

# Stephen Griffin e a nova crítica democrática ao judicial review

José Guilherme Berman Corrêa Pinto\*

## 1. Introdução

O autor americano Stephen M. Griffin, professor da Universidade de Tulane, fez publicar, entre os anos de 2000 e de 2003, uma série de três artigos abordando a temática do *Judicial Review* e sua inserção no panorama estadunidense atual, definido por ele como uma “Democracia de Direitos”<sup>1</sup>.

Os textos procuram fazer uma descrição do desenvolvimento histórico do *judicial review* no direito norte-americano, contrastando o instituto com as conjunturas políticas atravessadas por aquele país ao longo dos últimos 200 anos. GRIFFIN propõe, ao final, o que ele chama de “*Teoria Democrática do Judicial Review*”, que se pretende adequar à situação política atual vivida nos Estados Unidos, propondo uma

---

\* Mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional na PUC-Rio, email: jose.guilherme@terra.com.br

<sup>1</sup> 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.” (Apresentado na Reunião Anual da Political Science Association, 2000, mimeo, pp. 1-25), in *Const. Comm.*, vol. 17, 2000, pp. 683-701; “Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights”, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 4, nº 2, janeiro de 2002, pp. 281-313. Disponível para download em <<http://www.law.upenn.edu/conlaw/thetablecon.html>>, acesso em 05/06/04 e “The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights.” (Apresentado na Reunião Anual da American Political Science Association, 2002, mimeo, pp. 1-74). *Tulane Law School Working Paper* nº 2003-01, Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=441240>>, acesso em 05/06/04.

redefinição do papel que a jurisdição constitucional deve exercer na maior potência global do mundo nos dias de hoje.

A atualidade deste tópico no constitucionalismo brasileiro é inegável, como se pode perceber não só na doutrina, que desvia sua atenção para temas como “dificuldade contra-majoritária”<sup>2</sup>, como na atuação do Supremo Tribunal Federal, que vem demonstrando certa dificuldade em decidir casos nos quais o limite entre a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário não são bem definidos<sup>3</sup>.

## 2. As críticas de Cass Sunstein e Mark Tushnet

GRIFFIN inicia sua trilogia sobre o *judicial review* com um ensaio sobre duas obras de importantes constitucionalistas americanos que também abordam esta temática<sup>4</sup>. As primeiras considerações tecidas no ensaio assinalam que a discussão acerca desta temática retorna ao foco das atenções dos estudiosos após um longo período no qual a interpretação constitucional foi o centro das atenções e o *judicial review* passou a ser tomado como inquestionável.

Outro ponto destacado como sendo comum aos dois autores é que a crítica que ambos formulam ao *judicial review* não se restringe à “dificuldade contra-majoritária” (que veremos mais adiante), preferindo

---

<sup>2</sup> Podem ser citados como exemplos de autores que em obras recentes dedicaram-se ao tema BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, cap. VI, BINEMBOJN, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte, Del Rey, 2004 e LIMA, Martonio Mont’Alverne B. Lima. *Jurisdição Constitucional: Um Problema da Teoria da Democracia Política*, in NETO, Cláudio Pereira de Souza et alll. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, pp. 199-254 e LIMA, \_\_\_\_\_. A Democratização das Indicações para o Supremo Tribunal Federal, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional)*, vol. 3, 2003, pp. 509-521.

<sup>3</sup> Emblemático desta situação foi o caso julgado na ADPF nº 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde objetivando o reconhecimento de que o art. 128, I e II do Código Penal (crime de aborto) não se aplica aos casos de interrupção da gestação de fetos anencefálicos. O Relator do feito, Ministro Marco Aurélio, concedeu a liminar requerida que, posteriormente, foi revogada pelo Pleno em votação apertada na qual se discutiu, inclusive, a legitimidade do próprio STF para apreciar aquela matéria.

<sup>4</sup> Os livros analisados são SUNSTEIN, Cass R. *One case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999 e TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

enfrentar a questão de qual tipo de *judicial review* seria adequado para um panorama de democracia deliberativa. O exame que ambos fazem do papel desempenhado pela Suprema Corte é institucional, e não voltado para questões de interpretação constitucional.

Antes de adentrar ao exame das teorias propostas por SUNSTEIN e TUSHNET, GRIFFIN assinala que a compreensão tradicional da política americana estabelece que as legislaturas ordinárias ou até mesmo o Congresso Nacional podem, em certas ocasiões, violar os direitos constitucionais assegurados aos cidadãos daquele país. O papel da Suprema Corte, assim, seria exatamente o de se contrapor às maiorias legislativas e, quando necessário, afastar a aplicação de regras que infrinjam os direitos e as liberdades civis.

Entretanto, citando diversos casos concretos analisados pela Suprema Corte, GRIFFIN constata que muitas das vezes o tribunal máximo dos Estados Unidos tem atuado não na proteção dos direitos constitucionais, mas, ao revés, na destruição deles, anulando com suas decisões estatutos legislativos que conferiam uma maior proteção a grupos minoritários. Ou seja, em várias ocasiões recentes, o Poder Legislativo teria atuado como um protetor dos direitos civis mais eficaz do que a própria Suprema Corte.

A partir do momento em que a Suprema Corte se afasta de seu papel como guardião dos direitos constitucionais, especialmente aqueles que protegem minorias (por exemplo, religiosas ou étnicas), sua legitimidade como detentora da última palavra em matéria de defesa da Constituição passa a ser questionável, caindo por terra a justificativa tradicional do *judicial review*. É o que tem acontecido no período pós-*New Deal*, o que tem colocado um sério problema teórico para os estudiosos, assim como um problema político prático para a Suprema Corte.

No panorama contemporâneo, GRIFFIN destaca que as novas políticas do *judicial review* não enfrentam um Congresso que, no exercício da representação conferida pela maioria, viole frequentemente direitos, e que teria seu contraposto em uma Suprema Corte que defendesse tais direitos. Com isso, não se pode dizer que alguma instituição governamental tenha uma forte vantagem comparativa em relação às demais na proteção dos direitos fundamentais, o que tradicionalmente é apontado como justificava da prática do controle jurisdicional da legislação. Isso faz com que as justificativas tradicionais deste controle cedam lugar a novos argumentos e preocupações.

## 2.1. O Minimalismo Judicial de Cass Sunstein

SUNSTEIN defende uma prática à qual chama “minimalismo judicial”. Esta idéia significa que, em casos constitucionais controversos, a Suprema Corte deve atuar de modo contido, evitando fazer uma intensa exposição de princípios e também se abstendo de estabelecer regras que se apliquem de maneira demasiadamente ampla. Isso não significa que a Corte não possa invalidar atos legislativos que não estejam de acordo com a Constituição, mas, ao fazê-lo, ela deverá deixar diversas matérias não decididas.

GRIFFIN ressalta a valiosa contribuição de SUNSTEIN ao identificar o minimalismo como uma alternativa tanto para o ativismo judicial como para conter o debate acerca do *judicial review*. Porém, indica que este autor se equivoca ao afirmar que o minimalismo tem sido prática comum na Suprema Corte ao longo dos anos 90, inclusive porque não é apresentado um rol consistente de decisões que confirmem esta prática.

O minimalismo defendido por SUNSTEIN possui duas dimensões: por um lado, as decisões judiciais devem ser “estritas”, em vez de “largas”, e “rasas”, em vez de “profundas”. São estreitas na medida em que a Corte decide simplesmente o caso concreto, sem antecipar como outros casos análogos seriam resolvidos. E são rasas na medida em que não tentem justificar a decisão por meio de uma discussão acerca de princípios constitucionais básicos. O que GRIFFIN aponta como equivocado na obra de SUNSTEIN é exatamente que vários dos casos por ele analisados não se encaixam nesta definição, não se comprovando, assim, a efetiva prática, pela Suprema Corte, do minimalismo judicial. Embora haja alguns exemplos práticos, não são suficientes para caracterizar uma teoria geral do *judicial review* nos anos 90.

## 2.2. A Constituição Delgada de Tushnet

TUSHNET apresenta uma outra teoria acerca do *judicial review* em sua obra *Taking the Constitution Away from the Courts*. 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 teor do direito constitucional faz com que as opiniões emitidas fora dela não tenham qualquer validade, a não ser que a própria Corte as adote.

Para isso TUSHNET introduz o que ele chama de “Constituição Delgada”, interpretada através de um significado populista. A “Constituição Delgada” tem seu conteúdo definido pelos princípios articulados na Declaração de Independência e no Preâmbulo da Constituição, e não por aquelas matérias às quais a Suprema Corte atribui tal *status*.

A questão enfrentada por TUSHNET é a de como a Constituição é interpretada fora dos tribunais federais, em especial em comparação com a habilidade do Congresso Nacional em realizar tal interpretação. E, afirma TUSHNET, 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 jurídico.

O desenvolvimento da teoria de TUSHNET passa ainda pela análise política da forma como os liberais têm defendido o papel da Suprema Corte na defesa dos 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.

Mesmo quando as posições liberais prevalecem na Suprema Corte, tais como o aborto e o direito de liberdade de expressão no universo cibernético, essas decisões têm um efeito negativo, consistente na reação dos conservadores que as contra-atacam apoiando legislações que restrinjam tais direitos, ou seja, que sejam capazes de superá-las. Além disso, e mais importante, eles tentam influenciar o processo de indicação de juízes, garantindo, no futuro, apoio judicial às suas posições.

Para TUSHNET, os liberais têm sido muito defensivos, quando deveriam ter se debruçado sobre os novos problemas do direito constitucional e articulado uma agenda para a teoria constitucional que fosse além da simples proteção do passado.

### **2.3. A superação da “dificuldade contra-majoritária”: a nova crítica democrática ao *Judicial Review***

Como dito, as críticas formuladas por TUSHNET e SUNSTEIN, diferentemente das tradicionais objeções ao *judicial review*, não passam pela “dificuldade contra-majoritária”, ou seja, pelo questionamento acerca da legitimidade que um grupo de juízes não-eleitos têm de interferir na

deliberação legislativa realizada pelos representantes eleitos pelo povo. Isto não acontece porque ambos os autores vêem a democracia como um valor, e não simplesmente como uma norma, ou a única norma a ser protegida. Ambos admitem que existem outros princípios e direitos individuais que merecem proteção, inclusive contra eventuais deliberações da maioria.

Assim, a crítica formulada não é uma crítica externa, como a “dificuldade contra-majoritária”, mas sim uma crítica interna, que reconhece a legitimidade da Suprema Corte para proteger direitos (especialmente aqueles que protejam minorias raciais e grupos religiosos). Direitos e democracia são, portanto, compatíveis. O que os autores estudados questionam é a supremacia da Corte para definir quais os direitos que cada um possui. Para eles os direitos constitucionais devem ser definidos mediante o processo democrático, e GRIFFIN destaca que isso deve ser feito com a contribuição dos três poderes governamentais.

Nesta nova crítica democrática ao *judicial review*, a questão não é mais sob quais circunstâncias os direitos fundamentais devem ser protegidos contra a incursão legislativa, mas sim quais direitos devem ser criados, quem deve assegurá-los e qual instituição deve ter a última palavra a respeito de seu escopo e significado. É aqui que se faz importante a noção de “Democracia de Direitos”, que, para GRIFFIN, configura o panorama atual dos Estados Unidos e que, em última instância, vai fundamentar a crítica por ele formulada.

### 3. A “Democracia de Direitos” e o papel dos Poderes governamentais

GRIFFIN passa a discutir, então, a necessidade de desenvolvimento de uma crítica ao *judicial review* que leve em conta a necessidade de adequação desta instituição às características de uma “democracia de direitos”. Sua argumentação é historicista, ou seja, ela leva em conta o panorama atual que envolve a democracia estadunidense, reconhecendo, inclusive, que a crítica oferecida não seria pertinente algumas décadas atrás. Isto porque, somente com as conquistas advindas do movimento dos direitos civis os Estados Unidos passaram a ser uma democracia de direitos, forçando, assim, uma mudança no debate sobre o *judicial review*.

Na “democracia de direitos” defendida por GRIFFIN, três características devem ser salientadas: (1) os direitos individuais constitucionais

e legais são vistos como importantes e úteis por todos; (2) todos os três poderes do governo nacional, assim como os governos estaduais e locais, têm tido algum sucesso na criação, promoção e defesa de tais direitos; e (3) o Poder Judiciário é reconhecido claramente como um fórum chave para testar reivindicações de direitos pelos interesses políticos que os suportam ou opor indicações de juízes objetivando avançar na sua própria agenda de direitos.

Esta última característica é especialmente importante, pois a politização ou democratização do processo de indicação para a Suprema Corte significa que é difícil para ela ter um papel especial, que vá além daquele exercido pelos outros poderes políticos, em defender a agenda de direitos de qualquer grupo particular. Desta forma, o Judiciário encontrar-se-ia na mesma posição dos outros Poderes no que tange à política de direitos.

Uma implicação disso tudo é que o *judicial review* não deverá nunca ser exercido com o condão de restringir o escopo de qualquer direito constitucional. Só que isso não vem acontecendo, e o Judiciário, por diversas vezes nos últimos anos, atuou na destruição de direitos civis criados pelo Legislativo, especialmente em matérias de ação afirmativa em favor dos afro-americanos, de deficientes físicos e de liberdade de religião.

O que não se deve é ignorar o papel dos outros poderes na criação e na defesa dos direitos individuais. GRIFFIN assinala que, em algum momento dos anos 60, os poderes eleitos do governo perceberam que tinham a ganhar com a aprovação de leis que protegessem os direitos civis. Foi somente a partir daí que os Estados Unidos se tornaram uma “democracia de direitos”, onde todos os cidadãos norte-americanos possuem plenos direitos de cidadania e a lógica constitucional de separação de poderes começa a trabalhar a favor da política de defesa dos direitos civis, como já o fizera em outras matérias. Nesta situação, se um dos poderes eleito ameaçasse os direitos civis, o cidadão poderia recorrer ao Poder Judiciário para protegê-lo, assim como, no caso em que o Judiciário ameaçasse tais direitos, o cidadão poderia recorrer aos poderes eleitos para a correção desta injustiça.

A Suprema Corte teve, com efeito, um papel histórico importante na defesa dos direitos fundamentais dos americanos contra os excessos da democracia majoritária. Mas, para GRIFFIN, isso não quer dizer que a Suprema Corte estava protegendo os cidadãos contra a democracia,

mas sim que ela estava apta a proteger alguns direitos numa época em que os Estados Unidos ainda não tinham adquirido o status de “democracia de direitos”. Com a aquisição de tal status, a proteção dos direitos passa a fazer parte da agenda pública e, mais importante, torna-se reivindicação política dos cidadãos norte-americanos. Com isso, cresce o papel do Judiciário, em especial da Suprema Corte, na política interna.

Quando os outros ramos do poder percebem a importância do Poder Judiciário nas políticas de direitos civis, passa a ser importante para os grupos políticos controlar a composição deste poder. O ápice desta situação de controle das indicações para a Suprema Corte acontece nos anos do governo Reagan, durante o qual é criada uma força-tarefa para analisar o perfil de cada um dos possíveis indicados para as cortes federais, sendo desde logo descartados aqueles que não estejam de acordo com a política republicana em matéria de direitos individuais. Entre estes critérios estavam a recusa em criar novos direitos constitucionais para os cidadãos, respeito à esfera de cada um dos poderes governamentais, e respeito por valores tradicionais.

No momento em que a administração presidencial passa a olhar para a Suprema Corte com tamanha atenção, cuidando para que sejam indicados juízes que não admitam a criação de novos direitos individuais, é evidente que as minorias deixam de ser protegidas por aquela instituição. Ou seja, depois que as maiorias percebem que poderiam ter seus interesses desrespeitados pela Suprema Corte, cuidam para moldar o caráter dela, fazendo da mesma a sua própria voz. E o Judiciário, assim, perde o papel importante que exercia na defesa das minorias.

Nesta atmosfera politizada que caracteriza a democracia de direitos, não existe um verdadeiro porto seguro para a proteção de valores políticos. Este é o grande legado do movimento pelos direitos civis: não um rol de valores fundamentais baseado numa teoria da Justiça, mas sim um rol de arenas democráticas prontas para decidir politicamente discussões concretas acerca dos direitos.

#### 4. A evolução histórica do *Judicial Review*

O terceiro texto de GRIFFIN inicia-se por um minucioso exame da instituição do *judicial review* desde o seu surgimento, no paradigmático caso *Marbury v. Madison*, até os dias de hoje. O autor começa destacando que a era de Marbury é a nossa própria era, a era da supremacia judicial



incontestável. Para ele, a Corte hoje não sente mais a necessidade de justificar a si mesma por meio de uma teoria do *judicial review*. Assim, a época em que as teorias do *judicial review* dominavam as preocupações dos estudiosos de direito constitucional cedeu lugar nos últimos quarenta anos para reflexões acerca da interpretação constitucional.

Em resumo, duas questões podem ser apontadas como o coração das teorias constitucionais ao longo de décadas: o que a Constituição significa e quem decide isso. O conflito existe na questão de qual delas teria primazia sobre a outra. GRIFFIN concentra seus estudos na segunda, enfrentando o fato de que estamos entrando em uma era na qual direitos criados mediante deliberação democrática estarão sujeitos ao crivo do Judiciário. Por isso, sua tentativa é a de responder à questão institucional de qual ramo do governo estaria na melhor posição para defender os direitos constitucionais.

O que GRIFFIN tenta demonstrar é que as justificativas utilizadas à época de *Marbury v. Madison* não são mais aplicáveis nos dias de hoje, e que a própria instituição do *judicial review* não é mais a mesma, necessitando de adaptações para se adequar à realidade de uma democracia de direitos. Ou seja, muito embora o termo *judicial review* seja utilizado tanto para a prática de controle jurisdicional que hoje exerce a Suprema Corte estadunidense quanto para a prática adotada no século XVIII, existem diferenças abissais entre as mesmas.

Analisando a instituição em exame na República Antiga, GRIFFIN afirma ser um erro utilizar o termo *judicial review* para a prática defendida por Alexander Hamilton (O Federalista nº 78) e pelo Juiz Marshall no caso *Marbury v. Madison*. Esta afirmação pode ser confirmada, segundo o autor, em primeiro lugar pela obviedade de que nenhum dos dois juristas citados utilizava a expressão. Mas, além disso, pode ser confirmada na medida em que a prática que eles defendiam não se encaixa na instituição do *judicial review* tal como encontrada no século XXI. A compreensão do escopo do *judicial review* que a *founding generation* possuía era absolutamente diferente, e não é mais aceita. Por isso, as circunstâncias históricas acabaram por exterminar com a importância que a fundamentação encontrada em *Marbury v. Madison* possui (ou deveria possuir) nos dias de hoje.

A instituição do *judicial review* hoje compreende quatro pontos centrais: o poder de invalidação (*void power*), a independência judicial,

a vitaliciedade dos Juízes e a supremacia judicial. Desses quatro, apenas dois estão presentes na Constituição (independência judicial e vitaliciedade), enquanto que os demais foram introduzidos através do tempo. É feita uma distinção entre os elementos (1) que existiam na República Antiga e que permanecem até os dias de hoje; (2) aqueles que existiram na República Antiga e não mais existem e, por fim; (3) aqueles que foram criados posteriormente.

No primeiro grupo, GRIFFIN coloca a independência judicial, o poder de anulação e a vitaliciedade dos Juízes. E destaca que, diferente do que se possa imaginar, o poder de anulação dos atos inconstitucionais não é equivalente ao poder do *judicial review* tal como existe hoje. Isto porque a idéia de poder de anulação, tal como desenvolvida por Hamilton, incluía certos limites ao seu exercício que hoje não são mais aplicados. Estes limites compõem exatamente o segundo grupo dos elementos citados, qual seja, aqueles que existiam na República Antiga mas se perderam com o tempo.

São dois os elementos que não existem mais: (a) a regra do caso duvidoso, e (b) uma compreensão substancialmente diferente da relação entre direito e política.

A regra do caso duvidoso estava presente tanto no texto de Hamilton em O Federalista quanto na fundamentação de Marshall em *Marbury v. Madison*. Ela estabelece que o judiciário só deve revogar os atos legislativos quando eles forem manifestamente contrários à Constituição. Ou seja, em caso de dúvida, prevalece o ato democraticamente aprovado. Muito embora esta regra esteja presente em diversos casos importantes julgados pela Suprema Corte, hoje em dia ela não está mais presente. Assentou-se o entendimento de que, se existe dúvida acerca da constitucionalidade de determinado ato, é exatamente o papel do Judiciário resolvê-la. Caso contrário, atos com acentuado sabor de inconstitucionalidade poderiam permanecer válidos, pois não violariam tão explicitamente o texto constitucional.

Já quanto ao segundo elemento, que versa acerca da diferente compreensão da relação entre direito e política, pode-se dizer que o Judiciário na República Antiga, não resolvia casos políticos. Por esta razão, ele só podia julgar casos concretos e controversos. Além disso, os juízes não deveriam realizar atividade legislativa, ao passo que hoje em dia se reconhece que em algumas situações os juízes modificam as leis, o que era

impensável para a *founding generation*. Para aquela geração, os juízes deveriam apenas implementar a vontade do povo assegurando o cumprimento à Constituição. Por fim, a Corte deveria evitar entrar em disputas políticas, o que também não acontece hoje. Ela não deixa de julgar um caso por ser uma disputa política, ao contrário, hoje ela pode resolver problemas sociais significativos quando os outros poderes estão inertes.

Há ainda o terceiro grupo de elementos, aqueles que surgiram mais recentemente e, portanto, não faziam parte da teoria adotada na República Antiga. O principal é o que se refere à supremacia judicial, consistente na idéia que a Suprema Corte é a última instância em matéria de interpretação constitucional. Marshall jamais disse que a Corte tinha alguma supremacia em *Marbury v. Madison*. Na verdade, a Corte teria um direito igual aos outros departamentos nesta tarefa. Ou seja, a afirmação deste elemento é uma construção recente na teoria americana.

Outro candidato menos óbvio para este grupo é o controle praticamente absoluto que a Suprema Corte possui sobre casos que ela irá julgar. Este controle foi adquirido ao longo do século XX, em especial após a aprovação do *Judiciary Act*, em 1925, e contribuiu para a compreensão de que a Suprema Corte possui uma missão especial, que a diferencia das demais Cortes. Como destacado pelo juiz Vinson, a Suprema Corte não deve se preocupar com a correção ou não das decisões tomadas em instâncias inferiores, e sim em decidir aqueles casos que tenham importância imediata além dos fatos particulares e das partes envolvidas. Ou seja, sob este ponto de vista, a Suprema Corte não existe para dar justiça aos indivíduos, mas sim para decidir matérias importantes de política legal.

Esta habilidade de selecionar casos relevantes na esfera pública não existia na República Antiga, quando o papel da Suprema Corte era o de servir como última instância julgadora, revendo o acerto das corte inferiores, sem qualquer atribuição política.

Com tantas diferenças entre os institutos ao longo do tempo, a conclusão a que GRIFFIN chega é a de que o *judicial review* contemporâneo não é mais a instituição que Marshall ajudou a consolidar em *Marbury v. Madison*. A Suprema Corte contemporânea é mais uma criação das circunstâncias do século XX do que uma descendente direta da Corte de Marshall. Seus juízes há relativamente pouco tempo atentaram para o fato de que desempenham um papel numa instituição judicial que elabora políticas públicas. E isto tudo foi feito sem que

tivesse sido proposta alguma emenda constitucional para, por exemplo, acabar com a “regra do caso duvidoso” ou para delimitar o papel da Corte na realização de políticas públicas.

As teorias sobre o *judicial review* preocupam-se com a legitimidade e a competência institucional da Suprema Corte para tomar decisões constitucionais. Tais teorias geralmente focam em decisões da Corte que tenham consequências políticas significativas e situam a Corte e estas decisões dentro do contexto do governo democrático. Inevitavelmente, as teorias do *judicial review* envolvem comparação entre a habilidade do Judiciário tomar decisões e a habilidade dos outros ramos do governo de fazê-lo.

Na teoria elaborada por GRIFFIN, o que ele tenta enfatizar é que a necessidade de tais teorias não surge exclusivamente da “dificuldade contra-majoritária”. Veja-se a respeito suas próprias palavras:

A “dificuldade” com o *judicial review* decorre não somente de um conflito travado entre a regra da maioria e direitos individuais, mas também de dúvidas sobre a adequação do método de Marshall (adequado a uma sistema jurídico de *common law*), compreendido à luz do realismo legal, ao desafio colocado por provisões constitucionais abstratas, como as cláusulas do Devido Processo e da Igual Proteção contidas na décima-quarta emenda. Se tais cláusulas não podem ser interpretadas em um sentido legalisticamente satisfatório, então o raciocínio judicial, não importando quão bem seja elaborado, não será muito diferente do raciocínio político elaborado pelos outros poderes. Isto coloca em xeque a suposta vantagem comparativa que o Judiciário tenha sobre os poderes políticos em matéria de direitos. Como vou tentar demonstrar, *a politização de temas constitucionais e a criação de uma democracia de direitos abalou substancialmente, se não eliminou, qualquer vantagem comparativa que o Judiciário teve no passado.*<sup>5</sup> (Grifou-se)

---

<sup>5</sup> “The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights.” (Apresentado na Reunião Anual da American Political Science Association, 2002, mimeo, pp. 1-74). *Tulane Law School Working Paper* n° 2003-01, Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=441240>>, acesso em 05/06/04, pp. 22-23. Tradução livre. No original: The “difficulty” with judicial review flows not only from a perceived conflict between majority rule and individual rights, but also from doubts about whether Marshall’s common law judicial method, understood in the light of legal realism, is adequate to the challenge posed by abstract constitutional provisions such as the Due Process and Equal Protection clauses of the Fourteenth Amendment. If such clauses

Claro que, para a compreensão da teoria do *judicial review* proposta por GRIFFIN, é necessário de antemão lembrar-se que ela, como afirmado pelo próprio autor, é uma teoria elaborada em consonância com a conjuntura histórica e política vivida nos Estados Unidos hoje, sendo adequada unicamente no que ele convencionou chamar “democracia de direitos”. É dentro deste contexto, de uma democracia em que as reivindicações são baseadas em direitos, que todos os ramos do governo têm igual interesse e legitimidade para promover tais direitos, sem a supremacia do Judiciário, tão propalada nas últimas décadas, quando este poder adotou o posto de “defensor das minorias”, o que, como visto, vem mudando recentemente.

### 5. A Teoria Democrática do *Judicial Review* de Stephen Griffin

GRIFFIN inicia a explanação de sua teoria acerca do *judicial review* fazendo um estudo da obra de Alexander Bickel, “*The Least Dangerous Branch*”, na qual este formula a tese da “dificuldade contra-majoritária” e, conseqüentemente, orienta o pensamento que irá dominar a teoria constitucional estadunidense por décadas.

Ao analisar a obra de BICKEL, o professor da Universidade de Tulane afirma que é compreensível o fato de o Judiciário ali ser exposto como o ramo do governo menos poderoso. Isto porque, a data da edição da obra coincide com uma composição extremamente conservadora da Suprema Corte, na qual havia à época (1958), uma combinação de segregacionistas do Sul com fervorosos anti-comunistas que, evidentemente, não tinham a menor pretensão de avançar na defesa dos direitos individuais.

Mas isto não quer dizer que BICKEL defendesse a extinção do *judicial review*. O que ele propunha era uma discussão acerca da função da Suprema Corte na democracia norte-americana, atribuindo, inclusive, papel relevante à Corte na conservação dos valores mais importantes da sociedade. A Corte, assim, tem um papel na articulação de uma visão moral à qual todos devem aspirar.

---

cannot be interpreted in a satisfactory legalistic way, then judicial reasoning, no matter how well it is elaborated, will be little different from the policy reasoning used by the political branches. This places in jeopardy the supposed comparative advantage the judiciary has over the political branches in matters of rights. As I will try to show, *the politicization of constitutional issues and the creation of a democracy of rights have substantially undermined, if not eliminated, any comparative advantage the judiciary had in the past*

Aos argumentos de BICKEL, GRIFFIN acrescenta a doutrina formulada por Robert DAHL. Para este autor, a Suprema Corte, com raras exceções, constitui uma parte da aliança nacional dominante no campo da política. O órgão máximo do Judiciário, assim, teria pouca força para mudar os rumos da política nacional, já que ele mesmo está integrado na aliança que determina que política será essa. Como afirmado no texto, “*a Corte não pode consistentemente contrapor-se à maioria se seus integrantes forem parte da maioria*”.<sup>6</sup>.

Independente das posições afirmadas pelos dois autores, o que GRIFFIN julga mais importante extrair de ambos é o fato de tais pensamentos serem produtos de uma determinada conjuntura histórico-social. BICKEL afirma que o Judiciário não possui legitimidade para a prerrogativa ampla do *judicial review* devido ao impacto da batalha entre o *New Deal* e a Suprema Corte, que se recusava a aplicar a legislação social defendida pelo governo. Da mesma maneira, DAHL afirma que a Suprema Corte faz parte da aliança nacional governante dentro de um contexto no qual o mesmo partido usualmente controlava as duas casas do Congresso, além da presidência. Ele não considera o que aconteceria em um longo período de governo dividido entre os partidos, o que acaba por se tornar corriqueiro mais recentemente. Sua teoria, assim, teria dificuldades para enfrentar a tarefa da Corte de navegar entre partidos tão antagônicos. Ou seja, fora de suas conjunturas momentâneas, as teorias de DAHL e BICKEL não têm validade.

GRIFFIN, por sua vez, não pretende formular uma teoria que seja a-histórica. Ao revés, ele faz questão de assentar as bases sobre as quais ele desenvolve seu pensamento. Duas realidades políticas e institucionais são destacadas pelo autor: a permanência de um governo dividido ao longo das últimas três décadas e a politização das matérias constitucionais e do processo de indicação dos juízes federais. O exemplo dado para o primeiro caso é o de que, desde o governo Nixon (1969), o partido do presidente somente possuiu o controle do Congresso por 8,5 anos, até 2004.

---

<sup>6</sup> “The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights.” (Apresentado na Reunião Anual da American Political Science Association, 2002, mimeo, pp. 1-74). *Tulane Law School Working Paper* nº 2003-01, Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=441240>>, acesso em 05/06/04, pp. 26-27, tradução livre. No original: “*the Court could not consistently ‘counter’ the majority if the justices were part of the majority*”.

Esta divisão do poder privou o governo do consenso político presumido por teorias modernas do *judicial review*, como as apresentadas por DAHL e BICKEL. Durante o período de governo dividido não existe aquela “aliança nacional dominante” e nem uma maioria legislativa duradoura. Ou seja, aumenta o risco da Corte Suprema tomar decisões que sejam efetivamente contra-majoritárias, com o agravante de não serem elas passíveis de controle por parte dos poderes eleitos.

Por outro lado, o governo dividido não fez com que o fenômeno da politização tenha sido amenizado, pelo contrário. Temas como aborto, religião e ação afirmativa, outrora irrelevantes para a política estadunidense, passaram a fazer parte da agenda de reivindicações da sociedade e os políticos não demoraram para se adequar à nova realidade. Com isso, as indicações para juízes da Suprema Corte, que também eram de pouca ou nenhuma relevância para os políticos, passaram a centralizar as atenções dos mesmos, pelo poder que o Judiciário passou a ter sobre a política nacional. E, esta politização do processo de indicação para juizes da Suprema Corte é apenas uma das faces de uma politização mais geral de matérias constitucionais. A partir deste momento a Suprema Corte passa a ter um relevante papel político nos Estados Unidos.

No momento em que a administração presidencial começa a controlar a composição da Suprema Corte, analisando previamente as posições políticas de cada um dos possíveis indicados (como feito por Reagan), a Corte perde seu potencial de defensora dos direitos da minoria e se torna apenas mais um porta-voz dos governantes. Ou, como afirma GRIFFIN, “*uma vez que as maiorias perceberam que certas decisões da Corte eram contrárias aos seus interesses, resolveram colocar seus próprios representantes na Corte*”<sup>7</sup>.

A principal consequência da politização de questões constitucionais e do processo de indicação dos juízes federais sobre as teorias do *judicial review* é a de exterminar com a propalada vantagem comparativa do Judiciário sobre os demais poderes. Na opinião de GRIFFIN, a Suprema Corte não poderá ser representativa politicamente sem uma mudança

---

<sup>7</sup> “The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights.” (Apresentado na Reunião Anual da American Political Science Association, 2002, mimeo, pp. 1-74). *Tulane Law School Working Paper* n° 2003-01, Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=441240>>, acesso em 05/06/04, p. 37, tradução livre. No original: “*the Court could not consistently ‘counter’ the majority if the justices were part of the majority*”.

institucional no procedimento de indicação dos juízes, para a qual seria necessária a elaboração de uma emenda constitucional. Mas este procedimento, como sabido, é de complicado trâmite nos Estados Unidos, sendo necessária não só a sua aprovação no Congresso como a sua ratificação pelos Estados-membros da Federação.

Retomando a noção de “Democracia de Direitos” já explicitada, GRIFFIN salienta que, dentro deste contexto, é necessário devolver à arena eleitoral a decisão acerca de questões constitucionais controversas e reconhecer que o Judiciário é apenas mais um dos poderes governamentais a atuar no sentido de assegurar direitos constitucionais aos cidadãos estadunidenses.

Mas esta noção de democracia de direitos não deve ser vista como opositora ao *judicial review*. Uma vez que os direitos são bens políticos valiosos, é positivo que exista uma instância governamental que os assegure no momento em que os demais ramos do poder os percam de vista. Mas o Judiciário não deve atuar no sentido de anular atos legislativos que criem novos direitos (como efetivamente tem feito) ou que implemente alguns outros já consagrados. Isto significa que, em alguns aspectos, o *judicial review* não é adequado ao papel contemporâneo que o Judiciário deve exercer numa “Democracia de Direitos”. Neste contexto, o procedimento padrão para a resolução de conflitos entre política e princípios deve ser o do debate público e a decisão por meio das instituições representativas.

Se é verdade que na ausência de uma “Democracia de Direitos” o Judiciário assumiu um relevante papel na defesa de direitos contra discriminação, também é verdade que nesta tarefa ele foi assistido por um controle unitário do Partido Democrata sobre os poderes eleitos e sobre a composição da Suprema Corte. Mas, com o fim desta dominação e com a ascensão da democracia de direitos, os direitos constitucionais passam a receber proteção não só do Judiciário, mas de uma rede de proteções legais criada em todos os níveis de governo e que encontra eco numa sociedade civil consciente de tais direitos. O Poder Judiciário deve apenas dar suporte a esta rede, tendo sempre em vista que o objetivo dela é o de assegurar um ordem política que respeite a igual dignidade de todos os cidadãos. Esta limitação do papel do Judiciário é justificada pela ausência daquela vantagem que este poder tinha sobre os outros em outras épocas, mas que, como já visto, não mais existe.



## 6. Conclusão

Ao trazer o debate proposto por GRIFFIN para o plano nacional, é necessário antes de qualquer coisa ressaltar que existem diferenças abissais entre os Estados Unidos e o Brasil. Enquanto lá é possível falar-se em uma “Democracia de Direitos”, aqui não superamos sequer o legado pós Segunda Guerra, havendo diversas questões acerca dos direitos individuais que não foram ultrapassadas. Desta maneira, parece que o Poder Judiciário ainda tem um importante papel a representar em nosso país, sobretudo em temas como a efetivação dos direitos sociais.

Mas também não se pode deixar de notar que estamos evoluindo em outros aspectos. Um sinal disso é o crescente interesse da imprensa e do público em geral acerca de decisões judiciais. Não se passa um dia sem que os principais noticiários não dediquem boa parte de seu tempo ou de suas páginas a questões que estão sendo decididas nos tribunais. A sociedade civil parece cada vez mais atenta e dedicada a buscar proteção para os direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos. Percebe-se aqui a similitude com o processo descrito por GRIFFIN, no qual a importância do Judiciário cresce à medida que crescem estas inquietudes e cobranças na população.

E, ao mesmo tempo em que cresce essa relevância da atuação do Judiciário, começam-se a ouvir vozes na doutrina constitucional pugnando por uma redefinição da relação entre direito e política no Brasil (como nos trabalhos elaborados por Gilberto Bercovici e Martonio Mont’Alverne B. Lima – que chega a propor eleições diretas para o STF). E, a jurisdição constitucional, que parece ter sido um tema pacífico na doutrina brasileira, pode estar começando a ser alvo de questionamentos, como os apresentados por SUNSTEIN, TUSHNET e GRIFFIN.

Por ora o que resta é aguardar, esperando que o Judiciário cumpra uma agenda atrasada na efetivação de direitos que foram garantidos na Constituição de 1988, ou seja, que já atravessaram mais de 15 anos sem que tenham recebido a devida atenção. Quando enfim ultrapassarmos esta barreira – e, assim, atingirmos o *status* de uma “Democracia de Direitos” – certamente este debate terá condições de ser mais fértil e produtivo para a nação. No momento, parece que seria um retrocesso afastar o Judiciário deste papel, mesmo porque, como se sabe, nosso Legislativo não é dos mais confiáveis ou representativos.