

**AS NOVAS PERSPECTIVAS LEGITIMATÓRIAS DO *JUDICIAL REVIEW* NO
CONSTITUCIONALISMO ATUAL**

***NEW LEGITIMATING PERSPECTIVES ABOUT JUDICIAL REVIEW IN THE CURRENT
CONSTITUTIONALISM***

Carlos Bolonha*

Bernardo Zettel**

Sumário: **I.** Considerações Iniciais; **II.** Duas Concepções Tradicionais acerca do *Judicial Review*; **II.1.** O Constitucionalismo Democrático; **II.2.** O Procedimentalismo; **III.** O Paradigma Sistêmico para a Legitimidade do *Judicial Review*; **III.1.** A Separação de Poderes e a Constituição Americana de 1787; **III.2.** A Reformulação da Separação de Poderes no Cenário Institucional Contemporâneo; **IV.** Considerações Finais; **V.** Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar a trajetória do debate norte-americano sobre a legitimidade do instituto da revisão judicial das leis (*judicial review*). Pretende-se explorar dois principais marcos teóricos sobre a temática do *judicial review* e da jurisdição constitucional de forma mais ampla: (I) a tese do constitucionalismo democrático; e (II) a tese do procedimentalismo. Com base em uma análise crítica sobre essas duas teses, o estudo busca propor um novo paradigma para legitimidade do *judicial review*, o qual possui como principal elemento a estrutura de separação de poderes na sistemática constitucional norte-americana. Para tanto, o estudo será dividido em duas partes: (I) a ideia original de separação de poderes presente no momento constituinte dos EUA, durante o final do século XVIII; (II) as novas dimensões

* Professor Adjunto do Departamento de Direito do Estado e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Coordenador de grupos de pesquisa do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI). E-mail: bolonhacarlos@gmail.com

** Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Bolsista IC/FAPERJ. Membro do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), e do subgrupo de pesquisa sobre contramajoritarismo (SGP-2). E-mail: b_zettel@hotmail.com

institucionais da relação entre os poderes estatais e sua repercussão sobre o *judicial review*. Defende-se, pois, o *judicial review* encontra sua legitimidade com base em um novo paradigma sistêmico entre os poderes estatais.

PALAVRAS-CHAVE: *Judicial Review*; Constitucionalismo Democrático; Procedimentalismo; Separação de Poderes.

ABSTRACT: This study aims to analyze the trajectory of the north-american debate about the legitimacy of judicial review. We search to explore two main ideas about judicial review and constitutional jurisdiction: (I) the democratic constitutionalism thesis; and (II) the procedimentalism thesis. From a critical analysis about the two thesis, this study seeks to propose a new paradigm for the legitimacy of judicial review, which endue the structure of separations of powers as the main element in the north-american constitutional systematic. Therefore, the study will be divided in two parts: (I) the original idea of separation of powers expressed at the american constituent moment, during the end of the 18th century; (II) the new institutional dimensions about the relations between state powers and its repercussion over *judicial review*. Thus, it is defended that judicial review finds its legitimacy from a new systemic paradigm consistent in the relation between state powers.

KEY WORDS: Judicial Review; Democratic Constitutionalism; Procedimentalism; Separation of Powers.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos grandes desafios à teoria constitucional contemporânea consiste na fundamentação da legitimidade da revisão judicial das leis. Em que medida as leis elaboradas por um processo democrático podem ter a sua vigência interrompida por uma decisão judicial. Em outras palavras, como justificar a competência, atribuída a órgãos judiciais, para decidir definitivamente sobre a validade de uma lei em face da Constituição¹.

Um breve estudo da literatura constitucional mostra que dois são os principais argumentos explorados para uma crítica democrática à revisão judicial das leis. O primeiro argumento ressalta a incapacidade das cortes judiciais em solucionar conflitos concretos por meio de uma revisão abstrata das leis. De acordo com esse argumento, o processo de revisão das leis, por estar focado em questões abstratas, de caráter principiológico, não conduz a uma decisão capaz de abranger todos os aspectos conflituosos de um caso concreto, mesmo porque não têm as cortes a capacidade material de lidar com aspectos técnicos que podem envolver um conflito e que exigem conhecimento especializado sobre matérias extrajurídicas. O segundo argumento possui um caráter político; está relacionado com a legitimidade democrática da revisão judicial das leis. O problema aqui consiste em justificar a legitimidade de juízes não eleitos para rever as decisões políticas tomadas no âmbito dos órgãos representativos da vontade popular. Nesse sentido, o problema se resume a um conflito político entre as cortes judiciais e as casas legislativas de uma sociedade democrática².

No cenário norte-americano, a temática, ora tratada, tem sido objeto de inúmeros estudos no campo constitucional³. O presente trabalho pretende explorar duas concepções tradicionais

¹ De forma bastante elucidativa, no âmbito do debate constitucional canadense, Luc Tremblay expõe o argumento central acerca da legitimidade democrática da revisão judicial das leis: “Traditionally, the answers to the question of legitimacy of judicial review have been conceived as solutions to what has been called the countermajoritarian difficulty. On this assumption, no law is (acceptable as) legitimate unless it express the will of the representatives of the people as determined in accordance with the majority rule. Since judges do not represent the people, not being elected and not otherwise personifying the citizenry, and since they are not accountable to the people or to the citizens, judicial review of legislation constitutes a countermajoritarian force in a system of governance committed to democracy.” TREMBLAY, Luc. “General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law.” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, No. 4, 2003, p. 525.

² Nesse sentido, tecendo uma das críticas mais fortes à revisão judicial das leis no contexto democrático norte-americano, ver Jeremy Waldron: “I shall argue that judicial review is vulnerable to attack on two fronts. It does not, as is often claimed, provide a way for a society to focus clearly on the real issues at stake when citizens disagree about rights; on the contrary, it distracts them with side-issues about precedent, texts, and interpretation. And it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights.” WALDRON, Jeremy. “The Core of the Case Against Judicial Review.” *The Yale Law Journal*, Vol. 115, 1346, 2006, p. 1353.

³ O debate sobre a legitimidade democrática do *judicial review* nos Estados Unidos teve seu ponto de partida com a publicação da obra “The Least Dangerous Branch”, de Alexander Bickel, em 1962 (cf. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at**

para o exercício do *judicial review*⁴ que, pode-se mesmo dizer, expressam uma tradição do pensamento constitucional norte-americano: (1) a tese do constitucionalismo democrático⁵; (2) a tese do procedimentalismo⁶. Essas duas teses indicam, como será adiante tratado, que o *judicial review* pode ser conciliado com a democracia representativa. Para tanto, todavia, precisa cumprir determinadas funções e resguardar determinados valores constitucionais. Nesse sentido, pode-se dizer que essas duas concepções tradicionais possuem um pano de fundo normativo, uma vez que indicam quais os valores que as cortes devem perseguir com a revisão judicial da legislação.

A partir da análise dessas vertentes teóricas buscaremos redirecionar o estudo para a compreensão dos efeitos institucionais que o *judicial review* produz sobre a estrutura constitucional norte-americana. O estudo, então, seguirá da seguinte forma: em primeiro lugar, analisaremos a estrutura institucional de separação de poderes norte-americana, assim como foi desenhada pelos fundadores da Constituição de 1787; em segundo lugar, avançaremos para abordar o atual panorama da separação de poderes nos Estados Unidos e as novas perspectivas legitimatórias do *judicial review*, ressaltando a nova distribuição de poder político entre os ramos do Estado e o impacto do sistema político-partidário sobre a relação entre os poderes estatais.

II. DUAS CONCEPÇÕES TRADICIONAIS ACERCA DO *JUDICIAL REVIEW*

1. O Constitucionalismo Democrático

Um das respostas apresentadas pela teoria constitucional à questão da legitimidade do *judicial review* está fundada na tese de que a Constituição protege determinados direitos

the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1962). Contudo, somente durante os anos 70 e 80 surgiram novas perspectivas teóricas sobre o tema, com trabalhos de maior destaque de John H. Ely (cf. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980), Michael J. Perry (cf. **The Constitution, The Courts and Human Rights**. New Haven: Yale University Press, 1982) e Thomas C. Gray (cf. “Do We Have an Unwritten Constitution?” **Stanford Law Review**, Vol. 27, No. 703 1975).

⁴ A revisão judicial das leis e dos atos do Executivo tendo como parâmetro o texto constitucional (*judicial review*), foi consolidada, no cenário norte-americano, pelo caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte Federal (*Marbury v. Madison* 5 U.S. 137). Esse é um controle exercido de forma difusa, isto é, tem competência para se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato administrativo todos os órgãos investidos de jurisdição. Para uma análise histórica sobre o desenvolvimento do *judicial review* nos Estados Unidos, cf. NELSON, William. **Marbury v. Madison: the origins and the legacy of judicial review**. Lawrence, KA: University Press of Kansas, 2000.

⁵ A tese do constitucionalismo democrático abrange estudos de autores como Bruce Ackerman, Robert Post, Reva Siegel, e, de uma forma particular, também possui traços em comum com a concepção de constitucionalismo popular, defendida por autores como Larry Kramer, Mark Tushnet e Jeremy Waldron. O constitucionalismo popular, ainda que possa ser compreendido como uma vertente do próprio constitucionalismo democrático, pretende tecer uma crítica ao *judicial review*, visto como atividade antidemocrática.

⁶ O procedimentalismo, nesse estudo, será analisado à luz de John H. Ely, que desenvolveu, durante os anos 80, um dos mais importantes estudos acerca do *judicial review*.

considerados superiores do ponto de vista democrático. As regras e princípios constitucionais possuiriam, nessa perspectiva, uma normatividade superior, justificada pela sua base axiológica fundamental. O pressuposto de tal concepção é o de que os valores expressos na forma de direitos constitucionais representam uma opção fundamental do próprio corpo constituinte, e, por isso, precisam ser resguardados contra atos legislativos ordinários, ainda que democraticamente produzidos. Com efeito, o julgamento original do povo no exercício de sua competência constituinte conferiu um sobrevalor a determinados princípios constitucionais que, dessa forma, são imunes à mutação legislativa. Na medida em que esses valores fundamentais são destacados dentro da própria ordem constitucional, o caráter legitimatório do *judicial review* é condicionado à proteção de tais direitos contra possíveis violações cometidas pelas maiorias políticas parlamentares. Dessa forma, a legitimidade do *judicial review* pressupõe a própria ideia de superioridade democrática da Constituição, suficiente para justificar a sua sobreposição às demais normas jurídicas. Para Luc Tremblay essa ideia representa uma *visão sofisticada* da legitimidade da revisão judicial da legislação, e é capaz de superar uma das principais dificuldades com a qual este instituto tem de lidar: a de confrontar as novas interpretações sobre o texto constitucional amparadas pela vontade política das novas maiorias parlamentares⁷. Uma nova interpretação sobre o texto constitucional pode surgir como resultado da deliberação parlamentar, buscando lhe atribuir um novo significado. Uma vez que o Poder Legislativo representa o núcleo da ideia política de representatividade, a sua vontade, expressa na forma de novas legislações, deveria ter legitimidade suficiente para superar o sentido normativo original da Constituição, isto é, para se sobrepor à vontade original dos constituintes. Segundo essa visão sofisticada sobre o *judicial review*, a questão de como manter a proteção da normatividade dos direitos constitucionais diante das novas forças políticas organizadas no Parlamento é resolvida por meio da atribuição de uma força democrática superior à Constituição, como uma blindagem contra a disputa política sobre o seu conteúdo axiológico.

Em sua ideia acerca de uma *democracia dualista*, Bruce Ackerman procura distinguir duas categorias de decisões políticas que podem ser tomadas em um regime democrático como o

⁷ Para Luc Tremblay, essa visão sofisticada sobre o *judicial review* é passível de algumas objeções. A principal objeção está relacionada com os pressupostos hermenêuticos dessa visão. Na medida em que assume a possibilidade de que os direitos constitucionais possam ser imediatamente identificados pela leitura da Constituição, a visão sofisticada fica condicionada a um formalismo. Busca-se delimitar o conteúdo normativo constitucional ao seu próprio texto, sem que seja possível fornecer uma justificativa coerente para a problemática que envolve as cláusulas textuais abertas e os princípios abstratos. Cf. TREMBLAY, Luc. Op. cit., 2003, pp. 534-535.

norte-americano⁸. A primeira dessas categorias é composta pelo conjunto de decisões tomadas pelo povo americano, no exercício de sua cidadania e que modelam os rumos fundamentais da política. As decisões do governo, que formam a segunda categoria, não se confundem com as do povo. O governo decide no âmbito de processos legislativos e com base nas regras estabelecidas pela Constituição, sem que lhe seja possível modificar o significado das decisões fundamentais tomadas pelo povo. Com efeito, a dimensão política do governo está inserida na criação regular da lei, ou seja, a produção de novas normas jurídicas e as decisões políticas discricionárias são circunscritas pelos procedimentos formais e pelo conteúdo dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. Ackerman propõe, assim, uma leitura histórica sobre o constitucionalismo americano, capaz de superar os problemas inerentes a uma teoria abstrata sobre a Constituição. Tal perspectiva histórica busca identificar, nos movimentos políticos mais relevantes no cenário norte-americano, a maneira como foi desenhada a estrutura constitucional, a composição dos direitos e o a relação de poder político no Estado.

Com efeito, a tese do constitucionalismo democrático reflete o debate, na doutrina constitucional, acerca de uma das grandes tensões no constitucionalismo contemporâneo, o embate entre direito e democracia. Por vezes, costuma-se contrapor a proteção dos direitos fundamentais com a ideia de democracia representativa. Essa tensão é vista como produto do antagonismo entre o resultado da deliberação democrática no âmbito dos parlamentos e os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. O que caracteriza essa tensão é o conflito promovido por meio de leis que, a despeito de terem sido elaboradas através de um procedimento democrático, interferem e comprometem o exercício de direitos fundamentais de algum grupo de cidadãos, geralmente formado pelas por minorias étnicas, religiosas ou políticas. Em linhas gerais, esse embate configura um problema atinente à relação entre democracia e direito, entre política e constitucionalismo. A proposta de uma democracia dualista, no entanto, procura resolver esse problema de forma a conciliar dois projetos democráticos divergentes: o monista e o fundamentalista⁹. Bruce Ackerman, sem afastar a importância dos direitos fundamentais, diz ser a

⁸ Cf. ACKERMAN, Bruce. **Nós, O Povo Soberano. Fundamentos do Direito Constitucional**. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁹ Segundo Ackerman, a contraposição entre monistas e fundamentalistas pode ser resumida da seguinte forma: enquanto o monismo pretende garantir que a vontade popular esteja refletida no Parlamento, por meio de decisões tomadas pelos representantes eleitos pelo povo, a democracia fundamentalista ressalta a importância de determinados direitos constitucionais, a serem protegidos mesmo contra a vontade majoritária resultado do processo legislativo. Como pano de fundo, esse embate tem reflexos no campo constitucional, sobretudo em questões relacionadas aos limites do *judicial review* e a força vinculante do poder constituinte sobre as futuras gerações. Acerca dessa temática, cf. DAHL, Robert. **How Democratic is the American Constitution?** New Haven: Yale University Press, 2001.

Constituição americana, antes de tudo, um diploma democrático. Com isso, quer dizer que somente o povo, reunido democraticamente seria capaz de editar novas leis que confrontassem o sistema constitucional anterior, e o reformulassem tendo em vista um novo projeto político dominante. A decisão de remodelar os direitos constitucionais fundamentais, no entanto, não poderá ser tomada em um processo legiferante ordinário. É necessária a mobilização do povo para a tomada desse tipo de decisão que tem por resultado a própria alteração do regime político-constitucional. Em outras palavras, a Constituição é do povo, antes de proteger direitos fundamentais, preserva e traduz a vontade legítima do povo.

Nesse sentido, é na dimensão das decisões políticas tomadas pelo povo que se pode verificar os impulsos no constitucionalismo. Esses impulsos são dados por meio de movimentos constituintes originários ou reformadores, assim como nas novas interpretações constitucionais consagradas na opinião pública de uma forma geral. São esses movimentos expressam a natureza republicana do constitucionalismo norte-americano, e alteram de forma definitiva os compromissos políticos e normativos da democracia. Diante desse cenário, desponta a questão de como fundamentar o *judicial review* como instrumento adequado a uma concepção dualista da democracia. Para Bruce Ackerman, o papel da Suprema Corte na democracia dualista é o de preservar os princípios da cidadania conquistados pela evolução histórica do movimento constitucional popular nos Estados Unidos. A revisão judicial das leis editadas pelo Congresso cumpre sua função democrática quando é utilizada para preservar os valores da cidadania mobilizada contra elites políticas desviantes que conseguiram corromper o rumo do processo político-legislativo¹⁰.

Algumas vertentes do chamado constitucionalismo democrático relacionam a legitimidade do exercício do *judicial review* com a repercussão popular que pode ser provocada pelas decisões tomadas pela Suprema Corte¹¹. Com efeito, uma decisão com capacidade para

¹⁰ A legitimidade do *judicial review* é justificada por Bruce Ackerman na medida em que a Suprema Corte atua com base em um *princípio de preservação*: “A fim de manter a integridade do processo de criação da lei suprema, todas as constituições dualistas proporcionam a uma ou mais instituições a função de preservação. Essas instituições devem efetivamente evitar que princípios constitucionais estabelecidos sejam renegados, por meio do simples expediente de aprovação da lei, e forçar grupos dominantes de políticos eleitos a se voltar para o grau superior de criação da lei, se desejarem questionar os julgamentos anteriormente questionados pelo povo. (...) Em vez de ameaçar a democracia, frustrando as demandas legislativas da elite política de Washington, os tribunais a servem, protegendo princípios duramente conquistados da cidadania mobilizada, contra a corrosão das elites políticas que falharam na obtenção de sólido apoio popular para suas inovações.” ACKERMAN. Bruce. Op. cit., 2006, p. 12.

¹¹ O *constitucionalismo democrático* concebe a relação entre cidadania e direitos constitucionais a partir da possibilidade da ampla discussão pública sobre as questões político-constitucionais: “Democratic constitutionalism affirms the role of representative government and mobilized citizens in enforcing the Constitution at the same time as it affirms the role of courts in using professional legal reason to interpret the Constitution. Unlike popular constitutionalism, democratic constitutionalism does

alterar de forma significativa os rumos da vida política de um país deve ser ponderada com base nos valores que o próprio povo busca ver protegido pela Constituição. Sob essa perspectiva, o problema consiste em delimitar os custos e os benefícios da repercussão de uma decisão sobre a opinião pública. Para Cass Sunstein e Michael Klarman, o impacto de uma decisão da Suprema Corte em um caso difícil (*hard case*) tende a produzir efeitos negativos sobre a democracia, em proporção ao grau de dissenso que há na sociedade quanto ao tema decidido pela Corte¹². Em sentido contrário, Robert Post e Reva Siegel destacam os efeitos positivos que o chamado *backlash* pode produzir sobre uma democracia constitucional¹³. Mais do que contribuir para a polarização social, as decisões da Suprema Corte podem produzir um maior engajamento dos cidadãos sobre um conflito constitucional e, dessa forma, ajudar na formação de uma coesão da opinião pública sobre os valores fundamentais da ordem democrático-constitucional. O constitucionalismo democrático confia na potencialidade de uma decisão judicial em provocar um amplo debate na opinião pública sobre os valores constitucionais em disputa para a solução de um caso concreto. Os desacordos sobre os direitos são, assim, uma condição para o fortalecimento da democracia, e a Suprema Corte deve ser reconhecida como instituição capaz de desempenhar um papel essencialmente democrático, decidindo casos difíceis e, com isso, incentivando o debate público na construção do conteúdo normativo dos direitos. Assim, a legitimidade do *judicial review*, segundo essa visão democrática, pode ser conciliada com a efetivação da cidadania.

not seek to take the Constitution away from courts. Democratic constitutionalism recognizes the essential role of judicially enforced constitutional rights in the American polity.” POST, Robert; SIEGEL, Reva B. “Roe Rage. Democratic Constitutionalism and Backlash.” **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, 2007; Yale Law School, **Public Law Working Paper** No. 131, p. 7.

¹² Cf. KLARMAN, Michael. “Brown, Racial Change, and the Civil Rights Movement.” **The Journal of American History**. Vol. 81, No. 1, 1994; SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts are Wrong for America**. New York: Basic Books, 2005; e do mesmo autor, **A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before**. Princeton: Princeton University Press, 2009. Nesta obra, Cass Sunstein apresenta o que seriam os argumentos de muitas mentes (*many minds arguments*), o tradicionalismo, o populismo, e o cosmopolitismo. O segundo destes argumentos, em particular, desenvolve-se sobre a ideia de opinião pública, mas em uma perspectiva muito mais ativa do que passiva. Isto é, ao contrário da habitual visão de que os juízes adotam valores que encontram na opinião pública, esta é considerada conforme o grau de influência que exerce sobre a própria Corte, exigindo, por exemplo, que suas discussões a considerem como um ponto de partida.

¹³ Na perspectiva do *constitucionalismo democrático*, o fenômeno conhecido como *backlash* na doutrina norte-americana pode ser definido como: “Democratic constitutionalism conceptualizes the phenomenon of backlash not merely from the perspective of courts, but also from the point of view of the American constitutional order as a whole. It situates backlash within the dense network of communicative exchange that sustains the democratic legitimacy of the Constitution. Americans believe that constitutional meaning should be embodied in legally enforceable ways and that constitutional meaning should be potentially responsive to their own views. Citizens engaged in backlash press government officials to enforce what those citizens believe to be the correct understanding of the Constitution. They press these demands so that officials will interpret the Constitution in ways that are democratically accountable.” POST, Robert; SIEGEL, Reva B. Op. cit., 2007, p. 18.

Se, de um lado, a ideia de constitucionalismo democrático pode ser utilizada como um instrumento para a defesa do *judicial review*, por outro lado, ela também pode sustentar uma ferrenha crítica à legitimidade desse instituto. Quando inserido em uma sociedade democrática bem organizada, em que há um verdadeiro comprometimento, por parte de cada cidadão, com os direitos dos demais, o *judicial review* pode perder a sua funcionalidade e, até mesmo, tornar-se um procedimento ilegítimo. É nesse sentido que Jeremy Waldron elabora uma das mais consistentes teses de oposição à revisão judicial das leis. Para Waldron, o *judicial review* viola uma das condições essenciais à democracia constitucional: o desacordo sobre o conteúdo moral dos direitos. Ao tomar para si a decisão jurídica sobre um conflito entre direitos de conteúdo moral, a corte se compromete a delimitar os limites entre valores constitucionais que, para Waldron, deveriam ser discutidos no âmbito dos órgãos representativos do povo. O desacordo sobre os direitos é resultado natural de uma sociedade plural. O *judicial review* não poderia pretender eliminar esses desacordos¹⁴.

2. O Procedimentalismo

Uma concepção procedimentalista sobre a democracia ressalta a importância dos mecanismos para tomada de decisões políticas, bem como a necessidade de se proteger aqueles direitos que garantem a participação dos cidadãos nos procedimentos decisórios de caráter político. As diversas vertentes procedimentalistas têm como objetivo comum afastar qualquer conjunto de valores pré-concebidos para a orientação da política. Nessa perspectiva, o valor epistêmico da democracia é transferido para os procedimentos legitimatórios da decisão política. O procedimentalismo refuta qualquer modelo democrático-substantivo que busque alçar ao processo político alguma categoria de valores substantivos como parâmetro legitimatório de uma decisão. Somente a estrutura procedimental é capaz de garantir o aspecto democrático de um regime político.

No âmbito da teoria constitucional norte-americana, um dos trabalhos mais expoentes no campo da jurisdição constitucional com o propósito de defender uma forma procedimental para a revisão judicial das leis foi o *Democracy and Distrust* (1980), de John Hart Ely¹⁵. No livro, Ely demonstra como o debate constitucional norte-americano esteve polarizado entre, de um lado, a chamada vertente interpretativista, e, de outro, a vertente não-interpretativista, acerca da

¹⁴ WALDRON, Jeremy. Op. cit., 2006.

¹⁵ ELY, John H. Op. cit., 1980.

definição de um modelo ideal para a realização da Constituição. Para a primeira vertente, a interpretação constitucional é uma tarefa pela qual os juízes devem decidir questões constitucionais com base apenas nas normas que estão declaradas ou claramente implícitas na Constituição¹⁶. De modo contrário, a segunda vertente indica que as cortes devem ir além dos dispositivos constitucionais, fazendo cumprir normas que não podem ser descobertas dentro dos quatro cantos do documento constitucional¹⁷. Enquanto o interpretativismo reduz a concretização da Constituição ao seu próprio texto, ou seja, à sua linguagem expressa, o não-interpretativismo busca aportar ao texto constitucional valores que são situados para além das disposições textuais. A disputa reside, assim, em saber se as normas constitucionais esgotam todo o seu significado normativo, ou se outros valores (políticos, morais, econômicos) para além do texto podem ser elevados à dimensão constitucional.

O percurso dos debates mostrou que essa controvérsia tende a polarizar a discussão em duas vertentes radicais, que isoladamente consideradas não podem responder ao problema da interpretação constitucional. Essa também foi a conclusão a que chegou John H. Ely. A carga normativa da Constituição americana não poderia ser reduzida à dimensão de suas próprias disposições textuais, e isso em razão de uma questão simples: a Constituição possui uma série de princípios abstratos, abertos, incapazes de definir categoricamente uma norma particular somente a partir da leitura de seu texto. Dessa forma, os dispositivos constitucionais, ao menos aqueles referidos como princípios abstratos, precisam de alguma forma de complementação, isto é, demandam um aporte de valores externos que não são retirados imediatamente do texto ou da intenção original dos pais fundadores (*founding fathers*) da Constituição de 1787. E aqui reside o principal desafio dessa vertente reducionista, o qual os não-interpretativistas pretendem superar com alguma ordem de valores fundamentais para a realização dos direitos constitucionais¹⁸.

¹⁶ “(...) judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforce norms that are stated or clearly implicit in the written Constitution (...)”. Ibidem, p. 1.

¹⁷ “(...) courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document.” Ibidem, p. 1.

¹⁸ Ely distingue duas correntes dentro da vertente interpretativista: “One might admit that a number of constitutional phrases cannot intelligibly be given content solely on the basis of their language and surrounding legislative history, indeed that certain of them seem on their face to call for an injection of content from some source beyond the provision, but hold nonetheless that the theory one employs to supply that content should be derived from the general themes of the entire constitutional document and not from some source entirely beyond its four corners. (...) That provision, however, will take some time to develop and it is not what is generally recommended under the interpretivist flag. The suggestion instead is usually that the various provisions of the Constitution be approached essentially as self-contained units and interpreted on the basis of their language (...), without significant injection of content from outside the provision.” Ibidem, pp. 12-13. A corrente mais conservadora apresenta uma versão completamente fechada (*clause-bound interpretivism*) sobre o texto constitucional, e, com isso, não consegue lidar com as normas de textura aberta.

A vertente não-interpretativista, por sua vez, também encontra dificuldades para o seu projeto teórico constitucional. Para Ely, pode-se afirmar que a principal dessas dificuldades está relacionada particularmente com a própria concepção democrático-representativa norte-americana. A ideia de democracia representativa é, em última análise, incompatível com um modelo de interpretação constitucional em que as cortes funcionam como canais para a introdução de novos valores políticos à Constituição. Nesse sentido, ao buscar uma fonte de valores fora do próprio texto constitucional, a teoria não-interpretativista rompe com os postulados fundamentais da democracia representativa, que definem a supremacia do órgão político representativo (Legislativo) do povo como única instituição capaz de expressar, ainda que indiretamente, uma ideia de vontade popular¹⁹.

Para superar o embate entre interpretativistas e não-interpretativistas, Ely propõe um modelo alternativo para a concretização da Constituição, segundo o qual a atuação das cortes na interpretação dos direitos constitucionais estaria limitada ao policiamento do processo político-representativo. Em outras palavras, a jurisdição constitucional deveria, nesse modelo, atuar com o exclusivo objetivo de garantir as condições democráticas ideais para o processo de deliberação nas casas legislativas. A proteção de garantias jurídicas relacionadas à participação no processo político é entendida como a principal tarefa de uma corte no exercício da jurisdição constitucional²⁰. Esse modelo é visto por Ely de forma mais expressiva nas principais decisões da chamada Corte Warren²¹, no campo dos direitos de participação política, na promoção da

¹⁹ “(...) our society does not, rightly does not, accept the notion of a discoverable and objectively valid set of moral principles, at least not a set that could plausibly serve to overturn the decisions of our elected representatives.” Ibidem, p. 54.

²⁰ Ely toma como exemplo para a construção de seu modelo de jurisdição constitucional o período da Corte Warren, que é considerado por alguns constitucionalistas, o período em que prosperou na Suprema Corte a vertente não-interpretativista. Para Ely, contudo, a Corte Warren pode ser melhor compreendida como uma Corte intervencionista, mas não na perspectiva não-interpretativista: “There were certainly interventionist decisions, but the interventionism was fueled not by a desire on the part of the Court to vindicate particular substantive values it had determined were important or fundamental, but rather by a desire to ensure that the political process – which is where such values are properly identified, weighed, and accommodated – was open to those of all view-points on something approaching an equal basis.” Ibidem, p. 74.

²¹ O período da Corte Warren (1953-1969) é considerado um dos mais expoentes na história da Suprema Corte americana, sobretudo no que diz respeito ao desenvolvimento de uma ampla jurisprudência voltada para a proteção de direitos civis e liberdades fundamentais individuais. Nessa fase, um dos principais temas presente nas grandes decisões da Corte foi a sua interpretação sobre o significado da garantia do devido processo legal, presente na *Fourteenth Amendment* da Constituição. Para Frank Michelman, a jurisprudência da Corte Warren pode ser destacada em dois pontos centrais: “First, in charting the bounds of constitutional protection for individual freedom of action, the Court does not tie itself to the liberties specifically named in our bill of rights – the free exercise of religion, the right to bear arms, and so on. Rather, the Court takes the term ‘liberty’ in the Constitution’s due-process guarantees – which in terms secure persons only against ‘deprivations of liberty without due process of law’ – to supply what the insurance trade might call ‘umbrella’ coverage, meaning substantive coverage of risks (here, regulatory risks to freedom of action) not covered by whatever other insurance one may carry. Second, the Court reads a heavy deductible into the umbrella clause it constructs. Not every ‘non-enumerated’ dimension of freedom of action is equally covered by the umbrella. The Court promulgates a generally worded standard for selecting out what is covered from a non-covered (or barely covered) residue. In a typical expression, the umbrella covers all and only those dimensions deemed ‘fundamental’ or ‘central’ to ‘personal dignity and autonomy’. The Court thus sets itself the task of sorting claims to non-

liberdade de expressão e, sobretudo, na proteção das minorias políticas por meio da *equal protection clause*²². A natureza da jurisdição constitucional está atrelada, nessa perspectiva, a uma concepção representativa da democracia, em que os procedimentos formais para a deliberação política no Congresso são os *standards* jurídicos a serem protegidos pelas cortes contra qualquer forma de deturpação do processo democrático.

Com efeito, Ely defende uma possível conciliação entre o *judicial review* e o modelo democrático representativo, em que os cidadãos possuem a capacidade de autogoverno. O papel das cortes aqui consiste em garantir as condições necessárias para o percurso do procedimento democrático. Não se poderia atribuir aos juízes o papel de construir o significado normativo do texto constitucional, uma vez que cada um pode partir de uma concepção política distinta, que não necessariamente reflete o conteúdo da vontade política popular. O *judicial review*, portanto, somente deveria entrar em cena quando houvesse qualquer forma de desvio no processo democrático representativo, e com o objetivo e exclusivo de contornar esses desvios no plano procedimental, forçando a deliberação no âmbito do Congresso, o lugar adequado para as decisões fundamentais à vida pública. Para Ely, o funcionamento deficiente do processo democrático ocorre quando, por exemplo, as minorias são excluídas do debate político, ou seja, quando as decisões políticas tendem a proteger interesses dos grupos majoritários, violando a garantia constitucional de tratamento igualitário. De uma forma genérica, a Constituição estabelece dois mecanismos primordiais para a defesa dos grupos minoritários. Um desses mecanismos é o chamado *Bill of Rights*²³ – um conjunto de direitos básicos de caráter fundamental aptos a proteger as liberdades mais essenciais do indivíduo, como a liberdade de expressão e de crença. O outro mecanismo está relacionado com a própria estrutura político-eleitoral do Estado norte-americano. O sistema eleitoral, segundo Ely, é uma ferramenta

enumerated negative liberties into the two (and only two) classes of – to put the matter very roughly– the major and the minor, reserving serious review for apparent legislative incursions on the major liberties only and giving much shorter shrift to the rest. The Court erects, in that way, a two-track scheme of review, to which it quite insistently professes to adhere.” MICHELMAN, Frank. “The Priority of Liberties. Rawls and a ‘Warren Court Model’”. Harvard Law School. **Public Law & Legal Theory Working Paper Series**, No. 11-22, 2011, pp. 1-2.

²² A *Equal Protection Clause* se encontra na *Fourteenth Amendment* da Constituição dos EUA, extraída dos seguintes termos: “AMENDMENT XIV, Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. Como se percebe da leitura desse texto constitucional, a cláusula tem como um de seus principais objetivos proteger o tratamento igualitário em toda e qualquer ação do Estado, garantido, dessa forma, que todos os cidadãos sejam igualmente considerados pelo processo legislativo representativo.

²³ O *Bill of Rights* designa o conjunto de direitos e liberdades fundamentais protegidos nas dez primeiras emendas à Constituição americana.

importante para a proteção dos grupos minoritários, na medida em que busca descentralizar o poder político no Estado, evitando a formação de uma maioria política capaz de dominar o Legislativo ou o Executivo em âmbito federal²⁴. O *judicial review*, dentro desse cenário político-institucional, deve ser concebido como um instrumento complementar, ao qual se recorre quando o processo democrático institucionalizado constitucionalmente sofre alguma forma de desvio capaz de comprometer a própria ideia de representatividade²⁵.

A jurisdição constitucional de caráter procedimental situa, assim, a questão da legitimidade do *judicial review* na sua capacidade em garantir condições mínimas para o transcurso do processo democrático^{26 27}. De um modo geral, essas condições mínimas envolvem (I) a garantia do tratamento igualitário no processo legislativo, e (II) a proteção das minorias políticas. Retira-se das cortes a capacidade de, por meio da interpretação constitucional, definir

²⁴ O modelo constitucional madisoniano reflete exatamente a preocupação em evitar que facções políticas majoritárias possam dominar o cenário nacional. Para tanto, Madison alertou sobre a necessidade de que a estruturação dos distritos eleitorais impeça o domínio político dos grupos majoritários: “The critical problem, as Madison saw it, was finding a way to choose representatives capable of governing without succumbing to the corrupting influences of faction, insularity, and lust for popularity or power. Thus, in his most celebrated essay, *Federalist 10*, Madison famously explained how size could do the trick. A large republic meant large election districts. The sheer number of voters and variety of interests subsumed in such districts would make getting elected impossible for candidates who had parochial views or who were beholden to narrow interests. As broad support became a practical necessity for office, elections would be ‘more likely to centre on men who possess the most attractive merit, and the most diffusive and established characters’. (...) In other words, size would also dilute faction—to such an extent that our wiser, justice-loving representatives could use their superior wisdom relatively unencumbered by the intense pressures that self-interested groups could bring to bear in distorting government in a smaller society.” KRAMER, Larry. “The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism and the Theory of Deliberative Democracy”. Stanford Law School. **Stanford Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, No. 937821, 2006, pp. 10-11.

²⁵ O funcionamento deficiente do processo democrático resulta de dois problemas centrais: “Malfunctions occur when the process is undeserving of trust, when (1) the ins are choking of the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced to recognize commonalities of interests, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system.” ELY, John H. Op. cit. p. 103.

²⁶ Para Ely, a função própria da jurisdição constitucional está relacionada com a natureza da Constituição americana, que consiste, em última análise, na garantia do processo democrático: “The theme that justice and happiness are best assured not by trying to define them for all time, but rather by attending to the governmental processes by which their dimensions would be specified over time, carried over into our critical constitutional documents.” ELY, John H. Op. cit., p. 89.

²⁷ Assumindo uma postura que também pode ser considerada procedimentalista, Luc Tremblay busca o fundamento legitimatório do *judicial review* na aplicação do princípio da proporcionalidade às decisões judiciais. Para Tremblay, todos os processos decisórios que expressam a força política coercitiva do Estado sobre os cidadãos deve ser pautado sobre um princípio geral de proporcionalidade capaz de conferir imparcialidade à decisão final. Com efeito, a proporcionalidade, ao garantir a ponderação e a troca de razões entre as partes, produz uma decisão legítima: “Un arrangement politique qui ne satisfait pas au principe de proportionnalité peut être raisonnablement rejeté par ceux qu’il désavantage le plus. J’y vois au moins deux raisons. La première est qu’un tel arrangement politique ne satisfait pas au principe moral d’impartialité. (...) La deuxième raison est qu’un arrangement politique qui ne satisfait pas au principe de proportionnalité peut être raisonnablement rejeté au mérite par les personnes qu’il désavantage, dès lors qu’il existe un arrangement politique de rechange moins désavantageux pour qui il est le plus désavantageux.” (Um arranjo político que não satisfaz ao princípio da proporcionalidade pode ser razoavelmente rejeitado por aqueles que sobre os quais provoca maiores desvantagens. Eu vou dar pelo menos duas razões para tanto. A primeira é que um tal arranjo político não satisfaz ao princípio moral de imparcialidade. (...) A segunda razão é que um arranjo político que não satisfaz ao princípio da proporcionalidade pode ser razoavelmente rejeitado no seu mérito por aqueles aos quais impõe desvantagens, uma vez que existe um arranjo político menos desvantajoso – tradução livre.) TREMBLAY, Luc. “Le Fondement Normatif du Principe de la Proportionnalité en Théorie Constitutionnelle.” **European University Institute**, 2009, pp. 104-105.

valores políticos e morais para as relações sociais. Ao contrário, o modelo de jurisdição constitucional legítimo é essencialmente procedimental, cabendo tão-somente ao Parlamento a leitura moral da Constituição.

III. O PARADIGMA SISTÊMICO PARA A LEGITIMIDADE DO *JUDICIAL REVIEW*

O constitucionalismo democrático e o procedimentalismo são concepções que pretendem justificar a legitimidade do *judicial review* a partir de postulados normativos sobre a democracia e sobre a interpretação constitucional. A primeira concilia o instituto da revisão judicial das leis com uma ideia de superioridade democrática da Constituição, isto é, atribui um valor democrático fundamental àquelas decisões do povo que estabeleceram os fundamentos axiológicos do texto constitucional. A segunda tece uma leitura normativa de caráter procedimental sobre a democracia, em que o *judicial review* tem como função garantir o processo democrático, composto pelos procedimentos formais para se tomar uma decisão política. Dessa forma as duas concepções possuem, como pano de fundo teórico, visões distintas sobre a própria ideia de democracia constitucional. Com efeito, as teses normativas sobre a democracia costumam se orientar por parâmetros valorativos, ou seja, a legitimidade é focada à luz dos valores políticos e jurídicos – como a igualdade e a liberdade –, que servem de base à justificação do poder estatal. Não obstante, a problemática que paira sobre o tema da legitimidade pode ser analisada também sob outro ângulo, relacionado com a dinâmica do poder político e sua forma de organização no Estado constitucional. Sob essa perspectiva, a legitimidade do *judicial review* deve ser estudada a partir do sistema constitucional de divisão dos poderes estatais e dos mecanismos de estabilização do poder, que formam o que se pode chamar de um paradigma legitimatório sistêmico.

Com objetivo de guiar o estudo à luz desse paradigma, pretendemos estruturar nossa análise em duas partes: em (1) será analisado o modo como o modelo de separação de poderes foi estruturado no cenário norte-americano a partir do movimento constitucional do último quarto do século XVIII; em (2) pretendemos abordar o novo dimensionamento dado pela teoria constitucional norte-americana contemporânea, focada nas novas formas de relação entre os poderes estatais e na redefinição do papel do *judicial review*.

1. A Separação de Poderes e a Constituição Americana de 1787

O texto da Constituição americana não dispõe expressamente sobre um ideal normativo de separação de poderes estatais entre órgãos distintos e independentes. Contudo, na sistemática

constitucional de 1787, o princípio da separação de poderes pode ser deduzido inequivocamente do sistema de distribuição de competências e da coordenação entre os diversos ramos do poder estatal. O modelo norte-americano pode ser caracterizado como um modelo rígido, caracterizado pela separação/coordenação entre os poderes. Dois fatores distintos se destacam dentro desse esquema de divisão do poder político: (I) a atribuição de cada uma das funções estatais a órgãos distintos e independentes²⁸; (II) o funcionamento de uma série de exceções ao esquema de separação de poderes, que permitem um controle recíproco entre os órgãos, configurando um sistema de freios e contrapesos (*check and balances*)²⁹.

O modelo de separação de poderes nos Estados Unidos surge, assim, a partir do movimento constitucionalista na segunda metade do século XVIII, com suas principais características desenhadas a partir do modelo europeu. Na Europa, o sistema de separação de poderes acompanha os principais eventos revolucionários no campo da política, sob o espírito das ideias do iluminismo³⁰. Enquanto movimento político-filosófico, o iluminismo se dispôs a reestruturar a relação entre poder estatal e liberdades individuais. A crença iluminista está situada na potencialidade e na valorização do indivíduo, ser dotado de valores intrínsecos e liberdades fundamentais. Nesse sentido, diante de um cenário de decadência da monarquia europeia, o movimento revolucionário liberal viu a necessidade em se reformular as antigas estruturas do

²⁸ A Constituição atribui funções distintas a órgãos estatais independentes: no artigo I, seção 1 prevê a formação de um Congresso como exercício do Poder Legislativo Federal (“All legislative powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.”); no artigo II está definida a estrutura e competências do Poder Executivo Federal (“The executive power shall be vested in a President of the United States of America. He shall hold his office during the term of four years, and, together with the Vice President, chosen for the same term, be elected, as follows: Each state shall appoint, in such manner as the Legislature thereof may direct, a number of electors, equal to the whole number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress: but no Senator or Representative, or person holding an office of trust or profit under the United States, shall be appointed an elector.”); e, no artigo III, o Poder Judiciário é estruturado (“The judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behaviour, and shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office.”).

²⁹ Um dos principais mecanismos de controle entre os poderes estatais está previsto no artigo II, seção 2, da Constituição, e diz respeito à competência do Presidente para nomear os juízes da Suprema Corte (“He shall have power, by and with the advice and consent of the Senate, to make treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the advice and consent of the Senate, shall appoint ambassadors, other public ministers and consuls, judges of the Supreme Court, and all other officers of the United States, whose appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by law: but the Congress may by law vest the appointment of such inferior officers, as they think proper, in the President alone, in the courts of law, or in the heads of departments.”).

³⁰ O iluminismo é considerado como uma das bases filosóficas fundamentais para a Revolução em França (1789), a partir de sua crença na racionalidade do indivíduo frente ao arbítrio do poder estatal. De forma categórica, Jürgen Habermas explica a essência das novas ideias trazidas pelas luzes do século XVIII: “Revolutionary consciousness was expressed, finally, in the conviction that the exercise of political domination could be legitimated neither religiously (by appeal to divine authority) nor metaphysically (by appeal to an ontologically grounded natural law). From now on, a politics radically situated in this world should be justifiable on the basis of reason, using the tools of postmetaphysical theorizing. (...) Revolutionary practice could thus be understood as a theoretically informed realization of human rights; the Revolution itself seemed to be derived from principles of practical reason.” HABERMAS, Jürgen. “Popular Sovereignty as Procedure”. In: James Bohman, William Regh (Eds.). **Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics**. Massachusetts: MIT Press, 1997, pp. 41-42.

Estado, a começar pelo próprio fundamento da centralização do poder. O objetivo do iluminismo era, dessa forma, promover uma reorganização do poder político de modo que estivesse garantida a diferenciação fundamental entre Estado e indivíduo. Para tanto, a organização dos poderes estatais deveria estar bem distribuída, de modo a evitar qualquer forma de concentração do poder em um único órgão. Em outras palavras, tonou-se necessária uma máxima de separação de poderes capaz de garantir a harmonização dos órgãos do Estado e, conseqüentemente, a proteção das liberdades fundamentais. Em sintonia com esse novo contexto político, o movimento constitucionalista europeu instrumentalizou o imperativo da divisão de poderes, que despontou, originalmente nos trabalhos de Locke³¹ e Montesquieu³².

Já no cenário americano, o modelo europeu de separação de poderes foi recepcionado, com seus elementos fundamentais, pelos *Pais Fundadores* da Constituição de 1787, assim como demonstra os *Papéis Federalistas*³³. A ideia de tripartição dos poderes foi importada com o mesmo objetivo daquele proposto por Montesquieu: limitar o próprio poder³⁴. A concentração de

³¹ Um dos primeiros trabalhos a tratar sobre a sistemática de separação de poderes foi o “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”, de John Locke. No modelo lockeano, são dispostos dois poderes centrais – o Legislativo e o Executivo – e, ainda, o Federativo, como um ramo do Executivo: “O poder legislativo é aquele que tem competência para prescrever segundo que procedimentos a força da comunidade civil deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros. Entretanto, como basta pouco tempo para fazer aquelas leis que serão executadas de maneira contínua e que permanecerão indefinidamente em vigor, não é necessário que o legislativo esteja sempre em funcionamento se não há trabalho a fazer; e como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade (...). Este poder tem então a competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil; se quisermos, podemos chamá-lo de federativo.” LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Ensaios sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil.** Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª Ed., Petrópolis: Vozes, 2011, pp. 170-171.

³² De forma lapidária, Montesquieu distingue aquelas que seriam as três espécies de governo, cada uma orientada por princípios distintos: a republicana, quando o povo em conjunto (república democrática), ou somente uma parte do povo (república aristocrática), tem o poder soberano; a monárquica, naquela em que um só governa, mas por leis fixas e estabelecidas; e o despótico, em que um só, sem lei, sem regra, governa todo o povo. Para a república democrática Montesquieu atribui como mola propulsora o princípio da virtude, ou seja, exige-se que se faça ao Estado um sacrifício contínuo, submetendo os interesses pessoais ao bem público. Para a república aristocrática, o princípio vigorante é o da moderação, atribuído aqueles que governam, os nobres. Na monarquia, é a honra e a ambição que impulsionam o governo, isto é, cada classe ou estamento, buscando defender o preconceito de sua condição acaba por produzir o bem comum. Já no despotismo, o princípio é o temor, estampado em todos aqueles que se submetem ao poder político de um só, sem leis. As liberdades políticas, as quais Montesquieu concede ampla importância, somente podem ser realizadas em regimes moderados, como a república e a monarquia. Mas, para tanto, é necessária uma certa ordem de distribuição de poderes entre diferentes organismos do Estado: o Legislativo, o Executivo e, finalmente, o Judiciário. Cf. MONTESQUIEU, Charles-Louis. **Do Espírito das Leis.** Coleção “Os Pensadores”, São Paulo: Abril Cultural, 1973.

³³ Os papéis federalistas (*federalist papers*) foram textos publicados em uma série de jornais de Nova York durante a campanha para ratificação da Constituição Federal naquele Estado (1787-1788). Os textos foram escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, sob o pseudônimo de “Publius”. Cf. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers.** Electronic Classics Series Publication: Pennsylvania State University, 2001.

³⁴ “To what expedient, then, shall we finally resort, for maintaining in practice the necessary partition of power among the several departments, as laid down in the Constitution? The only answer that can be given is, that as all these exterior provisions are found to be inadequate, the defect must be supplied, by so contriving the interior structure of the government as that its several constituent parts may, by their mutual relations, be the means of keeping each other in their proper places.” HAMILTON, Alexander; or MADISON, James. “Federalist No. 51”. **The Federalist Papers**, p. 231. Madison e Hamilton confiavam na potencialidade dos membros de cada poder em assumir as devidas funções que eram atribuídas às instituições que representavam:

atribuições em um único órgão tenderia à formação de um governo tirânico. Portanto, constituía uma condição fundamental à democracia a separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Também a partir da influência do modelo montesquiano, os fundadores da Constituição americana viram a necessidade de manter um mínimo de interligação entre os poderes, isto é, a divisão deveria ser excepcionada por alguns mecanismos institucionais voltados para o controle recíproco entre os poderes. Esses mecanismos deveriam ser manejados como exceções, uma vez que eram constituídos como aberturas para que um poder pudesse se imiscuir no campo de competência funcional dos outros poderes.

No entanto, o movimento constitucionalista americano apresenta algumas diferenças fundamentais em relação aquele que surgiu na Europa, a partir das Revoluções na Inglaterra³⁵ e na França³⁶. A primeira dessas diferenças reflete a própria estrutura social que caracterizava a transição das colônias inglesas na América rumo a declaração de independência e a formação da Federação. Diferentemente do cenário europeu monárquico, o traço característico da sociedade das treze colônias era a homogeneidade social. Não havia, na América, uma segmentação entre classes sociais como a que marcou o período do absolutismo monárquico europeu. Pelo contrário, do ponto de vista político, podia-se verificar, e assim o fez Alexis de Tocqueville, o fenômeno de uma sociedade na qual não existiam nem grandes senhores, nem povo e, por assim dizer, nem pobres nem ricos³⁷. Dessa forma, a construção do modelo americano de separação de poderes não precisou lidar com um problema central que atingiu o movimento constitucionalista europeu: a compatibilização, dentro da nova estrutura estatal, dos vestígios de um regime monárquico de poder. No contexto americano, a Constituição se limitou a traçar um sistema orgânico de separação de poderes, e criar mecanismos de freios e contrapesos para a sua harmonização. No contexto europeu, era latente a tensão entre a representatividade democrática parlamentar e os resquícios de uma monarquia decadente ainda com domínio sobre o Executivo.

“But the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others. The provision for defense must in this, as in all other cases, be made commensurate to the danger of attack. Ambition must be made to counteract ambition. The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place.” *Ibidem*, p. 232.

³⁵ O período da Revolução Inglesa se estendeu por grande parte do século XVII (1642-1660), caracterizando um primeiro passo para a contenção da centralização do poder, na medida em que estabeleceu um novo balanceamento de poder entre monarquia e parlamento. Após a chamada Revolução Gloriosa de 1688, a monarquia parlamentarista passou a estar limitada por uma carta constitucional.

³⁶ A Revolução Francesa costuma ser analisada pela historiografia como um período amplo, envolvendo desde uma fase mais conservadora tomada pelos monárquicos, até uma fase mais radical, na qual estiveram no poder os revolucionários jacobinos. De uma forma geral, o ano de 1789 é apontado como o ponto de rompimento com o antigo regime francês, e expansão das ideias liberais da burguesia.

³⁷ TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. Vol. II, 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Uma segunda diferença entre os movimentos constitucionalistas europeu e americano consiste na identificação do perigo político que se busca evitar com o princípio da separação de poderes. Enquanto a história monárquica europeia era clara em demonstrar que esse perigo residia na concentração de poder no executivo, os fundadores da Constituição americana o situaram em outro ramo do poder: o poder legislativo³⁸. Foi no âmbito do legislativo que os fundadores da Constituição de 1787 identificaram um dos maiores desafios à democracia americana, que consistia na tensão entre as majorias e minorias políticas. Como expressão da ideia de representatividade, o corpo legislativo deveria ser estruturado de tal forma que o resultado de sua deliberação pudesse refletir a vontade do povo. Qualquer forma de desvio na representação dessa vontade poderia comprometer toda a estrutura democrática. Foi olhando para o problema da formação de facções políticas que Madison pretendeu construir um sistema federativo capaz de preservar a ideia de democracia popular³⁹. Dessa forma, por meio da divisão da população em setores ou distritos eleitorais distintos e em pequena escala seria mais fácil evitar a formação de uma facção política em nível federal. A divisão das legislaturas nos Estados e o sistema de representação de cada um deles no Legislativo Federal acabaria por comprometer a atuação das facções regionais no plano nacional.

Outro mecanismo de proteção das minorias também estava presente na estrutura constitucional elaborada pelos *Pais Fundadores*, e consistia exatamente na atuação do judiciário⁴⁰. Na verdade, nos anos que antecederam a ratificação da Constituição americana,

³⁸ Em algumas passagens dos *papeis federalistas* resta implícita a maior preocupação com a concentração de poder nas mãos do corpo legislativo: “But it is not possible to give to each department an equal power of self-defense. *In republican government, the legislative authority necessarily predominates*. The remedy for this inconveniency is to divide the legislature into different branches; and to render them, by different modes of election and different principles of action, as little connected with each other as the nature of their common functions and their common dependence on the society will admit.” (grifos nossos) *Ibidem*, p. 232.

³⁹ “Among the numerous advantages promised by a well constructed Union, none deserves to be more accurately developed than its tendency to break and control the violence of faction. (...) By a faction, I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or a minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community.” MADISON, James. “Federalist No. 10”. **The Federalist Papers**, pp. 41-42.

⁴⁰ A ideia de que judiciário representaria um corpo independente, capaz de fazer com que o Poder Legislativo atuasse dentro de seus próprios limites constitucionais, já estava explícita nos Papeis Federalistas: “It is far more rational to suppose, that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.” HAMILTON, Alexander. “Federalist No. 78”, **The Federalist Papers**, p. 355. De forma contrária, Larry Kramer defende a ideia de que não era a intenção dos *Pais Fundadores* conceder às cortes a capacidade de invalidar as leis criadas pelo Congresso. Somente o povo, diz Kramer, possui legitimidade para limitar os atos do Congresso que usurpem a sua competência constitucional, cf. KRAMER, Larry. “Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism.” **Columbia Law Review**, Vol. 100, 1999.

durante as Convenções realizadas pelos diversos Estados confederados, a ideia de supremacia da Constituição foi sendo desenvolvida como um dos aspectos elementares do conceito de democracia. Algumas constituições dos Estados, como a Carta da Pensilvânia (artigo 47), a Constituição de Vermont (art. 44) e a Constituição de Nova York (artigo III) criavam órgãos de constituição política para avaliar a conformidade das leis produzidas nas legislaturas face à constituição do Estado⁴¹. No entanto, a ideia de que caberia ao judiciário a interpretação das leis à luz da Constituição somente foi introduzida com o aparecimento de algumas decisões das Supremas Cortes dos Estados entre 1776 e 1787, quando da Convenção da Filadélfia⁴². Essas decisões podem ser vistas como um primeiro passo na direção da consolidação da ideia de supremacia judicial sobre a interpretação da Constituição, que somente vai ser integralizada pela decisão em *Marbury v. Madison* (1803), quando a Suprema Corte Federal define os postulados normativos para o *judicial review* nos Estados Unidos⁴³.

Importante notar que a evolução do movimento constitucional americano, durante o final do século XVIII e início do XIX, vai, aos poucos, consolidando a competência do judiciário para proteção das minorias políticas frente aos eventuais abusos cometidos pela vontade das majorias. Com efeito, o *judicial review* pode ser concebido, na perspectiva original norte-americana, como

⁴¹ A ideia de supremacia constitucional, nos Estados Unidos, tem suas bases firmadas com as Cartas das colônias que já possuíam certo prestígio na Nova Inglaterra e foram, com a Declaração de Independência de 1776, transformadas em Constituições dos Estados independentes: “Com efeito, quando em 1776 as Colônias inglesas da América proclamaram a sua independência da Inglaterra, um de seus primeiros atos de independência foi o de substituir as velhas Cartas pelas novas Constituições, entendidas como as leis fundamentais dos novos Estados independentes. E, como no passado, nulas e não aplicáveis tinham sido consideradas pelos juízes as leis contrárias às Cartas coloniais e às leis do Reino Unido, assim não é de admirar-se que a mesma nulidade e não aplicabilidade devesse, depois, ser afirmada, e com bem maior razão, para as leis contrárias às novas e vitoriosas Cartas constitucionais dos Estados independentes.” CAPPELLETTI, Mauro. **Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 62.

⁴² Cf. VALDÉS, Roberto Luis Blanco. **O Valor da Constituição. A Separação dos Poderes, Supremacia da Lei e Controle de Constitucionalidade nas Origens do Estado Liberal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 92-95.

⁴³ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Há uma vasta literatura acerca da importância do caso *Marbury* para a construção da supremacia judicial no cenário norte-americano e para a fundamentação das bases do *judicial review of legislation*. Sob o ponto de vista político, o caso reflete um embate entre federalistas e republicanos sobre o papel da Constituição na democracia americana e a capacidade do judiciário em dar a última palavra sobre o significado das normas constitucionais. Em última análise, *Marbury v. Madison* é resultado do conflito entre o presidente norte-americano à época, Thomas Jefferson, e a Suprema Corte, comandada pelo *Chief Justice* Marshall. A corte ainda apresentava um potencial foco de resistência federalista ao programa do novo governo federal republicano. O período presidencial jeffersoniano é geralmente apontado como um período reconstrutivista, caracterizado pela apresentação de um programa político de oposição ao governo anterior: “The reconstructive task leads presidents to politicize constitutional meaning. As a consequence, reconstructive presidents are likely to deny judicial supremacy and reject the idea that the Court is the ultimate expositor of constitutional meaning. Historically, these are the presidents who have asserted the authority to ignore the Court’s constitutional judgments. In other words, reconstructive presidents tend to be departmentalists”. WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History**. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 23. Na literatura brasileira, cf. BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. “Separação de Poderes da Europa aos Estados Unidos: Mutações e o *Judicial Review*.” In: **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI**, Florianópolis: Fundação Boiteux, pp. 11025-11048, 2011.

um instrumento de correção do processo democrático representativo, sobretudo naquilo que se refere à proteção dos direitos de minorias a partir da ideia de supremacia constitucional.

2. A Reformulação da Separação de Poderes no Cenário Institucional Contemporâneo

O cenário político-institucional contemporâneo dos Estados Unidos apresenta novas características que o diferenciam do modelo original de separação de poderes desenhado no final do século XVIII. A máxima da separação de poderes ainda permanece como diretriz para a organização formal das funções do estado, porém, vem sofrendo algumas mutações importantes, que repercutem diretamente sobre o papel institucional do *judicial review* e, conseqüentemente, sobre o fundamento de sua legitimidade. Em relação ao modelo original, duas mutações podem ser observadas em maior destaque: (I) o redimensionamento, entre os poderes estatais, da capacidade política de decisão sobre questões constitucionais, e (II) a estrutura da dinâmica partidária como uma nova forma de cooperação entre os poderes.

A infraestrutura constitucional de separação de poderes formulada pelos *Pais Fundadores* da Constituição americana tem sido objeto de algumas novas reflexões no âmbito da teoria constitucional contemporânea⁴⁴. No modelo madisoniano havia uma confiança implícita sobre a harmonização entre os poderes estatais fundada em duas dimensões. Numa primeira dimensão, Madison assimilava o interesse dos indivíduos com o cargo em que ocupariam em cada instituição, isto é, um membro individual deveria estar imiscuído completamente nas funções da instituição a qual representa, fazendo dos interesses institucionais seus próprios interesses. Uma vez que cada poder estatal estivesse composto por indivíduos comprometidos com o seu papel institucional, as instituições acabariam competindo entre si a fim de manter suas próprias funções contra a expansão dos demais poderes. Para essa segunda dimensão, Madison importou a ideia de *mão invisível*, originalmente desenvolvida pela economia política, como um mecanismo capaz de gerar o efeito de harmonização da competição entre os poderes estatais.

Todavia, alguns estudos no campo da política-constitucional têm demonstrado que o modelo madisoniano não pode ser deduzido de forma imediata da sistemática constitucional. Para Adrian Vermeule e Eric Posner, não há nada na Constituição americana que possa reproduzir o

⁴⁴ Muitos estudos no constitucionalismo americano contemporâneo estão voltados para a análise do modelo de separação de poderes proposto por James Madison, com base nos escritos federalistas. Cf., entre outros: LEVINSON, Daryl. "Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment." *Harvard Law Review*, Vol. 124, No. 3, 2011; PILDES, Richard. "Political Parties and Constitutionalism." In: *Comparative Constitutional Law*. Tom Ginsburg, Rosalind Dixon (Eds.), Northampton, Ma: Edward Elgar, 2011.

mecanismo da *mão invisível* capaz de equalizar a concorrência entre os poderes⁴⁵. Na primeira dimensão, não se pode inferir imediatamente que os interesses dos agentes públicos estarão necessariamente identificados com as funções da instituição da qual fazem parte. Na segunda dimensão, o sistema madisoniano prevê um sistema de mútuo controle entre os poderes, de modo que cada um deles esteja limitado pelas suas competências jurídicas. Por meio desse sistema de controle, Madison confiava na potencialidade de uma equalização do poder político. Contudo, Vermeule destaca no cenário político atual novas condições institucionais que redimensionam a capacidade dos poderes estatais em lidar com problemas envolvendo questões constitucionais. No âmbito do Poder Executivo, a sua discricionariedade para desempenhar determinadas funções, mais precisamente na formulação das políticas internacionais e em temas envolvendo a segurança nacional, tem sido alargada⁴⁶. Na medida em que esses campos políticos exigem uma maior eficiência da decisão e maior responsabilização política, o Executivo se torna uma instituição protagonista na definição das políticas de Estado. Sobre essas questões, a função do *judicial review* acaba por ser reduzida, abrindo um maior espaço para a discricionariedade política do Executivo, inclusive no que diz respeito a conflitos envolvendo direitos constitucionais. Alguns fatores institucionais podem explicar a necessidade de redução da competência das cortes sobre temas de política internacional e de segurança nacional: (a) o *tempo* para a revisão judicial, isto é, a os conflitos costuma chegar às cortes após um longo período de tempo que os distancia de sua origem, já tendo, assim, sofrido mudança em seu quadro político que comprometem a eficácia da decisão judicial; (b) a *intensidade* da revisão costuma ser reduzida em tempos de crise política, quando as cortes tendem a delegar a decisão sobre questões políticas polêmicas para o Executivo⁴⁷.

⁴⁵ A máxima da separação de poderes foi arquitetada constitucionalmente por Madison com base no mecanismo da mão invisível, retirado da economia política clássica. A ideia central era a de que os poderes estatais, ao buscarem proteger as suas respectivas funções constitucionais, garantiriam a estabilidade sistêmica e o bem público. Contudo, para Adrian Vermeule, algumas falhas podem ser encontradas no argumento madisoniano: “Madison is best understood to offer here a benign invisible-hand account of checks and balances (...). On this view, Madison’s basic idea in the domain of constitutional design has the same structure as Smith’s basic idea in the domain of political economy. Just as it is fallacious to think that the market can only promote the public interest if its participants aim to benefit the public, so too it is a fallacy of division to think that the public interest can only be attained, in a system of separated powers, if each of the component institutions itself aims to promote the public interest.” VERMEULE, Adrian. “System Effects and the Constitution.” The Supreme Court 2008 Term, **Harvard Law Review**, Vol. 123, No. 1, 2009, pp. 24-25. Ver também: POSNER, Eric., VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound. After the Madisonian Republic**. New York: Oxford University Press, 2010.

⁴⁶ “This account is no longer adequate, if it ever was. Legislators and judges are, for the most part, unable to effectively oversee or monitor the executive’s exercise of delegated legal authority, especially in the domains of foreign policy and national security.” *Ibidem*, p. 25.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 52-54.

Uma segunda mutação no quadro político-institucional norte-americano é observada na dinâmica partidária. Para Daryl Levinson e Richard Pildes, a formação de um governo unificado ou dividido depende do grau de coerência ideológica interna dos partidos políticos que o compõe e da manutenção de uma distância política razoável entre os principais partidos que disputam o governo⁴⁸. Pode-se considerar a década de 1960 como o período em que se delineou um sistema mais rígido de polarização bipartidária nos Estados Unidos⁴⁹. Dois fatores contribuíram para a unificação intrapartidária e, conseqüentemente, para a polarização política norte-americana: (a) o *Voting Rights Act* de 1965, e (b) as decisões da Corte Warren que conferiram maior amplitude democrática aos direitos civis e políticos. A conjunção desses dois fatores foi responsável por delinear com maior precisão o contingente eleitoral de cada partido e a coesão interna dos partidos políticos sobre agendas mais definidas⁵⁰. O cenário norte-americano foi, assim, substancialmente alterado durante a segunda metade do século XX com o crescente domínio dos partidos sobre a disputa político-eleitoral e com o controle partidário sobre as nomeações dos candidatos. Fatores como o financiamento e a organização das campanhas eleitorais também contribuíram para o maior controle dos partidos sobre seus candidatos. Diante dessa nova conjuntura político-institucional, o *judicial review* deve ser repensado a partir da relação entre os poderes políticos governamentais e a formação partidária. São esses os novos elementos que compõem a estrutura metodológica para análise do significado das decisões da Suprema Corte no campo político-constitucional. O constitucionalismo, preso tão somente à sua dimensão normativa de proteção de direitos, não é capaz de dar conta da dimensão de disputa institucional entre poderes políticos sobre a interpretação da Constituição. O exercício do *judicial review* é, então, analisado por Levinson e Pildes a partir de dois cenários políticos distintos: (a) governos unificados – quando o Congresso e o Executivo são representados por um partido dominante e com alto grau de coesão interna; e (b) governos divididos – caracterizados pelo cenário de fragmentação e de disputa entre partidos no Congresso e no Executivo. Diante de um cenário de governo unificado, as cortes tendem a encontrar maior dificuldade para definir novas diretrizes ao

⁴⁸ LEVINSON, Daryl., PILDES, Richard. “Separations of Parties, not Powers”. **Harvard Law Review**, Vol. 119, 2006; Harvard Law School, **Harvard Public Law Working Paper**, No. 131.

⁴⁹ “After an interregnum of strongly unified Democratic governments under Presidents Kennedy and Johnson, divided government solidified as the norm for the second half of the twentieth century. From 1955 through 2000, government was divided for thirty-two of the forty-six years; and from 1969 to 2000, government was divided for twenty-six of thirty-two years, or 81% of the time.” *Ibidem*, pp. 19-20.

⁵⁰ O grau de coerência ideológica interna dos partidos políticos e o distanciamento dos programas políticos dos partidos em competição tendem a gerar um governo cada vez mais dividido e, dessa forma, abrem maior espaço para a atuação das cortes sobre a interpretação de direitos constitucionais para solução de conflitos políticos.

texto constitucional, uma vez que estão impedida pela pressão exercida pelo partido político dominante e unificado.

Nesse sentido, Daryl Levinson observa que as decisões da Suprema Corte americana sobre questões políticas fundamentais têm acompanhado a opção política majoritária, isto é, as grandes intervenções da Corte no campo político apenas ratificaram a opinião pública majoritária previamente formada^{51 52}. Ao atuar dessa forma, ancorada na vontade política da maioria popular, fica garantida a estabilidade do *judicial review*, e conseqüentemente, é reduzida a probabilidade de contestação à legitimidade de suas decisões.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício da revisão judicial das leis (*judicial review of legislation*) tem sido um dos principais focos de debate na teoria constitucional norte-americana a partir da segunda metade do século XX. Em linhas gerais, duas teses tradicionais despontaram como argumentos centrais para justificar a legitimidade desse instituto: (I) a tese do constitucionalismo democrático, segundo a qual a Constituição possuiria um valor fundamental intrínseco – derivado do especial momento democrático vivido em períodos de deliberação constituinte – o qual deve ser preservado pelo *judicial review*; (II) a tese procedimentalista, que circunscreve a capacidade das cortes para o *judicial review* à proteção do próprio processo democrático e, nessa medida, busca evitar os desvios cometidos ao longo da aprovação de leis no Congresso ou nas legislaturas estaduais. As duas teses, portanto, reforçam valores democráticos distintos. Enquanto a primeira ressalta a importância dos valores fundamentais expresso no documento constitucional, a segunda vê como

⁵¹ “In sum, if the Court typically operates not against but as part of the dominant national alliance, then the political stability of judicial review is easy to understand. Real questions about the viability of judicial power arise only when courts act counter to the interests of the national political branches or popular majorities. These cases do exist: Supreme Court decisions invalidating school prayer, striking down criminal bans on flag burning, and requiring procedural protections for criminal defendants have been unpopular with majorities of the public. And controversial decisions such as *Roe* have survived long stretches of Republican political ascendancy without generating serious political reprisals against the Court.” LEVINSON, Daryl. Op. cit., 2011, p. 736.

⁵² A tese majoritária sobre o *judicial review* não é nova nos Estados Unidos. Podemos verificar os primeiros argumentos de destaque já nos estudos de Robert Dahl, nos anos 50. Para Dahl, não resta dúvida de que a Suprema Corte americana desempenha um papel relevante como agente político. Uma vez que várias de suas decisões, sobretudo aquelas baseadas em princípios abstratos, deixam em aberto diferentes alternativas para a pavimentação do seu conteúdo, resta inequívoco o caráter político da atuação da corte. Dahl conclui que o histórico das principais decisões da corte no âmbito do *judicial review* demonstra a sua tendência em se manter ao lado da vontade das maiorias políticas: “Except for short-lived transitional periods when the old alliance is disintegrating and the new one is struggling to take control of political institutions, the Supreme Court is inevitably a part of the dominant national alliance.” DAHL, Robert. “Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker.” 6 **J. Pub. L.** 279 (1957), p. 293. Para uma crítica sobre os postulados da tese majoritária, cf. PILDES, Richard. “Is the Supreme Court a Majoritarian Institution?” **New York University Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, No. 11-01, 2011.

essencial a preservação da deliberação democrática, como forma de garantir o princípio do autogoverno.

Nenhuma das duas teses, contudo, consegue conciliar o papel do *judicial review* com a distribuição de poderes entre as instituições estatais no constitucionalismo norte-americano. Por mais que o procedimentalismo demonstre a importância de se manter um processo democrático íntegro, não fornece uma leitura adequada sobre as origens do sistema de separação de poderes desenhado na Constituição americana de 1787. A tese dos *Pais Fundadores* da Constituição é, por assim dizer, uma concepção pragmática e sistêmica sobre a relação entre os poderes estatais, em que se busca, por um lado, a operacionalização do poder político no Estado e, por outro, a garantia das liberdades fundamentais. Não de outro modo, os fundadores da Constituição viram no Poder Legislativo uma tendência à concentração de poder, que poderia, acaso não limitado pelos demais poderes, levar a uma tirania das maiorias.

No constitucionalismo norte-americano contemporâneo encontram-se algumas novas dificuldades, ainda relacionadas com a máxima da separação de poderes, que interferem diretamente sobre a legitimidade do *judicial review*. Dentre essas principais dificuldades, o redimensionamento do poder político entre os ramos estatais indica a tendência do Poder Executivo em concentrar poder decisional em áreas como a política externa e a segurança nacional. Também a nova dinâmica de competição entre os partidos políticos indica uma nova forma de relação entre os poderes estatais, que precisa ser reavaliada pelo constitucionalismo. Esses novos elementos compõem uma nova estrutura para o sistema de separação de poderes e, conseqüentemente, para a própria ideia de legitimidade do *judicial review*.

V. Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. **Nós, O Povo Soberano. Fundamentos do Direito Constitucional.** Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics.** New Haven: Yale University Press, 1962.

BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. “Separação de Poderes da Europa aos Estados Unidos: Mutações e o *Judicial Review*.” In: **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI**, Florianópolis: Fundação Boiteux, pp. 11025-11048, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

DAHL, Robert. **How Democratic is the American Constitution?** New Haven: Yale University Press, 2001.

_____. “Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker.” 6 **J. Pub. L.** 279 (1957).

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

GRAY, Thomas. “Do We Have an Unwritten Constitution?” **Stanford Law Review**, Vol. 27, No. 703 1975.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers.** Electronic Classics Series Publication: Pennsylvania State University, 2001.

KLARMAN, Michael. “Brown, Racial Change, and the Civil Rights Movement.” **The Journal of American History**. Vol. 81, No. 1, 1994.

KRAMER, Larry. “The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism and the Theory of Deliberative Democracy”. Stanford Law School. **Stanford Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, No. 937821, 2006.

_____. “Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism.” **Columbia Law Review**, Vol. 100, 1999.

LEVINSON, Daryl. “Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment.” **Harvard Law Review**, Vol. 124, No. 3, 2011.

LEVINSON, Daryl., PILDES, Richard. “Separations of Parties, not Powers”. **Harvard Law Review**, Vol. 119, 2006; Harvard Law School, **Harvard Public Law Working Paper**, No. 131.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Ensaios sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil.** Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª Ed., Petrópolis: Vozes, 2011.

MICHELMAN, Frank. "The Priority of Liberties. Rawls and a 'Warren Court Model'". Harvard Law School. **Public Law & Legal Theory Working Paper Series**, No. 11-22, 2011.

MONTESQUIEU, Charles-Louis. **Do Espírito das Leis**. Coleção "Os Pensadores", São Paulo: Abril Cultural, 1973.

NELSON, William. **Marbury v. Madison: the origins and the legacy of judicial review**. Lawrence, KA: University Press of Kansas, 2000.

PERRY, Michael. **The Constitution, The Courts and Human Rights**. New Haven: Yale University Press, 1982.

PILDES, Richard. "Political Parties and Constitutionalism." In: **Comparative Constitutional Law**. Tom Ginsburg, Rosalind Dixon (Eds.), Northampton, Ma: Edward Elgar, 2011.

_____. "Is the Supreme Court a Majoritarian Institution?" **New York University Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, No. 11-01, 2011.

POSNER, Eric., VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound. After the Madisonian Republic**. New York: Oxford University Press, 2010.

POST, Robert; SIEGEL, Reva B. "Roe Rage. Democratic Constitutionalism and Backlash." **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, 2007; Yale Law School, **Public Law Working Paper** No. 131.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts are Wrong for America**. New York: Basic Books, 2005.

_____. **A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América**. Vol. II, 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

TREMBLAY, Luc. "General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law." **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 23, No. 4, 2003.

_____. "Le Fondement Normatif du Principe de la Proportionnalité en Théorie Constitutionnelle." **European University Institute**, 2009.

WALDRON, Jeremy. "The Core of the Case Against Judicial Review." **The Yale Law Journal**, Vol. 115, 1346, 2006.

WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History**. Princeton: Princeton University Press, 2007.

VALDÉS, Roberto Luis Blanco. **O Valor da Constituição. A Separação dos Poderes, Supremacia da Lei e Controle de Constitucionalidade nas Origens do Estado Liberal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

VERMEULE, Adrian. "System Effects and the Constitution." The Supreme Court 2008 Term, **Harvard Law Review**, Vol. 123, No. 1, 2009.