

# A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO SÉCULO XXI ENTRE PROCESSO E SUBSTÂNCIA: UM OLHAR SOBRE A EXPERIÊNCIA AMERICANA

*CONSTITUTIONAL JURISDICTION IN THE XXI CENTURY BETWEEN PROCESS AND  
SUBSTANCE: A LOOK AT THE AMERICAN EXPERIENCE*

*LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL SIGLO XXI ENTRE PROCESO Y SUSTAN-  
CIA: UNA MIRADA SOBRE LA EXPERIENCIA AMERICANA*

**Clèmerson Merlin Clève<sup>1</sup>**

**Bruno Meneses Lorenzetto<sup>2</sup>**

---

1 Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Constitucional do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professor do *Máster Universitario en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo* e do *Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad Pablo de Olavide*, em Sevilha, Espanha. Pós-graduado em Direito Público pela *Université Catholique de Louvain*, Bélgica.

2 Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York. Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia. Mestre em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais.

**Resumo:** O presente artigo procura analisar as mudanças estruturais ocorridas na jurisdição constitucional, apresentando os argumentos a respeito de sua justificação e como o controle de constitucionalidade passou a refletir na organização de toda a comunidade política. Assim, são discutidos os seguintes temas: i) a justificação do controle de constitucionalidade sob a perspectiva procedimentalista; ii) as críticas tecidas ao procedimentalismo; e iii) como tal debate pode contribuir para a adequada compreensão do papel da jurisdição constitucional no Século XXI.

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional. Procedimentalismo. Substancialismo. Constitucionalismo Americano.

**Abstract:** This article analyzes the structural changes that have taken place in the constitutional jurisdiction, presenting arguments about its justification, and how the control of constitutionality has reflected on the organization of the whole political community. It addresses the following topics: i) the justification of control of constitutionality from a proceduralist perspective; ii) the criticisms of proceduralism, and iii) how this debate can contribute to a proper understanding of the role of constitutional jurisdiction in the 21<sup>st</sup> Century.

**Keywords:** Constitutional jurisdiction. Procedimentalism. Substantialism. American Constitutionalism.

**Resumen:** El presente artículo intenta analizar los cambios estructurales ocurridos en la jurisdicción constitucional, presentando los argumentos respecto a su justificación y cómo el control de la constitucionalidad pasó a reflejarse en la organización de toda la comunidad política. De este modo, se discuten los siguientes temas: i) la justificación del control de constitucionalidad desde una perspectiva procedimentalista; ii) las críticas hechas al procedimentalismo; y iii) cómo tal debate puede contribuir para la adecuada comprensión del papel de la jurisdicción constitucional en el siglo XXI.

**Palabras clave:** Jurisdicción constitucional. Procedimentalismo. Sustancialismo. Constitucionalismo Americano.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe a averiguação das transformações sob as quais a jurisdição constitucional foi submetida nos últimos tempos, ao indicar as justificativas utilizadas para a realização da fiscalização de constitucionalidade e como sua prática redefiniu as relações entre os Poderes.

O estudo divide-se em um questionamento inicial sobre a relação entre a teoria e a prática, o qual é seguido pela exposição das justificativas apresentadas pelo procedimentalismo em defesa do controle de constitucionalidade. Na continuidade, são elencadas as críticas endereçadas à teoria procedimentalista e, por fim, são feitos breves apontamentos sobre como a discussão americana pode auxiliar no entendimento do papel contemporâneo da jurisdição constitucional. A metodologia empregada para a confecção do artigo pautou-se na investigação de documentos doutrinários, de precedentes e de normas. Tais elementos serviram de suporte para as considerações formuladas sobre o tema investigado.

A questão circular entre teoria e *práxis* possui como pano de fundo, na modernidade, o funcionamento de certo conjunto de instituições. No campo jurídico, a jurisdição constitucional e as relações de poder nela imbricadas apresentam especial relevância. A jurisdição constitucional tornou-se um *locus* privilegiado da convergência entre a *práxis* e a teoria, autorizando uma reflexão crítica acerca de seu contexto constitutivo e de seu potencial espaço de efetivação.

Tais fatores podem ser observados por meio de decisões que implicam significativas alterações estruturais na organização do Estado e que atingem, por isso, não apenas o funcionamento do Judiciário, mas de toda a comunidade política.<sup>3</sup>

3 Cabe a ressalva que, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal não é apenas uma Corte Constitucional, portanto, parcela significativa de suas decisões possui escopo restrito às partes envolvidas no processo. Um exemplo de mudanças estruturais significativas na sociedade foi fornecido por Ronald Dworkin, a respeito do caso *Brown v. Board of Education* (1954): “Quando a Corte decidiu, em 1954, que nenhum Estado tinha o direito de segregar as escolas públicas por raça, levou o país à mais profunda revolução social já deflagrada por qualquer outra instituição política”. (DWORKIN, Ronald. **O império**

A projeção que a *jurisdictio* passou a ocupar na modernidade é tributária da redefinição do conceito de *política*. Esta foi distanciada de sua antiga feição aristotélica para assumir posto radicalmente diverso.<sup>4</sup> Hobbes em sua emblemática obra “O Leviatã”<sup>5</sup> esquadrinhou o sentido moderno de política da seguinte maneira: i) cabe à política estabelecer as condições adequadas para o funcionamento do Estado e da sociedade (com pretensão de universalização); ii) na transição entre teoria e prática, a aplicação se torna uma questão *técnica*, com a disposição das condições gerais que organizem o Estado e a sociedade, demandando-se o cálculo correto da produção legislativa, das relações intersubjetivas e do arranjo das instituições; iii) os arquitetos da nova ordem social devem voltar seus esforços no sentido da produção de comportamento calculável.<sup>6</sup>

A partir disso, é possível recordar que o início de grandes debates teóricos acaba por remeter, em diversas ocasiões, a questionamentos elementares sobre fatores práticos que permeiam a vida em sociedade, a fundação da comunidade política e a emergência do direito como meio de prevenção e solução de conflitos. Neste contexto cabe perguntar: - Quem define *o que é o direito* e quem deve obedecê-lo? Quem está autorizado a *dizer* o direito?

Essas questões, que não demandam respostas definitivas, ensejam diferentes argumentações de acordo com as distintas correntes de pensamento. Todavia, adverte Ronald Dworkin, qualquer teoria geral do direito deve procurar responder

---

**do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 4).

- 4 A política era compreendida como a continuação da ética e, por isso, o caráter ético da ação (política) não estava separado da lei e dos costumes. A *polis* era o espaço para a busca da “boa vida”. A *práxis* era distinta da *téchne*, que se relacionava com a produção de artefatos e o domínio habilidoso de certas atividades. Ante a inconstância ontológica de conceitos abstratos como a Justiça, procura-se, por isso, fazer com que a política (moderna) sirva para assegurar o conhecimento da natureza essencial da justiça, agora identificada ao mundo das leis e dos contratos. Ver: ARISTOTLE. **Politics**. London: William Heinemann, 1932; HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Ícone, 2000.
- 5 “Embora nada do que é feito pelos mortais possa ser imortal, os homens, se usassem a razão como pretendem, poderiam, pelo menos, fazer com que seus Estados fossem assegurados, definitivamente, contra o perigo de perecer por males internos. Pela natureza de sua Instituição, eles estão destinados a viver tanto tempo quanto o gênero humano ou as Leis de Natureza ou, ainda, tanto quanto a própria Justiça, que lhes dá vida. Assim, quando são dissolvidos, não pela violência externa, mas por desordem intestina, a falta não está nos homens, mas na *Matéria*; mas, são eles seus modeladores e organizadores”. (HOBBS, Thomas. **Leviatã**. p. 230).
- 6 Para Habermas, a separação da política da moralidade substituiu a diretiva que orientava a produção de uma vida “boa” e “justa”, com a possibilidade de se fazer uma vida de bem-estar dentro de uma ordem constituída adequadamente. HABERMAS, Jürgen. **Theory and Practice**. Boston: Beacon Press, 1973. p. 43.

pelo menos a uma parcela desses problemas. Assim, formulações acerca da legislação, da decisão judicial (*adjudication*) e da observância (*compliance*) da lei precisam ser desenvolvidas.<sup>7</sup>

As referidas formulações possuem seus respectivos destinatários: quem produz as leis; quem decide; quem obedece. Enquanto a preocupação daqueles que produzem o conjunto normativo relaciona-se, em princípio, com a questão da legitimidade e com a democracia, a teoria da decisão judicial precisa ser relativamente complexa, contemplando: i) uma “teoria da controvérsia”, que estabelece os padrões para a decisão de *casos difíceis* e, ii) uma “teoria da jurisdição” que defina os motivos e os momentos em que os juízes devem tomar decisões com base na teoria da controvérsia.<sup>8</sup> No presente artigo, a investigação cuidará apenas da jurisdição constitucional.

Aqui, sendo, hoje, insuficiente uma teoria da jurisdição que exponha apenas os argumentos de justificação utilizados pelos juízes, cumpre dialogar com esferas de alto apelo valorativo como a democracia e a justiça.

Isso porque, por um bom tempo, a bem-sucedida proposta da modernidade de separar, classificar e promover a *cientificização* do manejo do direito encontrou limites, dificultando a previsibilidade e o cálculo, enfileirando-se, como derivação, demandas pelo resgate da moralidade e da ética na esfera pública, da conciliação da práxis com a *téchne*, da ação política pública substantiva e, paralelamente, procedimental com suposição de participação dos implicados pela esfera de decisão. Diante de tais apelos, procura-se esboçar um diagnóstico do papel da jurisdição constitucional no mundo contemporâneo.

7 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. VIII.

8 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. IX. Dworkin, por sua vez, apresentou propostas teóricas para a solução de casos difíceis e uma teoria da jurisdição. Tais formulações identificaram os problemas relacionados às tradições do utilitarismo, do realismo e do juspositivismo. Em especial a tradição juspositivista foi criticada por sua incapacidade de compreender a importância de padrões que não são regras, eis que o positivismo seria um modelo ‘de’ e ‘para’ um sistema de regras. Outro aspecto que seria deficitário no repertório juspositivista seria a ausência de uma “teoria da jurisdição”. Diante de um caso em que não exista uma regra que possa ser subsumida para solucionar o conflito, o juiz deveria usar seu poder discricionário (*judicial discretion*) para decidir o caso inédito, o juiz “criaria” uma nova lei. Como forma de enfrentar tal problemática, Dworkin propôs sua própria versão da teoria da controvérsia e da teoria da jurisdição, as quais buscaram abranger, ao mesmo tempo, padrões para a solução de casos difíceis e maneiras de apresentar razões nas decisões. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 49-50; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**.

## A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS ORIGENS DO PROCEDIMENTALISMO

Cada geração constitucional organiza-se de acordo com eventos e textos que se tornam os standards de um determinado período histórico. Tal conjunto de dados jurídicos, ao mesmo tempo em que influencia a prática corrente, torna-se matéria a desafiar renovadas elaborações. É nesse contexto que, no direito constitucional norte-americano, assume particular importância a nota de rodapé número 4 do caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938).

A nota autorizou a estruturação de uma teoria da decisão complexa em matéria constitucional. O caso que ensejou a decisão contendo a famosa nota envolvia o questionamento a respeito da constitucionalidade de uma Lei de 1923 (*Filled Milk Act*),<sup>9</sup> que havia tornado ilegal o transporte de “leite modificado” (*Milnut*) de um Estado para outro.<sup>10</sup>

O contexto histórico da decisão é relevante para compreender a mudança de paradigma que ela provocou no direito constitucional dos Estados Unidos. A presunção de constitucionalidade, para os atos normativos de natureza econômica, era contemporânea da maior presença do Estado na economia por meio das políticas do *New Deal*, assim como do processo, em curso, de redefinição do papel dos Poderes no Estado.<sup>11</sup> Ainda, constituía uma mudança

9 “‘Filled milk’ was condensed milk in which the fat normally found in milk was replaced with vegetable oil. Filled milk was cheaper than regular condensed milk, and today we would regard it as healthier. Apparently it did not taste any different. (...) It is not difficult to see the Act as a piece of interest group legislation that favored the condensed milk industry by effectively driving a competitor out of business.” (STRAUSS, David A. *Is Carolene Products Obsolete? University of Illinois Law Review*, vol. 2010, n. 4, 2010. p. 1252).

10 O caso tinha como precedente a decisão de *Nebbia v. New York* (1934), em que o Estado de Nova Iorque criou um conselho com poder de regular o preço do leite. *Nebbia*, dono de uma mercearia, foi condenado por vender leite fora dos preços estabelecidos e defendeu seu direito de fazê-lo perante a Suprema Corte com base na Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, eis que o governo não poderia violar seu direito de fazer contratos sem a garantia ao devido processo legal (*due process*). Por maioria, a Suprema Corte afirmou que nem o direito de propriedade nem o direito dos contratos era absoluto. Ainda, adotou postura deferente, afirmou que os Estados eram livres para adotar políticas para promover o bem-estar público e que as Cortes não tinham autoridade nem para realizar políticas nem para anulá-las quando produzidas pelo Legislativo. O controle de preços apenas seria inconstitucional se fosse arbitrário.

11 “During the 1930’s, the nation struggled with the constitutional implications of the Great Depression; during the 1940’s, with those of the Second World War. In both cases, the basic thrust was the same – away from laissez-faire and toward activist government first at home and then abroad.” (ACKERMAN, Bruce.

na perspectiva da Corte que havia declarado até o início da década de 1930 as leis que regulavam a economia e garantiam os direitos para trabalhadores como inconstitucionais; por isso, o caso é posicionado no fim da “Era Lochner”.<sup>12</sup> Nesse sentido, cumpriria à Corte corrigir os defeitos no processo político democrático, permitindo que importantes decisões fossem tomadas pelos Poderes legitimados democraticamente por meio do processo eleitoral.

A simplicidade das perguntas que levam a teorias complexas para respondê-las possui um correlato importante na nota de rodapé número 4, a mais famosa e fértil nota de rodapé da história da Suprema Corte. A partir dela, várias mudanças estruturais foram realizadas na compreensão do “lugar” que a Corte deveria ocupar no quadro da organização dos Poderes, particularmente em função do exercício da fiscalização da constitucionalidade das leis.

A doutrina que vigorava nas três primeiras décadas do Século XX era pautada por decisões da Suprema Corte que protegiam um conjunto vagamente definido de interesses substantivos, os quais haviam sido reunidos sob o título de “devido processo legal substantivo”.<sup>13</sup> A preocupação daqueles que inicialmente se opuseram às decisões da “Era Lochner” (Holmes, Brandeis e Stone) estava no papel da Corte em invalidar o resultado de um processo que, em princípio, era legítimo. Contudo, foi necessária a intervenção do Presidente Roosevelt na reconfiguração da Corte, com a nomeação do Justice Hugo Black, para a formação de uma

---

**We The People:** Transformations. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 280).

- 12 O caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937) é referenciado como crucial na guinada de perspectiva da Corte. Enquanto o caso *Lochner* é um exemplo do ativismo da Corte ao afastar a regulamentação da jornada de trabalho dos padeiros e, portanto, defender um modelo mais extremado de liberdade contratual; o caso *West Coast Hotel* trata de uma lei do Estado de Washington que demandava o pagamento de um salário mínimo para mulheres e menores de idade. Ao contrário do que sucedeu em *Lochner*, a Corte manteve a legislação e garantiu o direito de Parrish de receber a diferença salarial existente entre os seus recebimentos e o mínimo previsto em lei. O Chief Justice Hughes apresentou o voto da maioria e afirmou que a Constituição não reconhecia uma liberdade absoluta e incontrolável, além disso, observou que o salário mínimo no Estado de Washington foi estabelecido após ter sido objeto de reflexão pública e por parte dos empregados e dos empregadores.
- 13 COVER, Robert. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. **The Yale Law Journal**, v. 91, n. 7, 1983. p. 1287. Laurence Tribe anota que vários críticos da antiga perspectiva acerca da teoria do “devido processo legal substantivo” haviam indicado a inconsistência entre a cláusula prevista na Constituição que protege o *due process* e a doutrina derivada dela e que, independentemente de qual seja nossa atual perspectiva sobre o devido processo contemporaneamente, a maioria concordaria com o fato de que 1787 os constituintes haviam adotado um sistema federativo para, dentre outras coisas, proteger a propriedade privada. TRIBE, Laurence. **Constitutional Choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p. 10-11.

maioria crítica da antiga perspectiva do “devido processo legal substantivo”.<sup>14</sup>

Faz-se prudente observar a proposta constante na nota de rodapé número 4.<sup>15</sup> Inicia asseverando que pode existir um âmbito mais restrito para a presunção de constitucionalidade quando a legislação se apresenta como violadora de proibições específicas da Constituição. Na sequência, define que legislações que restrinjam processos políticos acabam por se sujeitar a um controle judicial mais exigente, tais como: restrições sobre o direito ao voto e a disseminação da informação, interferência em organizações políticas e proibição de reuniões pacíficas. O mesmo se aplica no caso de leis que se direcionem contra minorias religiosas, nacionais ou raciais, pois o preconceito contra minorias *discretas* e *insulares* implicando restrição indevida de processos políticos demanda um controle judicial mais rigoroso.

O que explica a relevância conquistada pela referida nota de rodapé? A proteção contra abusos no processo político, via Judiciário, e a defesa do

14 Como explica Eduardo Enterría: “Esa crisis ha sido positivamente beneficiosa, porque ha permitido depurar los límites de la *judicial Review* y canalizarla predominantemente hacia la protección de los derechos fundamentales, abandonando el arbitrario terreno de las concepciones económicas.” (ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006. p. 180).

15 “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. See *Stromberg v. California*, 283 U. S. 359, 283 U. S. 369-370; *Lovell v. Griffin*, 303 U. S. 444, 303 U. S. 452. It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, see *Nixon v. Herndon*, 273 U. S. 536; *Nixon v. Condon*, 286 U. S. 73; on restraints upon the dissemination of information, see *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U. S. 697, 283 U. S. 713-714, 283 U. S. 718-720, 283 U. S. 722; *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U. S. 233; *Lovell v. Griffin*, *supra*; on interferences with political organizations, see *Stromberg v. California*, *supra*, 283 U. S. 369; *Fiske v. Kansas*, 274 U. S. 380; *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, 274 U. S. 373-378; *Herndon v. Lowry*, 301 U. S. 242, and see Holmes, J., in *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652, 268 U. S. 673; as to prohibition of peaceable assembly, see *De Jonge v. Oregon*, 299 U. S. 353, 299 U. S. 365. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510, or national, *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390; *Bartels v. Iowa*, 262 U. S. 404; *Farrington v. Tokushige*, 273 U. S. 284, or racial minorities, *Nixon v. Herndon*, *supra*; *Nixon v. Condon*, *supra*: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. Compare 17 U. S. *Maryland*, 4 Wheat. 316, 17 U. S. 428; *South Carolina v. Barnwell Bros.*, 303 U. S. 177, 303 U. S. 184, n 2, and cases cited.”



controle de constitucionalidade. A jurisdição constitucional deve ser exercida apenas nos momentos em que a legislação esteja impedindo a participação de minorias por motivos inaceitáveis associados à crença, à nacionalidade ou à raça. Em outras circunstâncias, a Corte deve pautar o seu trabalho pela presunção de constitucionalidade das leis e ser deferente perante o trabalho legislativo.

Como observou Robert Cover, a nota de rodapé número 4 combinou uma justificação textual e funcional para diferentes níveis de controle de constitucionalidade.<sup>16</sup> E a importância e a originalidade da nota estão em procurar traçar os limites para o exercício da jurisdição constitucional – ainda que se possa discordar do rol elencado por ela e da circunscrição do controle a uma perspectiva procedimentalista. Não é demasiado enfatizar que a nota de rodapé número 4 foi produzida em um cenário de crescente abuso por parte das políticas majoritárias e do declínio do constitucionalismo democrático, principalmente em solo europeu, diante do fim da República de Weimar e da ascensão de regimes totalitários.<sup>17</sup>

Também é importante compreender a redefinição de sentido sofrida pela ideia de “minoria”. A partir da tradição presente na Federalista, o papel do Judiciário na proteção de minorias teria cunho inicialmente econômico, significando proteger a propriedade privada contra eventuais maiorias apaixonadas (facções) que pudessem agredir os “poucos” proprietários da burguesia emergente.<sup>18</sup> Entre 1787 e 1938, a semântica era, já, radicalmente diversa, alcançado as minorias “discretas e insulares” que não apenas sofrem derrotas temporárias na arena política,<sup>19</sup> ou não participam (simplesmente não votam e seus membros não são reconhecidos como cidadãos), ou não possuem predicados que as habilitem a participar da construção discursiva da esfera pública. É pela marginalidade de tais minorias que os processos políticos majoritários são colocados sob suspeita.<sup>20</sup>

16 COVER, Robert. *The Origins of Judicial Activism...* p. 1291.

17 Ver: ARENDT, Hannah. **The Origins of the Totalitarianism**. San Diego: Harcourt Brace, 1976.

18 O Federalista n. 10. HAMILTON; MADISON; JAY. **O Federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 59-67.

19 Explica Strauss que: “They are ‘discrete’ in the sense that they are separate in some way, identifiable as distinct from the rest of society. They are ‘insular’ in the sense that other groups will not form coalitions with them – and, critically, not because of a lack of common interests but because of ‘prejudice’.” (STRAUSS, David A. *Is Carolene Products Obsolete?* p. 1257).

20 Cover lembra que o sentido de “minoria” adotado na nota de rodapé número 4 já havia sido empregado no âmbito

Não há dúvida de que o papel ativo por parte do Judiciário na definição das políticas nacionais é algo que desafia cautela, podendo em certas circunstâncias contrariar as exigências democráticas. No caso *Carolene Products*, procurava-se, ao mesmo tempo, mudar o paradigma da Corte em relação ao seu ativismo anterior e apresentar um conjunto de “limites” que norteariam os momentos em que esta adotaria uma postura contramajoritária.<sup>21</sup>

É possível, por isso, extrair uma teoria da democracia da decisão tomada no caso *Carolene Products*. O processo democrático se apresenta como uma competição entre grupos, na qual derrotas e vitórias momentâneas precisam ser aceitas, já que fazem parte do “jogo”.<sup>22</sup> Contudo, não é aceitável que os competidores sejam arbitrariamente excluídos ou que nunca possam participar do próprio “jogo”. Em análogas situações, que supõem o silenciar de uma parcela dos atores políticos, poderia ser justificada a atribuição de um papel para o Judiciário consistente na correção do processo democrático. Nesse ponto, a questão que permeia a tensão entre o constitucionalismo e a democracia fica mais do que evidente.<sup>23</sup>

Ao defender sua teoria a propósito da jurisdição constitucional em “Democracia e Desconfiança”,<sup>24</sup> John Hart Ely pretendeu delinear o campo de atuação da Corte

---

internacional na década de 1930: “Furthermore, the premise for this international protection was that the nation-state, ordinarily dominated by a single racial, religious, or ethnic group, might fail to afford the benefits of its political processes to the racial, religious, or ethnic minorities within the state.” (COVER, Robert. *The Origins of Judicial Activism...* p. 1298). Para críticas a respeito do conceito de Estado-Nação ver: LORENZETTO, Bruno Meneses. **Direito e desconstrução**: as aporias do tempo, do direito e da violência. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

- 21 “*Carolene* promises relief from the problem of legitimacy raised whenever nine elderly lawyers invalidate decisions of a majority of our elected representatives. The *Carolene* solution is to seize the high ground of democratic theory and establish that the challenged legislation was produced by a profoundly defective process.” (ACKERMAN, Bruce. *Beyond Carolene Products*. **Harvard Law Review**, v. 98, n. 4, 1985. p. 715).
- 22 Para Ackerman, o caso fornece uma teoria da democracia do New Deal como estrutura organizatória: “While judges should defer to the legislature in ordinary economic disputes, ‘a more exacting judicial scrutiny’ might be required when the democratic process malfunctioned – either when the majority denied opponents crucial political rights or when legislation was motivated by prejudice against ‘discrete and insular minorities’.” (ACKERMAN, Bruce. **We The People**: Transformations. p 369).
- 23 “O ponto inicial que ‘assombra’ a tensão entre a democracia e o constitucionalismo está no controle de constitucionalidade. A ideia, apresentada em um primeiro plano, é incômoda: pois, como o governo poder explicar ou justificar uma prática aparentemente não democrática por parte do Judiciário em que produções populares e democráticas (leis) são submetidas a um ‘teste’ de juridicidade por meio de uma lei superior (Constituição)? A busca por harmonizar esses dois lados é o motivo do assombro e envolve polos que acabam por se encontrar radicalmente comprometidos: a defesa do ideal de um governo limitado por normas (constitucionalismo) e o ideal de um governo exercido pelo povo (democracia).” (LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os Caminhos do Constitucionalismo para a Democracia**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 104-105).
- 24 ELY, J. H. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

na solução de casos controversos. Quando e por quais motivos ela deveria interferir na legislação produzida pelo parlamento e declarar sua inconstitucionalidade e, em que momentos ela deveria silenciar, adotando uma postura deferente perante a produção do Legislativo. Como se sabe, a perspectiva adotada por Ely foi chamada de “procedimentalista”.

Deve-se salientar que a obra de Ely emerge em um contexto político diverso daquele da nota de rodapé número 4. Há entre *Carolene Products* (1938) e “Democracia e Desconfiança” (1980) um intervalo temporal preenchido pela Corte Warren (1953 a 1969).<sup>25</sup> O projeto de Ely era o de defender o legado de Warren diante dos ataques conservadores de uma nova Corte.<sup>26</sup> Pretendia, também, deslocar a acusação de “ativismo” destinada às decisões da referida Corte, ou, ao menos, rediscutir o problema democrático relacionado ao controle de constitucionalidade.<sup>27</sup>

Ely aparta as posturas *interpretacionistas* das *não interpretacionistas*. Enquanto as primeiras se restringiriam ao aproveitamento das normas explícitas para a construção do discurso constitucional, as segundas se abrem para o reconhecimento de normas para além do texto constitucional. A distinção entre os interpretacionistas e os seus opositores está no grau de clareza interpretativa que pode vir a ser extraído da

---

25 Warren foi Chief Justice entre 1953 e 1969, porém, de acordo com Owen Fiss: “The Warren Court refers to that extraordinary phase of Supreme Court history that began in the mid-1950's, with *Brown v. Board of Education* and the appointments of Earl Warren (1954) and William J. Brennan, Jr. (1956), and which reached its apogee in the early 1960's, when Justice Frankfurter retired and the liberal wing of the Court achieved a solid majority. Aside from Warren and Brennan, that majority included Hugo Black, William O. Douglas, and Frankfurter's replacement, Arthur J. Goldberg, who served from 1962 until 1965 and then was replaced by Abe Fortas. In 1967, the group of five was strengthened when Thurgood Marshall replaced Tom Clark. Now and then, they picked up the vote of Potter Stewart or Byron White or even that of their most forceful critic, John Harlan, a conservative who often found himself encumbered by his commitment to stare decisis. Earl Warren retired from the chief justiceship in 1969, but the phase of Supreme Court history that bears his name continued into the early 1970's, probably until 1974.” (FISS, Owen. *A Life Lived Twice*. **Yale Law Journal**, v. 100, 1991. p. 1117).

26 “In 1968, Richard Nixon ran against the Warren Court, and in so doing, attacked Justice Brennan as much as anyone, perhaps more so, given the commanding role that Brennan played on that Court.” (FISS, Owen. *A Life Lived Twice*. p. 1121). “(...) la posición de Ely no pretende ser una construcción imaginativa propia, sino que se presenta ante todo como una explicación o interpretación de la jurisprudencia Warren.” (ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. p. 227).

27 Sobre a Corte Warren, explica Ely que sua reputação como “ativista” é devida, mas tal perspectiva precisa ser refinada: “É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo era alimentado não por um desejo por parte da Corte de impor certos valores substantivos que ela considerara importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é contexto em que tais valores *de fato podem ser* corretamente identificados, ponderados e proporcionados entre si – estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade.” (ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. p. 98).

Constituição. Para Ely, *Roe v. Wade* (1973) foi uma decisão não interpretacionista.<sup>28</sup> Sua “desconfiança” se coloca em relação a esta postura.

É que, segundo Ely, esta variante do discurso constitucional dificilmente se concilia com a teoria democrática dos Estados Unidos. Ora, os não interpretacionistas usariam os direitos fundamentais para preencher as lacunas deixadas pelo Legislativo. Este seria o problema central do controle de constitucionalidade: “(...) um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam. Isso pode ser desejável ou não, dependendo dos princípios em que tal controle se baseia.”<sup>29</sup>

Para Ely, tanto a Era Lochner como a Corte Warren podem ser chamadas de “ativistas”. Contudo, a semelhança entre as Cortes intervencionistas termina nesta caracterização inicial. Ao contrário da Era Lochner, a Corte Warren apresentava uma preocupação processual ampla, tendo sido a primeira a considerar o vínculo entre a atividade política e o funcionamento adequado do processo democrático.<sup>30</sup> Ademais, o *modus operandi* da Corte Warren foi inspirado pela nota de rodapé número 4, que dispunha que a função da Corte seria a de manter a máquina do governo democrático funcionando, garantindo a abertura dos canais de participação e comunicação política.<sup>31</sup>

Bem por isso, durante a Corte Warren, o conjunto de classificações suspeitas foi expandido para além do caso central da raça. As classificações suspeitas tratam de

---

28 ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. p. 5. Em *Roe v. Wade* (1973), apesar de a Constituição dos Estados Unidos não mencionar expressamente o direito à privacidade, a Suprema Corte reconheceu que este direito ou a garantia de certas zonas de privacidade existe sob a Constituição. Além disso, concluiu que o direito pessoal à privacidade incluía a decisão a respeito do aborto. O Justice Stewart em suas razões explicou que: “The Constitution nowhere mentions a specific right of personal choice in matters of marriage and family life, but the ‘liberty’ protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment covers more than those freedoms explicitly named in the Bill of Rights”.

29 ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. p. 8.

30 “É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo era alimentado não por um desejo por parte da Corte de impor certos valores substantivos que ela considerara importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é o contexto em que tais valores *de fato podem ser* corretamente identificados, ponderados e proporcionados entre si – estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade.” (ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. p. 98).

31 ELY, p. 101. “(...) o controle judicial de constitucionalidade deve ocupar-se basicamente de eliminar as obstruções ao processo democrático, e a negação do voto parece ser a mais representativa das obstruções.” (ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. p. 156).

leis que apartem os indivíduos segundo um determinado critério sendo certo que, diante do critério, por exemplo, a raça, tal grupo minoritário sofra prejuízo: "(...) um dos conjuntos de classificações que deveríamos considerar suspeitas são aquelas que deixam em desvantagem os grupos que sabemos serem objeto de depreciação generalizada, grupos que se sabemos serem possíveis alvos de danos por parte dos outros (particularmente aqueles que controlam as deliberações legislativas)".<sup>32</sup>

Em defesa da Corte Warren, Rebecca Zietlow enfatizou que a referida Corte promoveu a expansão dos "direitos de pertencimento", ou seja, de direitos de inclusão, de integração ao Estado e "igualdade de filiação" à comunidade política.<sup>33</sup> Sob a óptica da Corte, os direitos de pertencimento reconhecidos pelo Legislativo seriam menos efetivos do que os derivados das decisões judiciais. Com isso, a defesa da deferência, nesse campo, passou para o lado dos conservadores.

Mas Zietlow lembra que a Corte Warren também precisa ser observada em seus momentos de deferência perante os outros Poderes. Durante o período em que Warren foi "Chief Justice", a Corte declarou a inconstitucionalidade de apenas 23 leis federais.<sup>34</sup>

A Corte Rehnquist substituiu o ativismo adotado pela Corte de Warren por uma perspectiva conservadora. O tipo de ativismo de Rehnquist se voltou para proteger governos estaduais contra demandas por direitos civis; agentes estaduais contra exigências regulatórias federais; donos de propriedade privada contra leis de proteção ambiental e brancos contra ações afirmativas.<sup>35</sup>

## A CRÍTICA AO PROCEDIMENTALISMO

Ely foi, como é natural numa sociedade aberta, alvo de críticas. Sua teoria do reforço da representação, apresentada como uma adequada justificativa do controle de constitucionalidade, foi questionada em seus argumentos centrais.

32 ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. p. 206.

33 ZIETLOW, Rebecca E. The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters). **Ohio State Law Journal**, v. 69, 2008. p. 257.

34 ZIETLOW, Rebecca E. The Judicial Restraint... p. 274.

35 BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution. **Virginia Law Review**, v. 87, n.6, 2001. p. 1089.

Para Paul Brest, a jurisdição constitucional, assim como qualquer tipo de jurisdição, envolve sempre uma interpretação. Logo, a dicotomia entre interpretacionistas e não interpretacionistas seria falsa, eis que todos estariam a interpretar a Constituição. Assim, se a adjudicação substancia sempre uma iniciativa hermenêutica, a parte mais promissora do constitucionalismo estaria na investigação do próprio processo interpretativo.<sup>36</sup>

Brest também questionou a “desconfiança” de Ely em relação à atuação jurisdicional voltada para a proteção de direitos substantivos. O reconhecimento de que existem escolhas substantivas muito significativas nos textos constitucionais abre a porta para um passo além do papel que Ely procurou conferir à jurisdição constitucional, qual seja, o de manter os canais abertos para os embates políticos democráticos.

Há uma significativa diferença entre um sistema em que os representantes procuram apresentar justificativas para suas decisões e um sistema determinado exclusivamente pelo poder político.<sup>37</sup>

Para Ely, como afirmado, o controle de constitucionalidade deveria abrir os caminhos para os procedimentos democráticos – sem interferência em causas substantivas. Isso é afirmado a partir da ideia de que os juízes não poderiam incluir seus próprios valores nas decisões. Como explana Ackerman, a perspectiva fundada em procedimentos entende que, embora não se possa convencer nossos legisladores, pode-se insistir que eles tratem as demandas com respeito, considerando os argumentos morais e empíricos que lhe são ofertados, rejeitando-os apenas por meio de um escrutínio que suponha a sua inadequação em função do interesse público. Se um grupo não recebe esse tratamento, não é aceito formalmente para participar do “debate”, ele está a sofrer preconceito, questão

36 BREST, Paul. The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship. *Yale Law Journal*, v. 90, 1981.

37 Cass Sunstein afirma que a ideia de forçar governos a apresentar razões pode ser vista como muito abstrata. Por isso, elenca três casos paradigmáticos que auxiliam na ilustração da importância desta prática: *Plessy v. Ferguson* (1896), em que a Suprema Corte decidiu que a segregação com base na raça não violava a Constituição; *Lochner v. New York* (1905), em que a Suprema Corte invalidou uma lei que estabelecia uma jornada máxima de horas de trabalho para padeiros; *Muller v. Oregon* (1908), em que Suprema Corte manteve uma lei que estabelecia um máximo de horas possível para o trabalho de mulheres. O principal problema das decisões para Sunstein foi o seguinte: “In all three cases, the Court took existing practice as the baseline for deciding issues of neutrality and partisanship. It did so by assuming that existing practice was prepolitical and natural (...)” (SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 41).

que difere de análises que tratam da possibilidade ou da impossibilidade dos argumentos, de seus méritos.<sup>38</sup>

O problema, assinala Cass Sunstein, é que a Constituição especifica vários valores substantivos.<sup>39</sup> Ou seja, a ideia central de democracia representativa demanda a defesa de *valores substantivos*, pois a própria democracia apresenta-se como um valor. Portanto, mesmo as características procedimentais da democracia, como os mecanismos que habilitam a participação política e a pluralidade partidária, estão fundadas em valores.

De acordo com Laurence Tribe, uma dificuldade que se apresenta para aqueles que defendem as teorias procedimentais é o caráter substantivo dos compromissos mais importantes previstos na Constituição, que definem os valores que a comunidade política adota.<sup>40</sup> A liberdade religiosa, a proibição da escravidão, a proteção à propriedade privada são exemplos de valores substantivos.

Aquilo que é “enigmático” para Tribe é que se procura afirmar que a Constituição deveria estar preocupada com *processos* e não com *substâncias*. Porém, mesmo os procedimentos mais formais não podem ser compreendidos na ausência de uma teoria que demanda escolhas substantivas controversas.

Em direção análoga, para Sunstein, ao menos a base dos argumentos deve encontrar sustentação em razões substantivas e Ely não apresenta a defesa dos argumentos substantivos que dão suporte ao controle de constitucionalidade.<sup>41</sup>

O problema de uma perspectiva estritamente formalista é que ela não se importa com as *distorções comunicativas* advindas do uso de princípios interpretativos no movimento de atribuição de sentido aos textos jurídicos. Tanto os formalistas como aqueles que defendem o *status quo* não levam em consideração as disputas

---

38 As Cortes deveriam, portanto, procurar remediar de maneira adequada tais procedimentos, sem que os juízes viessem a enfrentar a tarefa “suspeita” de prescrever valores substantivos: “If *Carolene* somehow hoped to find a shortcut around this substantive inquiry into constitutional values, its journey was fated to fail from the outset. The difference between the things we call ‘prejudice’ and the things we call ‘principle’ is in the end a substantive moral difference. And if the courts are authorized to protect the victims of certain ‘prejudices’, it can only be because the Constitution has placed certain normative judgments beyond the pale of legitimacy.” (ACKERMAN, Bruce. *Beyond Carolene Products*. p. 740).

39 SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. p. 104.

40 TRIBE, Laurence. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. **Yale Law Journal**. v. 89, 1980. p. 1063.

41 SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. p. 106.

substantivas que são travadas na *atribuição de sentido* normativo para os textos, característica que restringe o alcance epistêmico delas.

Além disso, no que tange à definição de minorias, pode-se questionar de maneira legítima se um grupo foi marginalizado dos processos políticos por fatores exógenos – alheios à sua esfera de ação –, ou por fatores endógenos.<sup>42</sup> A decisão que caberá à Corte não supõe apenas avaliar o grau de marginalização do grupo minoritário, mas se o próprio grupo deve participar do processo político.<sup>43</sup> A retórica constitucional que permeia a doutrina seria a de que a Corte não deveria realizar julgamentos substantivos, porém, a decisão sobre a situação de marginalidade de um grupo não pode ser apenas “técnica”, ela será necessariamente política e valorativa.

A crítica endereçada à doutrina derivada de *Carolene Products* está no papel político que a jurisdição precisa ocupar ao reconhecer e proteger as minorias, algo que, em princípio, desafia a formação dos juízes. Ainda, a questão da “ausência de poder” de certas minorias também não encontra acolhimento pleno, pois a “insularidade” (ou marginalidade) de cada grupo social possui suas particularidades históricas. Por isso, há necessidade de uma contínua atualização no processo de compreensão dos grupos tidos como excluídos do espaço de deliberação democrática.<sup>44</sup>

A Corte, no caso, deve autorizar os resultados substantivos que seriam obtidos na arena política caso as minorias não tivessem sido histórica ou sistematicamente

42 Como exemplo extremo, um grupo de bandidos não forma um grupo minoritário com apelos políticos legítimos, eles foram excluídos por praticarem um crime, ou seja, por motivos devidos. O cenário é completamente distinto de minorias que não conseguem ter acesso a posições sociais adequadas ou não possuem o direito ao voto ou pessoas que são perseguidas por pertencer a um grupo religioso minoritário, tais são casos de exclusão indevida do processo democrático.

43 “Do gays and lesbians, for example, constitute a discrete and insular minority within the meaning of the *Carolene Products* footnote, so that courts should develop special rules to protect them against laws that disadvantage them?” (STRAUSS, David A. *Is Carolene Products Obsolete?* p. 1266). Kenji Yoshino afirma que: “The gay tipping point might suggest that Justice Stone was correct in his original assessment that ‘discrete and insular minorities’ were more likely to be politically powerless. Opponents of gay rights have long argued that gays are an extremely politically powerful minority, and therefore should not receive the protection of the courts. The temptation here might be to argue that political powerlessness should not be necessary to a finding of heightened scrutiny. But we should not jettison the concept of political powerlessness as a precondition of heightened scrutiny. Instead, we should refine it.” (YOSHINO, Kenji. *The Gay Tipping Point*. **UCLA Law Review**, v. 57, 2010. p. 1542).

44 A decisão do caso *Carolene Products* foi incomodamente próxima das Leis de Nuremberg que retiraram dos judeus alemães seus direitos civis. Isso serviu para lembrar os americanos da retirada dos direitos civis dos negros. As consequências de decisões políticas majoritárias eram gritantes. A marginalidade de tais minorias permitiu que judeus e negros fossem alvo da exclusão do corpo político.



excluídas dos processos democráticos de deliberação e barganha. Neste ponto, cumpre reconhecer que existem grupos que são “anônimos e difusos” (como os pobres) e que acabam em perpétua desvantagem em uma democracia pluralista.<sup>45</sup>

Ackerman critica a pouca inclusão que o conceito de minoria produz em sua relação com a questão do preconceito. Dois exemplos ilustram a questão. O fato de os homossexuais serem uma minoria relativamente anônima não diminui o preconceito e, de outra sorte, o sexismo continua a ser um problema na realidade das mulheres, uma maioria “difusa e discreta”.<sup>46</sup>

Para Ackerman, a ênfase na questão do preconceito pode abrir outra possibilidade de justificação do controle de constitucionalidade eis que, na hipótese, as Cortes não seriam apenas corretoras do processo democrático, mas, também, “críticas últimas do pluralismo”.<sup>47</sup> De acordo com tal prisma, os juízes passariam a responder a um dever de proteção das minorias contra o preconceito, com fundamentos substantivos derivados do conjunto de valores albergados na Constituição.

A fértil construção em torno de *Carolene Products* continua presente no pano de fundo de diversos precedentes e decisões da Corte.<sup>48</sup>

Em *Bush v. Gore*, relatam Balkin e Levinson, a Suprema Corte providenciou um “curto circuito” no processo de representação democrática.<sup>49</sup> Decidindo um dos processos políticos mais sensíveis do país, ela determinou a interrupção do processo eleitoral que ainda ocorria (recontagem de votos).

45 ACKERMAN, Bruce. *Beyond Carolene Products*. p. 724.

46 ACKERMAN, Bruce. *Beyond Carolene Products*. p. 731.

47 ACKERMAN, Bruce. *Beyond Carolene Products*. p. 741.

48 A dissidência da Justice Ginsburg na decisão do caso *Fisher v. University of Texas* (2013) é um exemplo disso. Para Ruth Ginsburg, as ações afirmativas são uma forma de os membros da maioria fornecerem uma vantagem para os da minoria em vez de tratá-los injustamente. O legado de *Carolene Products* adverte que no caso de direitos que afetem minorias a Corte deve usar o “controle estrito” (*strict scrutiny*), a mais rígida das formas de controle de constitucionalidade. Contudo, Ginsburg entendeu que não seria o caso do uso de tal medida, pois as ações afirmativas, em vez de vitimizarem uma minoria, procuram modestamente elevar sua condição social. Em sua decisão anotou que: “Texas’ percentage plan was adopted with racially segregated neighborhoods and schools front and center stage. (...) It is race consciousness, not blindness to race, that drives such plans.”. Outra relação que pode ser traçada está na influência de John Hart Ely sobre o Justice Stephen Breyer, como pontuou Cass Sunstein: “Like Ely, Breyer does not rule out the view that courts should take an aggressive role in some areas, above all in order to protect democratic governance.” (SUNSTEIN, Cass. *Justice Breyer’s Democratic Pragmatism*. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 7, 2006. p. 1722). Ver: BREYER, Stephen. *Active Liberty*. Vintage: New York, 2006.

49 BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. *Understanding the Constitutional Revolution*. p. 1081.

Como reflexo da decisão, os republicanos passaram a ter maioria e controlar os três Poderes por um determinado período. O perigo do caso está no uso da jurisdição constitucional para garantir o domínio de um grupo político sobre os Poderes ou sua permanência no Poder por tempo indeterminado, ainda que sem apoio popular. Para Balkin e Levinson, esta seria a “verdadeira dificuldade contramajoritária”,<sup>50</sup> e não aquela derivada das mudanças interpretativas que seguem a ascensão e a queda de partidos políticos, influenciando a composição da Suprema Corte.

Não por acaso, a teoria derivada de *Carolene Products* recomenda o uso do nível mais elevado de escrutínio (*strict scrutiny*) contra as medidas legislativas que procuram reforçar os próprios poderes. O caso *Bush v. Gore* acendeu o alerta para a possibilidade de um ataque advindo não apenas pela via “tradicional” do Legislativo, mas realizada pelo próprio Judiciário.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão das mudanças que ocorrem nas diferentes configurações das Cortes permite analisar, em contrapartida, as respostas que foram formuladas para seus julgamentos. A forma recorrente de questionar variações paradigmáticas está na proposição de considerações a respeito do papel que o Judiciário deve ocupar no quadro da organização dos Poderes e, como consequência, como o controle de constitucionalidade se articula em tal composição.

Os opositores da jurisdição constitucional expõem argumentos que vão desde o desrespeito aos precedentes como a violação à Constituição e os ataques às modalidades interpretativas adotadas. Se a postura ideológica é favorável, defende-se uma posição ativista por parte da Corte. Se a Corte adota direção oposta, argumenta-se em prol da autocontenção e da deferência, diante da ausência de legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

Duas das mais importantes objeções ao contemporâneo papel da Suprema Corte nos Estados Unidos, como o minimalismo advogado por Sunstein<sup>51</sup> e

50 BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. *Understanding the Constitutional Revolution*. p. 1083.

51 SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

a proposta de valorização de manifestações populares, defendida por Mark Tushnet,<sup>52</sup> se colocam nessa polarização, questionando as mudanças promovidas pela Suprema Corte em suas últimas configurações conservadoras.<sup>53</sup>

De acordo com Levinson e Balkin, a qualidade de uma Corte não será avaliada estritamente por seu respeito aos precedentes, mas também pelo conjunto de princípios substantivos que ela maneja ao articular suas novas doutrinas.<sup>54</sup> Isso se aplica tanto para a Corte Warren como para a Era Lochner.<sup>55</sup>

Convém, portanto, analisar os princípios constitucionais que a Corte endossa, de maneira explícita ou implícita, em suas decisões. Logo, deve-se não apenas reconhecer que ela ocupa um papel destacado no desenho institucional desta ou daquela formação política, mas sua capacidade de tomar decisões que afetam de maneira decisiva, para melhor ou para pior, a vida da comunidade política. Por isso, no Século XXI, de forma mais contundente do que em cenários históricos passados, deve-se cuidar e vigiar o papel da Corte em seus momentos de produção da “alta política”, bem como averiguar como ela confere “vida” para a Constituição, por meio da afirmação ou da negação de princípios constitucionais.<sup>56</sup>

Ainda que as críticas dirigidas ao procedimentalismo sejam bastante relevantes, muitas vezes irresponsáveis mesmo, cumpre reconhecer que a partir de *Carolene Products* foi possível identificar um conjunto de padrões por meio dos quais cumpriria à Corte decidir, adotando postura mais ativa, em função, inclusive, do manejo de escrutínio mais rigoroso, ou deferente em relação à produção

---

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

53 BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution. p. 1084. Sob a Presidência do Justice Roberts, espera-se que a Suprema Corte siga uma pauta mais conservadora, permitindo maior interferência da religião na esfera pública, a maior participação de corporações nos processos eleitorais e a ampliação do espectro que garante o direito de portar armas, previsto na 2ª Emenda. De outra sorte, direitos ligados às ações afirmativas, ao aborto e à defesa de réus criminais tenderiam a ser reduzidos.

54 BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution. p. 1084.

55 “Chief Justice Roger Taney’s poor reputation is not based on his embrace or rejection of minimalism, but on his support for slavery. Justice William Brennan’s towering reputation rests not on his treatment of precedents or his embrace of judicial restraint but on the fact that he was on the politically progressive side of most controversies concerning civil liberties and civil equality. Stated more correctly, he was on the right side as judged by subsequent history (at least so far), whereas Taney was not.” (BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution. p.1084).

56 Tais princípios, em sua grande maioria, possuem abrigo tanto no sentido formal como material da Constituição.

legislativa, diante de escrutínio menos exigente.<sup>57</sup>

A nota de rodapé número 4 fornece uma “direção” para a justificação e para o funcionamento da jurisdição constitucional e, por isso, entende-se que a decisão em *Carolene Products* ainda pode orientar debates contemporâneos acerca do tema, mesmo em diferentes países.

Ainda que seja imperioso reconhecer a diferença de contextos e práticas, os problemas suscitados pela nota de rodapé são pertinentes em qualquer Estado democrático de Direito.

Essa discussão é relevante, também, para nós, no hemisfério sul, diante dos recentes questionamentos a respeito do papel do Supremo Tribunal Federal no desenho institucional brasileiro. Quando, afinal, deve o STF ser “ativista” ou “deferente”?<sup>58</sup>

Embora insuficiente, especialmente na circunstância de uma Constituição substantivamente exuberante como a nossa, afirmar que o Supremo Tribunal Federal deve proteger a dissidência política (o próprio direito de oposição política), desbloquear o processo democrático e proteger minorias marginalizadas, em suma, garantir que a democracia continue aberta e inclusiva e fornecer instrumentais para combater eventuais adversidades, não é pouco<sup>59</sup>.

Por fim, se a democracia procedimental e a sua justificação para a realização do controle de constitucionalidade não podem ser abraçadas como um programa definitivo para a jurisdição constitucional, elas fornecem um importante ponto de partida para qualquer discussão acerca do processo e da substância das organizações políticas democráticas.

---

57 Ao que parece, os ataques à judicialização da política querem que as coisas voltem a um lugar que nunca existiu. Mais relevante do que acusar o outro Poder de adentrar em suas competências seria perceber que existe uma variação ondulante (contingente) entre os espaços legitimados para a tomada de decisão e que, em termos futuros não há como definir um controle rígido sobre quem passará a decidir qual matéria. A preservação da tensão entre o constitucionalismo e a democracia demanda mecanismos institucionais que garantam que um não venha a colonizar o outro por inteiro.

58 A respeito da relação entre procedimentalismo e substancialismo no Brasil ver a obra pioneira de Luiz Werneck Vianna: WERNECK Vianna, Luiz *et al.* **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

59 Para discussões a respeito da importante proposta da democracia deliberativa ver: HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. Cambridge: The MIT Press, 1998; NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997; SHAPIRO, Ian. **The State of Democratic Theory**. Princeton: Princeton University Press, 2003.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. Beyond Carolene Products. **Harvard Law Review**, v. 98, n. 4, 1985.
- ACKERMAN, Bruce. **We The People: Transformations**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- ARENDT, Hannah. **The Origins of the Totalitarianism**. San Diego: Harcourt Brace, 1976.
- ARISTOTLE. **Politics**. London: William Heinemann, 1932.
- BALKIN, Jack M., LEVINSON, Sanford. Understanding the Constitutional Revolution. **Virginia Law Review**, v. 87, n.6, 2001.
- BREST, Paul. The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship. **Yale Law Journal**, v. 90, 1981.
- BREST, Paul. The Substance of Process. **Ohio State Law Journal**, v. 42, 1981.
- BREYER, Stephen. **Active Liberty**. Vintage: New York, 2006.
- COVER, Robert. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. **The Yale Law Journal**, v. 91, n. 7, 1983.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ELY, J. H. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006.
- FISS, Owen. A Life Lived Twice. **Yale Law Journal**, v. 100, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. Cambridge: The MIT Press, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. **Theory and Practice**. Boston: Beacon Press, 1973.
- HAMILTON; MADISON; JAY. **O Federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Ícone, 2000.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **Direito e desconstrução**: as aporias do tempo, do direito e da violência. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os Caminhos do Constitucionalismo para a Democracia**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

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

ROSENFELD, M. Bush v. Gore: three strikes for the Constitution, the Court, and democracy, but there is always next season. In: JACOBSON, A. ROSENFELD, M. **The Longest Night**: polemics and perspectives on election 2000. Berkely: University of California Press, 2002.

SHAPIRO, Ian. **The State of Democratic Theory**. Princeton: Princeton University Press, 2003.

STRAUSS, David A. Is Carolene Products Obsolete? **University of Illinois Law Review**, vol. 2010, n. 4, 2010.

SUNSTEIN, Cass. Justice Breyer's Democratic Pragmatism. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 7, 2006.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

TRIBE, Laurence. **Constitutional Choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

TRIBE, Laurence. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. **Yale Law Journal**. v. 89, 1980.

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

WERNECK Vianna, Luiz *et al.* **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

YOSHINO, Kenji. The Gay Tipping Point. **UCLA Law Review**, v. 57, 2010.

ZIETLOW, Rebecca E. The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters). **Ohio State Law Journal**, v. 69, 2008.

Recebido em: mar/2015

Aprovado em: abr/2015