the Elected Legislature? Judicial Review in Comparative German-Israeli Perspective*, 2004. Disponível para download em: <<http://ssrn.com/abstract=701902>>. Acesso em: 5 jan. 2008.

57 “S. 8. A provision of a law that violates freedom of occupation shall be of effect, even though not in accordance with section 4, if it has been included in a law passed by a majority of the members of the Knesset, which expressly states that it shall be of effect, notwithstanding the provisions of this Basic Law; such law shall expire four years from its commencement unless a shorter duration has been stated therein.”

58 Cf. GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, cit., nota de rodapé nº 115.

uma participação ativa em matéria de interpretação constitucional (notadamente na área dos direitos fundamentais), sem que lhes seja conferida a prerrogativa de dar a última palavra em tais casos.

A primeira solução é determinar que as leis ordinárias sejam interpretadas em conformidade com os direitos fundamentais, e esta forma será estabelecida justamente pelo Judiciário. Neste caso, a incompatibilidade entre ambos os dispositivos não gera a possibilidade de declaração de invalidade da lei ordinária, de maneira que a última palavra permanece com o legislador. Esta obrigação está contida nos sistemas neozelandês, britânico e israelense.

A segunda solução consiste em permitir que o Judiciário declare a invalidade de uma norma que contrarie um dispositivo constitucional, ao mesmo tempo em que se dá ao legislador algum mecanismo para superar esta decisão judicial. Este tipo de dispositivo é conhecido como *overriding* ou *notwithstanding*, e é encontrado no Canadá e em Israel.

A Grã-Bretanha permite ainda a edição, por determinados Tribunais, de uma declaração de incompatibilidade, embora desprovida de força vinculante em relação ao legislador, e, portanto, não prejudicial à aplicabilidade da lei declarada incompatível com o HRA.

O que todos estes sistemas têm em comum é que a última palavra em matéria de interpretação constitucional não é dada pelos juízes, de maneira que se busca evitar o que se convencionou chamar “supremacia judicial”. Ao descrever as características do controle fraco de constitucionalidade, Mark Tushnet aponta justamente para a possibilidade de o Legislativo fazer prevalecer o seu ponto de vista sobre aquele afirmado pelo Judiciário em um espaço relativamente curto de tempo⁵⁹.

O modelo fraco de controle jurisdicional de constitucionalidade oferece, assim, uma alternativa concreta para sistemas que se preocupam efetivamente em alcançar um equilíbrio entre os papéis das legislaturas e das Cortes na implementação de um Estado Democrático de Direito, buscando fugir dos riscos de uma supremacia judicial ou de uma absoluta soberania parlamentar. Além da observação empírica de que os quatro países citados o decidiram adotar, no final do século XX, é crescente o interesse da doutrina estrangeira sobre este fenômeno, como demonstram alguns trabalhos recentes.

Uma análise positiva da experiência canadense é apresentada por Peter Hogg e Allison Bushell, para quem o sistema brando de fiscalização de constitucionalidade ali adotado permite um maior diálogo entre as Cortes e as legislaturas, já que nem sempre estas deverão observar obrigatoriamente o que

59 TUSHNET, Mark. Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism. *Law and Philosophy*, n. 22, p. 369, 2003: “Two things distinguish weak – from strong-form judicial review. First, the legislature has the power to repudiate the court’s specification. Second, the interactive process of specification and revision can occur over a relatively short period”.

aquelas determinam⁶⁰. A mesma análise é feita por Kent Roach⁶¹, que ressalta não apenas a existência da cláusula não obstante, mas também outros mecanismos, como a possibilidade de submissão de consultas abstratas à Suprema Corte, que dão ao Canadá mais espaço para diálogo entre as Cortes e os legisladores do que existe nos Estados Unidos, configurando-se uma alternativa a modelos extremos de supremacia legislativa ou judicial norte-americano⁶².

Entre autores estadunidenses, pode-se destacar Michael J. Perry, que defende a alternativa canadense ao afirmar que

*A system of judicial penultimacy represents an effort to have the best of two worlds: an opportunity for a deliberative judicial consideration of a difficult and perhaps divisive human rights and an opportunity for electorally accountable officials to respond, in the course of ordinary politics, in an effective way.*⁶³ (grifo no original)

A mesma expressão (*the best of both worlds*) é utilizada por Jeremy Waldron, neozelandês radicado nos Estados Unidos, ao comentar o sistema adotado na Grã-Bretanha, ao responder ao já citado artigo escrito por Mark Tushnet, em que havia sugerido a aprovação de uma emenda constitucional que extinguisse o *judicial review*. Waldron, conhecido por sua posição crítica à defesa dos direitos por parte dos juízes⁶⁴, reconhece que sua primeira reação à proposta de Tushnet foi de aplaudi-la. Em seguida, no entanto, afirma que sua segunda reação foi defensiva, já imaginando a resposta que os defensores da prática executada pela Suprema Corte iriam oferecer. O principal argumento em defesa do *judicial review* imaginado por ele consiste no dever de fundamentação que as Cortes possuem ao defender seus pontos de vista, o que não é imposto aos parlamentares. Desta maneira, o discurso jurídico seria o mais adequado ao enquadramento de questões sobre direitos.

Mas Waldron não vê a realidade desta maneira, ressaltando que o Poder Legislativo possui, sim, o dever de fundamentar suas propostas, e que elas são posteriormente discutidas, por ocasião das eleições. O exemplo do

60 HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997.

61 ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 2, apr. 2006.

62 Em sentido contrário, argumentando que existem limites institucionais ao diálogo entre os poderes que impossibilitam a legitimação do controle de constitucionalidade, e que o diálogo a que aludem alguns autores é meramente retórico, v. TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, 2005. Destaca-se: "It may be the case that, in the long run, the legislatures or the electors impose their constitutional conceptions on the legal order as understood and enforced by the courts. But such an eventually is not necessary, since the legal state of affairs in the here and now depends, ultimately, on authoritative judicial judgments, and the question whether a 'conversation' has happened or not would be simply an empirical question of fact" (p. 648).

63 PERRY, Michael J. Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts? Wake Forest University School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper nº 03-02, fev. 2003. Disponível para download em: <http://ssrn.com/abstract_id=380283>. Acesso em: 15 maio 2005, p. 65.

64 Cf. WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, 1993; e, mais recentemente, The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

Reino Unido é usado por ele, ao apontar conquistas como a legalização do aborto, da prostituição e da homossexualidade, bem como a abolição da pena de morte naquele país, obtidas sempre através da legislação, sem a interferência do Judiciário. Em tais casos, ainda é de se destacar que os derrotados em tais debates sempre tiveram amplo espaço público para defender seus pontos de vista, o que dificilmente ocorre quando se está diante de um procedimento jurisdicional⁶⁵.

Ainda que não concorde com tal defesa do *judicial review*, Waldron, em sua terceira reação, busca debater os detalhes da proposta radical de Tushnet. E como antecipado, mais uma vez é utilizado o exemplo britânico, desta vez como uma espécie do controle “fraco” de constitucionalidade, que, sob o seu ponto de vista, possuiria a vantagem de deixar a decisão definitiva aos representantes do povo, permitindo ao Judiciário que chame a atenção da comunidade aos problemas trazidos pela legislação sob análise⁶⁶.

Os maiores esforços por analisar o controle brando de constitucionalidade parecem ter sido empreendidos por Mark Tushnet, professor já citado anteriormente e que recentemente deixou a Universidade de Georgetown para ingressar no corpo docente da Universidade de Harvard. Nos últimos anos, diversos artigos foram publicados por ele, resultando na recente edição de um livro dedicado ao tema⁶⁷.

Muito embora o próprio Tushnet inicialmente demonstre dúvidas quanto à viabilidade em longo prazo de um sistema fraco de controle de constitucionalidade (que, segundo ele, tenderia a se degenerar em um modelo de supremacia parlamentar ou em um controle forte, caracterizando-se a supremacia judicial)⁶⁸, ele encontra nos direitos sociais e econômicos um campo fértil para sua aplicação. Questionando a tradicional doutrina estadunidense, que não admite a intervenção do Judiciário no campo dos direitos positivos, Tushnet afirma que a utilização de um controle fraco de constitucionalidade⁶⁹ pode fazer com que tal intervenção permita avanços neste campo, sem os riscos de invasão do campo da política que o controle forte acarreta.

65 Ibid., p. 84.

66 Ibid., p. 85.

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

68 TUSHNET, Mark. New forms of judicial review and the persistence of rights- and democracy-based worries. *Wake Forest Law Review*, v. 38, p. 814, 2003. Destaca-se: “[...] *weak-form judicial review may degenerate into a return to parliamentary supremacy or escalate into strong-form judicial review, and that there is some evidence that it will do one or the other, and sometimes both. The promise that weak-form review may in practice substantially reduce democracy-based concerns about judicial review, that is, may not be fulfilled*”.

69 Importante ressaltar que a adoção de controle fraco neste campo, segundo Tushnet, não se limita à adoção de uma forma institucionalizada de controle, como ocorre no Canadá ou na Inglaterra, sendo possível a sua proteção por meio de uma espécie de autocontenção judicial, como ocorre na África do Sul. Sobre o tema, v. TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., cap. 8. Cf., ainda, DIXON, Rosalind. “Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, 2007.

Após identificar os dois principais argumentos contrários ao controle jurisdicional de direitos socioeconômicos (a incapacidade de determinar o conteúdo de direitos socioeconômicos gerais a partir de casos particulares e a invasão do espaço democrático por conta dos custos de tais decisões, que serão suportados pelo governo), Tushnet destaca que o Judiciário pode desenvolver um bom papel se identificar e aplicar em caráter provisório as normas que assegurem direitos socioeconômicos, mas deve permitir que as legislaturas, em seguida, ofereçam a sua própria interpretação, e esta será definitiva⁷⁰.

Os argumentos favoráveis à prática de um controle moderado de constitucionalidade são resumidos com precisão pelo australiano Jeffrey Goldsworthy na seguinte passagem:

The creation of these hybrid models is thought by many constitutional theorists to be a very important development. This is because both the traditional models, of parliamentary sovereignty and of judicial review, are subject to well known objections: the former, for endangering individual rights, and the latter, for undermining democracy. Parliamentary sovereignty had always had domestic critics, who have advocated adoption of the rival model of judicial review. But the grass may not be greener on the other side: an increasing number of Americans now question their own model, and advocate a greater role for legislative supremacy. The apparent need to choose between the traditional models required a judgment as to which of their alleged dangers – to individual rights, or to democracy – was more to be feared. But the hybrid models now offer the possibility of a compromise that combines the best features of both the traditional models, by conferring on courts constitutional responsibility to review the consistency of legislation with protected rights, while preserving the authority of legislatures to have the last word.⁷¹

Diante de uma alternativa atraente como a que apresenta o controle fraco de constitucionalidade, parece necessário refletir sobre a conveniência de se defender sua adoção no Brasil, onde a discussão sobre o papel adequado do Judiciário começa a ganhar corpo entre os pesquisadores.

3 SUPREMACIA JUDICIAL NO BRASIL

Não se pode afirmar que a legitimidade do controle de constitucionalidade seja um tema estranho à doutrina jurídica brasileira. No entanto, parece que apenas recentemente as críticas democráticas ao controle de constitucionalidade, realizado em nosso País, por inspiração no direito estadunidense, por todos os juízes e, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal, começaram a ganhar algum espaço no meio acadêmico⁷².

70 TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*, cit., p. xi. Destaca-se: “The creation of weak-form review undermines these arguments by providing an institutional mechanism for the provisional identification and enforcement of social and economic rights. Weak-form systems allow legislatures to respond to judicial decisions by saying that the courts misspecified the content of constitutional social or economic rights, or insisted on excessively expensive models of realizing such rights”.

71 GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Homogenizing Constitutions*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 3, p. 484, 2003.

72 Entre os trabalhos que abordam a temática da legitimidade do controle de constitucionalidade, destacam-se: MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004; BINENBOJM,

Em que pese a preocupação de nossos autores em legitimar o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, são raros os trabalhos que questionam de maneira séria a possibilidade de exercício ou a primazia de tal controle. As propostas, em geral, sugerem determinados comportamentos ligados à forma como o controle é exercido, como demonstram alguns dos trabalhos recentes sobre o tema.

O Juiz Federal Sergio Fernando Moro, por exemplo, sugere que o controle de constitucionalidade pode e deve ser exercido, desde que os juízes adotem em regra uma postura de “autocontenção”, em oposição ao ativismo judicial, que seria reservado para situações excepcionais, descritas da seguinte maneira:

Sem a pretensão de ser exaustivo, sugere-se a adoção de postura ativa nos seguintes casos: a) para a proteção e promoção dos direitos necessários ao funcionamento da democracia, especificamente a liberdade de expressão, o direito à informação e os direitos de participação; b) para a proteção judicial dos direitos titularizados, ainda que não de forma exclusiva, pelos pobres, considerando a pobreza como obstáculo ao ótimo funcionamento da democracia; c) para o resguardo do caráter republicano da democracia, evitando-se a degeneração do processo político em processo de barganha.⁷³

Ao definir o que seria uma postura de autocontenção, Moro faz referência às “virtudes passivas” da jurisdição constitucional, amparado na obra de Alexander Bickel⁷⁴. Os juízes, nesses casos, ou devem adotar estratégias como a interpretação tradicional, mais apegada ao texto, ou aplicar uma técnica minimalista de decisão, que limita os efeitos apenas para o caso concreto sob análise. E, especialmente, devem ser evitadas as decisões de mérito sobre controvérsia constitucional⁷⁵.

No entanto, evitar o julgamento de mérito em questões constitucionais não é tarefa simples no Brasil. O modelo típico de seleção de casos por um Tribunal é o *writ of certiorari* norte-americano, que vem a ser a principal via de acesso dos cidadãos à Suprema Corte. A decisão sobre a admissibilidade ou não de um caso é tomada discricionariamente, sem necessidade de fundamentação, o que torna simples a opção por não decidir alguma questão.

No Brasil, por outro lado, o *certiorari* serviu de inspiração ao poder constituinte derivado, que introduziu a “repercussão geral” como requisito de

Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002 (1. ed. 1994); LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Jurisdição constitucional*: um problema da teoria da democracia política. SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da constituição*: estudos sobre o lugar da política do direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos avançados*, v. 18, n. 51, 2004.

73 MORO, op. cit., p. 315.

74 Op. cit., nota 13.

75 Ibidem, p. 206.

admissibilidade dos recursos extraordinários a partir da Emenda Constitucional nº 45. Entretanto, não se pode afirmar que o STF terá um poder semelhante ao da Suprema Corte, na medida em que só poderá recusar um recurso extraordinário mediante manifestação expressa de 2/3 dois terços de seus membros, e a decisão, por força do art. 93, IX, da Constituição, deverá ser obrigatoriamente fundamentada⁷⁶.

Ademais, o recurso extraordinário, embora seja quantitativamente a principal forma de provocação do STF, convive com as ações de controle abstrato de constitucionalidade, em relação às quais o STF não possui qualquer mecanismo para deixar de analisar o mérito, o que compromete a eficiência de uma postura de autocontenção baseada na “arte de não decidir”.

Outra dificuldade com a proposta de Moro é que afirmar a necessidade de uma postura ativista em determinados casos e uma postura de autocontenção em outros casos não exclui a necessidade de se definir quem determinará a postura a ser adotada. Parece inevitável que seja o próprio Judiciário o responsável por esta escolha, já que qualquer outra postura implicaria uma grave violação à separação dos Poderes. Assim, fica comprometida a segurança deste parâmetro, pois a autoridade responsável por adotá-lo não fica submetida a qualquer espécie de controle. Em outras palavras, se o STF adota uma postura ativista quando deveria adotar uma postura de autocontenção, os efeitos práticos de sua decisão serão idênticos, pois não haverá qualquer mecanismo de correção. Esta proposta depende de uma confiança exagerada nos próprios juízes, e não possui qualquer garantia de sucesso.

A influência da obra de John Hart Ely⁷⁷, para quem o *judicial review* somente é legítimo quando praticado na defesa dos mecanismos democráticos, é notada não só em Moro, mas também na obra de Oscar Vilhena Vieira. O professor da PUC/SP, no entanto, refuta a teoria de Ely por considerá-la baseada em um “conceito extremamente abstrato de democracia, assumindo diversas qualidades que provavelmente não poderão ser encontradas nas democracias existentes”⁷⁸.

Vieira adota uma perspectiva mais desconfiada da democracia, que poderia levar à perpetuação das elites no poder, e crê na jurisdição constitucional como um eficiente mecanismo de equilíbrio, capaz de atribuir ao STF “o papel de árbitro último da política nacional, neutralizando conflitos desagregadores e garantindo a continuidade e harmonia do sistema político”⁷⁹. Vieira ressalva que os ministros do STF não devem substituir a vontade da Constituição pela sua, mas reconhece a supremacia judicial na seguinte passagem:

76 Sobre o tema, conferir BERMAN, José Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário: origens e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2009.

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

78 VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 247.

79 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política, p. 233.

Ao assegurar a vontade da Constituição, o Supremo Tribunal Federal realiza o ideal do governo das leis. Caso se afaste da vontade da Constituição, substituindo-a pela de seus próprios Ministros, estará agindo ilegítimamente, pois afinal não foram eleitos para assumir esse tipo de função e sequer a Constituição assegurou ao Tribunal tais atribuições. *Ao Supremo Tribunal Federal, no entanto, cabe a última palavra.* Daí a sua enorme responsabilidade.⁸⁰ (grifou-se)

Percebe-se, assim, que a posição de Vieira também depende, em último caso, de uma confiança na atuação dos componentes do STF, pois não há qualquer controle sobre suas decisões. Como afirmado, a sua palavra será definitiva; logo, se a jurisdição constitucional for exercida de maneira equivocada, nada poderá ser feito para corrigir os seus rumos.

Outro constitucionalista que declara sua fé no Judiciário como o guardião último do Texto Constitucional é Gustavo Binzenbojm. O professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro defende a legitimidade da jurisdição constitucional de maneira ampla, sendo ela apta a atuar tanto na defesa dos direitos fundamentais (Dworkin) quanto do procedimento democrático (Habermas). As decisões dos Tribunais, além de serem decisões finais, seriam uma forma de contribuir para a racionalização do debate político e para que algumas questões tradicionalmente resolvidas no campo das disputas de poder sejam tratadas, enfim, como questões de justiça⁸¹.

Sua proposta não questiona a supremacia judicial, apenas defende a democratização dos próprios mecanismos de fiscalização da constitucionalidade das leis, o que teria sido satisfatoriamente alcançado com a promulgação da Constituição de 1988, que ampliou o rol de legitimados para a propositura das ações constitucionais, e com a Lei nº 9.868/1999, especialmente pela possibilidade de o STF recorrer a peritos e *amici curiae* para ajudar a formar seu convencimento⁸².

O grande constitucionalista Paulo Bonavides também dedicou estudo à legitimidade da jurisdição constitucional brasileira⁸³. Sua crítica à atuação do STF igualmente não passa pela questão da supremacia judicial, dirigindo-se mais à atuação concreta do principal Tribunal do País do que aos pressupostos legitimadores de sua atuação. De fato, o mestre cearense faz referência a uma “queda qualitativa”⁸⁴ no controle de constitucionalidade exercido de maneira concentrada no STF, que estaria a exercer mais um papel de guardião da governabilidade do que de efetivo protetor dos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos, notadamente aqueles denominados direitos de segunda dimensão, ou seja, os direitos sociais, econômicos e culturais.

80 Idem, *ibidem*.

81 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 119, fazendo referência a Dworkin.

82 Idem, *ibidem*, p. 247/248.

83 BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil), cit.

84 Idem, p. 130.

Bonavides sugere também mecanismos de democratização da jurisdição constitucional, especialmente por meio da recuperação do controle difuso de constitucionalidade, que vem perdendo espaço para o controle concentrado, por natureza, menos democrático.

O fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade, registrado inclusive em recentes decisões do próprio STF⁸⁵, também é alvo das críticas de Álvaro Ricardo de Souza Cruz⁸⁶. O Procurador da República, preocupado com a democratização da jurisdição constitucional, defende um “necessário retorno/reforço do modelo difuso/concreto do controle da constitucionalidade das leis”⁸⁷, de modo a permitir que haja uma aproximação entre a sociedade civil e o STF. Note-se que Souza Cruz afirma que o reforço do modelo concreto se dá por meio do aperfeiçoamento da via concentrada, ou seja, sua tese central não se dirige à jurisdição constitucional ordinária exercida por todos os juízes brasileiros, na medida em que as alterações por ele sugeridas são dirigidas diretamente ao próprio STF. É neste sentido que o autor defende a comprovação de dúvida ou controvérsia como condição de ações de fiscalização abstrata (inclusive ADIn e ADPF), equipara o efeito vinculante ao efeito *erga omnes*, rejeita a ponderação de valores, assim como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, restringe a aceitabilidade da “interpretação conforme” e recusa a existência de ADPF na modalidade incidental.

A proposta de Souza Cruz esbarra certamente em um dado empírico: o STF, cada vez mais, procura mecanismos para centralizar as decisões acerca da constitucionalidade das leis, e o legislador parece acompanhar esta posição, como demonstram modificações como a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, em 1993, a previsão legal e constitucional do efeito vinculante das decisões proferidas em ADC e ADIn (art. 102, § 2º, a partir da EC 45/2004 e Lei nº 9.868/1999) e mesmo em ADPF (Lei nº 9.882/1999), a introdução de mecanismos como a repercussão geral do recurso extraordinário e a súmula vinculante (EC 45/2004) e a ampliação da utilização da reclamação, ligada à aceitação da transcendência dos motivos determinantes de uma decisão proferida em sede de fiscalização abstrata⁸⁸. Como as alterações propostas por Souza Cruz também dependem de aceitação espontânea pelo STF, não parece crível que isso venha a acontecer em um espaço curto de tempo.

Percebe-se que os autores analisados refletem uma crescente preocupação com a legitimidade da jurisdição constitucional, sugerindo alternativas para a

85 Fala-se mesmo em uma objetivação (ou abstrativização) do controle difuso de constitucionalidade. Consultar DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007.

86 SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática*, cit.

87 Ibidem, p. 447.

88 V. BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes? In: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007.

superação da “dificuldade contramajoritária” enfrentada especialmente pelo STF no exercício de sua função de guardião da Constituição. Como visto anteriormente, no entanto, este argumento já foi dado como superado pela doutrina estadunidense contemporânea, sendo substituído pela discussão em torno da supremacia judicial.

É importante notar, ainda, que, enquanto nos Estados Unidos a questão da legitimidade do *judicial review* desperta especial interesse por conta da falta de previsão expressa na Constituição da Filadélfia que confira tal poder para os juízes, a nossa Constituição de 1988, repetindo expressamente a fórmula adotada desde nossa primeira Carta republicana (1891), prevê expressamente a existência do controle jurisdicional de constitucionalidade. Evidentemente, o simples fato de haver previsão no Texto Constitucional não significa que tal prática seja boa ou ruim, infensa a críticas; o argumento de que seria antidemocrática, todavia, é fortemente esvaziado, uma vez que foi opção do povo, manifestada por meio do poder constituinte originário, incumbir o STF da guarda da constituição.

Mas a atuação do Supremo no controle de constitucionalidade não deve perder de vista a possibilidade de diálogo com os demais poderes políticos na importante tarefa de atribuir significado aos enunciados de nossa norma fundamental. Esta constatação pode trazer novos elementos para a discussão sobre a supremacia judicial no Brasil, e é exatamente sobre este ponto que se deseja fazer algumas reflexões.

Ao se falar em supremacia judicial, não entra em questão a possibilidade de os juízes deixarem de aplicar normas em consequência da interpretação que fazem do Texto Constitucional, fazendo valer, assim, a maior hierarquia da norma fundamental. O que se discute é a existência de monopólio na interpretação da Constituição por parte do Poder Judiciário, e mais, se a opinião dos juízes (especialmente do STF) será definitiva, ou seja, se terá primazia em relação àquela exposta pelos demais poderes políticos.

Que os demais poderes da República podem (e devem) interpretar a Constituição é questão colocada fora de dúvidas. A possibilidade de o Estado deixar de aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional, aceita majoritariamente mesmo após a Constituição de 1988, o comprova, como bem salienta Luís Roberto Barroso⁸⁹. O que entra em discussão é se a interpretação judicial prevalecerá sobre a interpretação política, como também afirma o titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro⁹⁰.

Para defender o argumento de que a interpretação fornecida pelo Judiciário, ao menos por diversas vezes, não será definitiva, é preciso retomar a

89 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 69-72.

90 Ibidem. Destaca-se, na p. 69: “Todos os Poderes da República interpretam a Constituição e têm o dever de assegurar seu cumprimento. O Judiciário, é certo, detém a primazia da interpretação final, mas não o monopólio da aplicação da Constituição”.

discussão esboçada nas primeiras linhas deste trabalho, envolvendo a dicotomia constitucionalismo-democracia. A relação que se estabelece entre ambos e a primazia de um ou de outro em um determinado sistema constitucional devem ser analisadas levando-se em conta não só a supremacia da Constituição – que acarreta a possibilidade de realização do controle jurisdicional de constitucionalidade –, mas também o grau de dificuldade adotado para a modificação do Texto Constitucional. Assim, quanto mais rígida for uma Constituição, maior será a prevalência do constitucionalismo em face da democracia, enquanto que, quanto mais fácil for o seu processo de modificação, maior será o valor da vontade popular, menos limitada por aquela manifestada por gerações anteriores.

A relação entre controle de constitucionalidade e o processo de emendas ao Texto Constitucional é destacada com precisão por Mark Tushnet, como se percebe na seguinte passagem:

*[...] today we have available two versions of judicial review, strong-form and weak-form. In strong-form judicial review, a court's decision about the content of the laws of law-making is not formally revisable except by the court itself or by a difficult process of constitutional amendment. Weak-form systems allow formal revision of judicial decisions through a process that is somewhat more difficult to employ than the process by which ordinary legislation is enacted.*⁹¹

O professor da Universidade de Harvard, em nota de rodapé ao texto acima transcrito, faz a observação que nos parece central para o caso brasileiro: o controle forte de constitucionalidade pode ser significativamente abrandado quando existe a possibilidade de aprovação de emendas constitucionais através de um processo relativamente simples⁹².

Quando se afirma que o controle fraco de constitucionalidade é mais vantajoso do que o controle forte, geralmente esta afirmação está baseada justamente na possibilidade de diálogo entre os poderes responsáveis pela interpretação da constituição, não se colocando a opinião do Judiciário como definitiva. A possibilidade de aprovação de uma emenda à Constituição é uma das formas pelas quais este diálogo pode ocorrer, desde que o seu procedimento não seja demasiadamente rigoroso. O controle fraco de constitucionalidade, em um país como o Canadá (no qual a aprovação de uma emenda à constituição depende de aprovação do Legislativo, formado pelo Senado e pela Câmara dos Comuns, aliada à ratificação pelas assembleias legislativas de, pelo menos, dois terços das províncias, conforme disposto na Seção V, Constitution Act, 1982), permite que o Poder Legislativo (federal ou provincial) aplique uma lei inconstitucional – superando, assim, a opinião do Judiciário – de maneira

91 TUSHNET, Mark. Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism, cit., p. 361, notas de rodapé omitidas.

92 Ibidem, nota de rodapé nº 25: “I put aside here the role of constitutional amendment in the institutional architecture. Putatively, strong-form review can be significantly weakened by processes that allow for easy constitutional amendment”.

rápida, o que seria impossível se fosse necessário emendar a Constituição. O mesmo acontece nos Estados Unidos, onde se exige, para aprovação de uma emenda constitucional, os votos de dois terços dos membros das duas Casas do Congresso Nacional, além da ratificação por três quartos das Assembleias Legislativas dos Estados ou de Convenções especialmente convocadas para tanto (art. V, Constituição norte-americana).

No Brasil, entretanto, a situação é diferente, como refletem as mais de 50 emendas à Constituição aprovadas em menos de 20 anos de sua vigência. Entre nós, a reforma do Texto Constitucional depende apenas do Poder Legislativo federal, que deve se manifestar através dos votos de três quintos dos membros de ambas as Casas, em dois turnos de votação (art. 60, § 2º, da CRFB/1988). Este procedimento relativamente simples abre caminho para respostas rápidas do Legislativo ao Judiciário, ou seja, permite que, declarada a inconstitucionalidade de uma determinada lei, o Legislativo supere esta decisão não por meio de uma nova lei, mas através da alteração do texto da própria Constituição. E, em diversas ocasiões, isto já foi feito.

Veja-se, por exemplo, o que ocorreu com relação às coligações eleitorais. Até 2002, os partidos políticos realizavam coligações para as eleições nos planos federal, estadual e municipal livremente, ou seja, as coligações estabelecidas no pleito federal não eram repetidas nos pleitos estaduais. Neste ano, entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 21.002, que determinava que, nas eleições daquele ano, os partidos políticos que ajustassem uma coligação nas eleições presidenciais não poderiam ajustar coligações com outros partidos nas eleições para os cargos de governador, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital. O STF, em seguida, corroborou a interpretação feita pelo TSE, criando, assim, a regra da “verticalização” das coligações eleitorais.

No mesmo ano de 2002, foi proposta uma emenda à Constituição, que terminou promulgada em 8 de março de 2006, ou seja, cerca de quatro anos após a decisão do STF, e que modificou substancialmente o art. 17, § 1º, da Constituição, que passou a prever expressamente que não existe obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal⁹³. Diante da modificação no Texto Constitucional, a regra da verticalização, imposta pelo Judiciário, foi definitivamente enterrada por vontade do Legislativo⁹⁴.

Outro exemplo de superação das decisões judiciais por meio de emendas à Constituição se deu no caso da cobrança de contribuição previdenciária

93 Art. 17, § 1º, da CRFB/1988, com a redação dada pela EC 52/2006: “É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina fidelidade e disciplina partidárias”.

94 O STF, ao julgar a ADIn 3.685-8, proposta contra a Emenda nº 52/2006, limitou-se a afirmar que a regra nova não se aplicaria às eleições de 2006, por desrespeito ao art. 16 da CRFB, que estabelece o prazo de um ano para a entrada em vigor de leis que alterem o processo eleitoral, o que não significa dizer que sua interpretação anterior não tenha sido superada, apenas permaneceu válida por mais um pleito.

dos servidores públicos inativos. A Lei nº 9.783/1999 estabeleceu a referida cobrança; no entanto, ela foi declarada inconstitucional pelo STF no julgamento da Medida Cautelar na ADIn 2.010, realizado em 30 de setembro daquele mesmo ano. Novamente, a resposta política não tardou: em 19 de dezembro de 2003 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 41, que, modificando o art. 40 da CRFB, restabeleceu a possibilidade de cobrança de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas. E, mais uma vez, o Judiciário curvou-se à vontade manifestada pelo Poder Legislativo⁹⁵.

Um terceiro exemplo de resposta dada pelo Legislativo a uma decisão judicial que lhe tenha desagradado acabou resultando na aprovação da Emenda Constitucional nº 58/2009. A questão em discussão refere-se ao número de vereadores que os Municípios deveriam ter, em conformidade com a sua população. A redação anterior do art. 29, inciso IV, da Constituição era tradicionalmente interpretada no sentido de oferecer aos Municípios apenas os limites mínimo e máximo quanto ao número de vereadores, de acordo com a sua população, havendo absoluta discricionariedade para a fixação pela localidade dentro de tais parâmetros⁹⁶. Com o julgamento, pelo STF, do RE 197.917-8, houve uma mudança na interpretação dada pela Corte Máxima do País, que passou a entender que o *caput* do art. 29 estabelecia uma regra de proporcionalidade entre a população do Município e o número de vereadores, tendo sido estabelecido um critério matemático para o cálculo do número de cadeiras em disputa para as Câmaras de Vereadores, o que levou à extinção de milhares de cargos eletivos (aproximadamente 8.000).

A decisão do STF foi tomada em 05.06.2002, e as propostas de emendas tendentes a alterar o parâmetro constitucional não tardaram a surgir. Já em 2004 havia três PECs em tramitação nas Casas do Congresso Nacional, e, recentemente (23.09.2009), foi aprovada a Emenda Constitucional nº 58/2009, que, ao conferir nova redação ao art. 29, IV, da Constituição Federal, restabelece mais de 7.000 das vagas perdidas com a decisão do STF⁹⁷.

95 ADIn 3.105, julgada improcedente em 18.08.2004.

96 A redação do art. 29, IV, da CF, era a seguinte:

“Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

IV – número de vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:

a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;
b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;
c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos municípios de mais de cinco milhões de habitantes”.

97 A nova redação do art. 29, IV, da CF, é a seguinte:

“IV – para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de:

a) 9 (nove) vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes;
b) 11 (onze) vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes;
c) 13 (treze) vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes;

Nos três casos examinados, o lapso entre a decisão judicial e a sua superação pelo Legislativo através de emendas à Constituição foi de, no máximo, sete anos, o que não pode ser considerado um período de tempo longo para a modificação do diploma normativo de mais elevada hierarquia no ordenamento jurídico.

Evidentemente, novas questões ainda irão surgir, e o mais recente parece ser o debate sobre fidelidade partidária. Mais uma vez o TSE deu a partida, ao editar a Resolução nº 22.526, em 27 de março de 2007, que respondia à consulta formulada pelo Partido da Frente Liberal (atual Democratas) no sentido de que

- d) 15 (quinze) vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes;
- e) 17 (dezesete) vereadores, nos Municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes;
- f) 19 (dezenove) vereadores, nos Municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes;
- g) 21 (vinte e um) vereadores, nos Municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes;
- h) 23 (vinte e três) vereadores, nos Municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes;
- i) 25 (vinte e cinco) vereadores, nos Municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes;
- j) 27 (vinte e sete) vereadores, nos Municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos cinquenta mil) habitantes;
- k) 29 (vinte e nove) vereadores, nos Municípios de mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes;
- l) 31 (trinta e um) vereadores, nos Municípios de mais de 900.000 (novecentos mil) habitantes e de até 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes;
- m) 33 (trinta e três) vereadores, nos Municípios de mais de 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes e de até 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes;
- n) 35 (trinta e cinco) vereadores, nos Municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes;
- o) 37 (trinta e sete) vereadores, nos Municípios de 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes e de até 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes;
- p) 39 (trinta e nove) vereadores, nos Municípios de mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes e de até 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes;
- q) 41 (quarenta e um) vereadores, nos Municípios de mais de 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes e de até 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes;
- r) 43 (quarenta e três) vereadores, nos Municípios de mais de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes e de até 3.000.000 (três milhões) de habitantes;
- s) 45 (quarenta e cinco) vereadores, nos Municípios de mais de 3.000.000 (três milhões) de habitantes e de até 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes;
- t) 47 (quarenta e sete) vereadores, nos Municípios de mais de 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes e de até 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes;
- u) 49 (quarenta e nove) vereadores, nos Municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes e de até 6.000.000 (seis milhões) de habitantes;
- v) 51 (cinquenta e um) vereadores, nos Municípios de mais de 6.000.000 (seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes;
- w) 53 (cinquenta e três) vereadores, nos Municípios de mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e
- x) 55 (cinquenta e cinco) vereadores, nos Municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; [...]"

os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional quando haja pedido de cancelamento de filiação ou de transferência de candidato eleito por um partido para outra legenda⁹⁸. O STF, ao apreciar os Mandados de Segurança nºs 22.602, 22.603 e 22.604, ratificou o entendimento do TSE, modificando a sua própria jurisprudência sobre a matéria e estabelecendo a fidelidade partidária como regra no Brasil⁹⁹. Em 17 de outubro de 2007, ou seja, menos de um mês após a decisão do STF, o Senado aprovou, em segundo turno, Proposta de Emenda à Constituição (PEC 23/2007), que afirma expressamente a regra da fidelidade partidária. Neste caso, ressaltando-se ainda ser necessária a aprovação da referida PEC pela Câmara dos Deputados, parece que a vontade do Legislativo não é exatamente a de superar uma decisão do STF, mas reafirmar que a última palavra sobre a interpretação constitucional – mesmo que seja no mesmo sentido daquela proferida pelo STF – será sua.

Parece que o arranjo constitucional brasileiro, em regra, não consagra categoricamente a supremacia judicial. Talvez seja possível falar em uma supremacia judicial moderada, na medida em que há controle jurisdicional forte de constitucionalidade das leis ao lado de um procedimento relativamente simples de alteração do Texto Constitucional. O tema ganha contornos mais complexos, no entanto, quando se leva em consideração que a nossa Constituição possui determinados dispositivos que simplesmente não podem ser suprimidos, conhecidos popularmente como cláusulas pétreas (ou, como prefere Oscar V. Vieira, como cláusulas superconstitucionais). Neste caso, até mesmo uma emenda à Constituição poderá ser declarada inconstitucional, caso entre em conflito com um dos dispositivos que componham este núcleo intangível do Texto Constitucional. Aí sim teremos a supremacia judicial consolidada no Brasil, já que o Legislativo e o Executivo não disporão de mecanismos razoavelmente simples para superar a interpretação fornecida pelo Judiciário.

A questão é demasiadamente complicada para receber tratamento adequado nestas poucas páginas, mas pode-se esboçar a opinião de que, no exame de constitucionalidade das emendas à constituição, o Judiciário deve cercar-se de maior cautela do que normalmente o faz, uma vez que não estará aberta a via do diálogo entre os Poderes através das emendas.

E se, por um lado, a delimitação do conteúdo das cláusulas pétreas é bastante difícil, mesmo por conta da redação do art. 60 da Constituição (sem falar nas cláusulas pétreas implícitas, aceitas pela doutrina, mas de conteúdo incerto), por outro, a experiência prática mostra que não é comum a declaração de inconstitucionalidade de emendas à Constituição, o que parece indicar realmente uma postura de maior autocontenção do Judiciário. Veja-se, por exemplo, o que aconteceu no já mencionado caso da contribuição dos inativos:

98 Posteriormente, em 04.10.2007, o TSE estendeu este entendimento para os cargos eleitos pelo sistema majoritário, sem que haja, até esta data, pronunciamento do STF sobre esta questão.

99 Notícia do julgamento publicada no Informativo STF nº 482.

a lei que inicialmente a criou foi declarada inconstitucional; no entanto, o STF recusou-se a afirmar a ofensa a direito adquirido quando a mesma taxação foi estabelecida por meio de emenda constitucional, afirmando não haver violação à garantia fundamental do respeito ao direito adquirido¹⁰⁰.

CONCLUSÃO

O surgimento de novas modalidades de *judicial review* que preveem mecanismos de diálogo entre os juízes e os poderes políticos abre uma importante alternativa para os estudiosos do direito constitucional preocupados com o respeito aos princípios democráticos consagrados em boa parte do mundo ocidental. Mas duas questões preocupantes merecem atenção redobrada antes de se defender sua transposição para o Brasil¹⁰¹.

A primeira delas é que as novas modalidades surgiram basicamente em países ligados à tradição britânica de supremacia parlamentar e de sistema jurídico baseado na *common law*. Isso significa que existe uma prática longa de respeito às instituições representativas, bem como o reconhecimento de costumes e decisões judiciais como fontes primárias do Direito.

No Brasil, os poderes políticos passam por uma enorme crise de representatividade, o que compromete qualquer análise de modelos alternativos neste momento. Repare-se que Jeremy Waldron, ao formular sua defesa da extinção do *judicial review*, o faz apenas em caráter condicional, devendo estar presentes quatro fatores: (i) bom funcionamento das instituições representativas (que devem ser eleitas por sufrágio universal); (ii) bom funcionamento das instituições judiciais; (iii) comprometimento da sociedade e dos governantes com o respeito aos direitos individuais e das minorias; e (iv) desacordo persistente, substancial e de boa-fé sobre direitos¹⁰².

Há, no mínimo, sérias dúvidas quanto à presença de alguns destes fatores na sociedade brasileira de hoje, o que pode levar a uma conclusão diferente quanto à desejabilidade de um sistema de controle forte de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos.

Outro ponto a ser destacado tem relação com a própria classificação do controle de constitucionalidade já exercido pelos Tribunais no Brasil. A facilidade com que podem ser aprovadas emendas à nossa Constituição permite que o Legislativo dê uma resposta a qualquer decisão do STF que declare a inconstitucionalidade de algum ato normativo em um prazo curto de tempo, havendo exemplos claros de sua utilização. Assim, só há que se falar em uma verdadeira supremacia judicial na

100 Comparar as decisões proferidas pelo STF nos julgamentos das ADIns 2.010/DF e 3.105/DF.

101 Conferir uma defesa dos modelos estrangeiros em CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

102 WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1360, 2006.

hipótese de declaração de inconstitucionalidade de emendas à Constituição, pois estas têm de ter por parâmetro as cláusulas pétreas, colocadas fora do alcance do Poder Constituinte derivado. Pelo menos por enquanto, isso parece suficiente para classificarmos o sistema brasileiro como um sistema moderado, não muito distante dos novos modelos surgidos em outros países.

REFERÊNCIAS

- ATRIA, Fernando. El Derecho y la Contingencia de lo Político, in *Doxa* nº 26, 2003
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BELLAMY, Richard. The Political Form of the Constitution: the Separation of Powers, Rights and Representative Democracy. In: *Political Studies*, XLIV, 1996.
- _____. *Constitutionalism and Democracy*. Ashgat Publishing, 2006.
- BERMAN, José Guilherme. Stephen Griffin e a nova crítica democrática ao judicial review. In: *Direito, estado e sociedade*, v. 27, jul./dez. 2005.
- _____. O controle concreto de constitucionalidade na Europa e na América do Norte: um estudo comparado. *Direito, estado e sociedade*, v. 30, 2007.
- _____. *Repercussão geral no recurso extraordinário: origens e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes? In: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. 2nd edition. Yale University Press, 1986.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos avançados*, v. 18, n. 51, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CHOUDHRY, Sujit. Resenha do livro de MANFREDI, Christopher P. Judicial Power and the Charter: Canada and the paradox of liberal constitutionalism. 2. ed. Toronto: Oxford University Press, 2001, in *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 2, 2003.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- DIDIER JR., Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007.
- DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, v. 5, n. 3, 2007.

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

FIELD, Martha. The differing federalisms of Canada and the United States. In: JACKSON, Vicki; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. Nova York: Foundation Press, 1999.

FLEMMING, Roy B.; KRUTZ, Glen S.; SCHWANK, Jennifer Renee. Agenda Setting on the Supreme Court of Canadá. Trabalho apresentado na 4ª Conferência Anual sobre Estudos Científicos de Política Judicial, entre 21 e 23 de outubro de 1999, College Station, Texas. Disponível em: <<http://www.law.nyu.edu/lawcourts/pubs/workingpaperarchive/flemming.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2005.

FRIEDMAN, Barry. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy. *New York University Law Review*, v. 73, n. 2, maio de 1998.

_____. The Cycles of Constitutional Theory. *Law and Contemporary Problems*, v. 67, 2004.

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, v. 49, n. 4, 2001.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Homogenizing Constitutions. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 3, p. 484, 2003.

GRIFFIN, Stephen M. Review essay: has the hour of democracy come round at last? The new critique of judicial review. *Constitutional Commentary*, v. 17, n. 3, inverno de 2000.

_____. Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 2, jan. 2002.

_____. The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights (September 3, 2003). Tulane Law School Working Paper No. 2003-01, p. 14-17. Disponível para download em: <<http://ssrn.com/abstract=441240>>. Acesso em: 10 out. 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2003.

HOGG, Peter W. Canada: The Constitution and Same Sex Marriage. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 3, 2006.

_____; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MCGOLDRICK, Dominic. The United Kingdom Humans Rights Act 1998 in Theory and Practice. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 50, out. 2001.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa Editorial, 1997.

PERRY, Michael J. Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts? *Wake Forest University School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper*

Series, Research Paper nº 03-02, fev. 2003. Disponível para *download* em: <http://ssrn.com/abstract_id=380283>. Acesso em: 15 maio 2005, p. 65.

POSNER, Richard. Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 1, nov. 2005.

ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 2, apr. 2006.

ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2nd ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

ROSENFELD, Michel. Constitutional Adjudication in Europe and the United States. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 4, 2004.

SOMMER, Hillel. Democracy vs. Rule of Law: Does the Court Really Control the Elected Legislature? *Judicial Review in Comparative German-Israeli Perspective*, 2004. Disponível para *download* em: <<http://ssrn.com/abstract=701902>>. Acesso em: 5 jan. 2008.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, 2005.

TRIBE, Lawrence H.; WALDRON, Jeremy; TUSHNET, Mark. On Judicial Review. *Dissent Magazine*, v. 51, n. 3, p. 81/86, verão de 2005.

TUSHNET, Mark. Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism. *Law and Philosophy*, n. 22, 2003.

_____. New forms of judicial review and the persistence of rights- and democracy-based worries. *Wake Forest Law Review*, v. 38, 2003.

_____. Taking the Constitution Away From the Courts. Princeton University Press, 1999; HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press, 2004.

_____. Democracy v. Judicial Review: Is It Time to Amend the Constitution? *Dissent Magazine*, v. 51, n. 2, primavera de 2005. Disponível para *download* em: <<http://dissentmagazine.org/minutes/archives/2005/sp05/tushnet.htm>>. Acesso em: 20 set. 2005.

_____. Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights. *Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princeton, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002 (1^a ed. 1994).

_____. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, 1993.

_____. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

ZURN, Christopher. Deliberative Democracy and Constitutional Review. *Law and Philosophy*, n. 21, 2002.