

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E A CRÍTICA DE JEREMY WALDRON

CONTROL OF JUDICIAL CONSTITUTIONALITY LAWS AND CRITICISM OF JEREMY WALDRON

**Arlene Esteves Bento
Sabrina Durães Veloso Neto**

Resumo

O controle jurisdicional de constitucionalidade é vivido intensamente em certos países, como os Estados Unidos. Lá existe uma clara divergência entre estudiosos que são favoráveis e os que são contra o modelo inaugurado em 1803, após o julgamento do clássico *Marbury versus Madison* e a solução engenhosa encontrada por Marshall. O presente texto propõe a análise do pensamento de Jeremy Waldron. O Autor inicia sua tese na busca pela dignidade da legislação, tentando trazê-la para o centro dos estudos da filosofia política. Em seguida, ao colocar o desacordo como característica central do direito, o autor sustentará que nas situações de desacordo moral entre os membros de dada sociedade, a legitimidade para decidir é mesmo do legislativo.

Palavras-chave: Controle judicial de constitucionalidade, Legitimidade, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The debate about judicial review and its democratic legitimacy is clearly polemic in certain countries such as United States. Since *Marbury versus Madison*, a debate has been developed between those who are against the judicial review and those who support it. In this article, the ideas of Jeremy Waldron will be studied. Waldron tries to put the legislation and the law in the center of the philosophic studies, showing that disagreement is a part of law. Hence, Waldron tries to prove that those disagreements are better decided inside the Parliament, not in the Court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial review, Legitimacy, Democracy

1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é um mecanismo de correção e restabelecimento, consistindo na verificação da equivalência entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Verificado o contraste, o ordenamento jurídico apresenta um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim interromper sua eficácia.

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, das minorias em face das maiorias. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade, que devem ser preservados das imposições estritamente políticas.

Será abordado no presente artigo o controle de constitucionalidade, principalmente nos Estados Unidos, onde em 1803, no célebre caso *William Marbury vs. James Madison*, pela voz do Chief Justice John Marshall, a U. S. Supreme Court criou o precedente de deixar de aplicar a lei infraconstitucional contrária à *Paramount Law*.

Em face do princípio vinculativo herdado do sistema britânico – *stare decisis quieta movere* –, tal precedente se tornou obrigatório não só para a própria Suprema Corte com também para os demais tribunais.

Ressalte-se que no controle incidental de constitucionalidade o reconhecimento da inconstitucionalidade implica simplesmente que a lei apontada vulneradora da Lei Maior deixa de ser aplicada no caso em julgamento, devendo o juiz ou tribunal se socorrer dos outros meios cabíveis para o julgamento da causa.

No caso *Marbury vs. Madison* o reconhecimento da inconstitucionalidade verteu sobre a validade da lei federal da organização judiciária de 1789, que concedia à Suprema Corte competência que não lhe fora deferida pela Constituição.

Será também analisada a crítica feita por Jeremy Waldron ao Controle de Constitucionalidade, o *Judicial Review*, apontando suas críticas e sua opinião sobre as possíveis soluções aos problemas enfrentados por este tipo de modelo constitucional.

Waldron apresenta, como solução deste dilema, a adoção do critério majoritário de tomada de decisões. O critério majoritário seria o melhor por preservar o ideal de auto-governo da forma mais plena, pois reconhece a igualdade dos cidadãos e sua capacidade de tomar decisões autônomas.

O autor defende que a igualdade de todos seria “o direito dos direitos”, e é a legislação, adotada ao critério majoritário, a que melhor defende essa idéia através do respeito ao igual valor da participação dos cidadãos para a tomada das decisões e a dignidade e autonomia das pessoas.

2. O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

O controle de constitucionalidade é um mecanismo de correção e restabelecimento, consistindo na verificação da equivalência entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Verificado o contraste, o ordenamento jurídico apresenta um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim interromper sua eficácia.

Em toda consolidação de um direito infraconstitucional estará envolvida uma operação mental de controle de constitucionalidade. Quando uma pretensão jurídica fundar-se em uma pretensão que não integra a constituição, uma lei ordinária, por exemplo, o intérprete, antes de aplicá-la, deverá certificar se ela é ou não constitucional. Caso não seja, esta não poderá prevalecer, pois aplicar uma norma inconstitucional significa deixar de aplicar a Constituição.

Duas premissas são necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais.

A supremacia da Constituição revela sua posição no mais alto ponto da hierarquia, de forma escalonada, em diferentes patamares. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo poderá permanecer válida se não estiver em consonância com a Constituição.

A rigidez constitucional também é pressuposto do controle constitucional. Para que possa servir como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional necessariamente deve ter um processo de elaboração diferente e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. A criação de leis infraconstitucionais semelhante às normas constitucionais criaria uma contrariedade de normas, resultando na revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade.

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, das minorias em face das maiorias. Seu pressuposto é a existência de valores

materiais compartilhados pela sociedade, que devem ser preservados das imposições estritamente políticas.

3. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS UNIDOS – O JUDICIAL REVIEW

A Constituição americana de 18 de setembro de 1787 representou o primeiro texto constitucional consolidado de um país, embora algumas das antigas colônias já dispusessem de documentos escritos com esta denominação.

Surgiu do difícil consenso nascido entre os povos das antigas colônias que se viram relutantemente conduzidos a unir lentamente os seus esforços, desde a Declaração continental de Independência, em 4 de julho de 1776; para tal, realizaram inicialmente uma confederação conjugando os esforços comuns na luta contra a antiga Metrópole, mas mantendo, assim, cada uma delas a soberania duramente conquistada (tanto é assim que cada integrante da confederação manteve o direito de secessão, isto é, de se separar da União).

Os laços confederativos, no entanto, mostraram-se insuficientes para as lutas em face dos inimigos comuns, razão pela qual estreitaram os laços que os uniam através da Constituição de 1787, que pela primeira vez instituiu a forma federativa de Estado, está a inadmitir a secessão que existia no regime confederativo anterior e assim conduzindo a instituição de uma estrutura de poder que pudesse oferecer meios, de um lado, para garantir a independência em face das potências estrangeiras e, de outro, que mantivesse unido o povo das antigas colônias.

Daí a adoção – no que eles foram pioneiros – de diversos institutos regulando o exercício do poder:

a) a própria existência da Constituição escrita, cristalizando o relacionamento entre os agentes do Poder, como produto de um consenso arduamente conquistado e expresso em texto, de forma a assegurar a sua permanência, assim, em atenção ao velho brocardo romano *verba volant scripta manent* (as palavras voam e o escrito se mantém);

b) o caráter de constituição rígida, isto é, garantindo o consenso político das decisões fundamentais com um grau superior de normatividade, imune às influências das maiorias eventuais que ordinariamente integram o Congresso, pois a elaboração dos atos normativos infraconstitucionais deveria atender a um processo legislativo diferenciado, e com menos solenidade, do que o processo de reforma da própria Lei Maior;

c) a instituição do regime presidencialista de governo, em que cada Poder do Estado mantinha a sua relativa autonomia no exercício de suas funções específicas, embora devesse atuar harmonicamente com os demais ramos governamentais, assim realizando a separação de poderes que Montesquieu vislumbrou no célebre *O Espírito das Leis*, aprimorando o modelo que Aristóteles somente pudera perceber pela diferenciação de funções na antiga Grécia;

d) a forma federativa de organização do Estado, de modo a distribuir as atividades entre o governo central, a União, e dos governos estaduais, transformando as antigas colônias em Estados-membros, assim a colaborar na formação da vontade do órgão central, e lhes garantindo a existência pela preservação de atribuições próprias (os poderes residuais ou remanescentes), expressando a natural desconfiança quanto à atuação dos agentes da União; e

e) a declaração dos direitos individuais, representando meios de interdição de atuação do poder estatal – da União e dos Estados-membros – em face do indivíduo, providência que não constava do texto promulgado em 18 de setembro de 1787, mas que se integrou ao texto original através de dez emendas promulgadas em 1788 e 1789.

Não consta no texto, em momento algum, a atribuição a qualquer órgão federal do poder de zelar pela guarda da Constituição, nem se pensou em atribuir tal poder ao próprio Congresso, pois ele mesmo tinha o encargo de elaborar as leis e iniciar o processo de emenda da Constituição, que ainda hoje exige a ratificação do texto aprovado pelo Congresso por um expressivo número de Assembléias Estaduais.

A ascendência do Parlamento sobre os outros setores do governo – os quais no regime parlamentar dele são derivados, inclusive os tribunais – não serviu de paradigma para os Estados Unidos, mas modelo de sua reação pela original adoção do regime presidencialista, em que cada Poder do Estado atua separadamente.

Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1789, os juízes tinham proclamado que, nos casos que lhes fossem submetidos, poderiam deixar de aplicar a lei incompatível com as leis de maior importância (New Jersey, em 1780; Virgínia, 1782, North Carolina, 1787).

Os juízes seguiam aí precedentes decorrentes do fato de que, no estabelecimento das colônias na América, a metrópole inglesa concedia aos fundadores o poder de elaborar normas coloniais próprias, desde que não atentassem contra as normas que regiam a sua formação. Note-se, daí, a idéia de hierarquização das leis – as leis coloniais postas em patamar inferior, submetidas às normas, superiores, que autorizavam a formação da colônia – que foi o padrão imposto na constituição rígida e do qual derivou o controle de constitucionalidade das leis.

Em 1803, no célebre caso *William Marbury vs. James Madison*, pela voz do Chief Justice John Marshall, a U. S. Supreme Court criou o precedente de deixar de aplicar a lei infraconstitucional contrária à *Paramount Law*.

Em face do princípio vinculativo herdado do sistema britânico – *stare decisis quieta movere* –, tal precedente se tornou obrigatório não só para a própria Suprema Corte com também para os demais tribunais.

Ressalte-se que no controle incidental de constitucionalidade o reconhecimento da inconstitucionalidade implica simplesmente que a lei apontada vulneradora da Lei Maior deixa de ser aplicada no caso em julgamento, devendo o juiz ou tribunal se socorrer dos outros meios cabíveis para o julgamento da causa¹.

No caso *Marbury vs. Madison* o reconhecimento da inconstitucionalidade verteu sobre a validade da lei federal de organização judiciária de 1789, que concedia à Suprema Corte competência que não lhe fora deferida pela Constituição.

O que deu notoriedade a tal reconhecimento foi o sistema do *stare decisis* que, de um lado, tornou obrigatório o precedente para todos os órgãos judiciais e, de outro, permitiu que a mais Alta Corte criasse o precedente de carrear para si e para os demais tribunais a atribuição de expressar o significado da Lei Maior, através do seu poder de verificar a compatibilidade das leis em face da Constituição, ou dos atos dos demais ramos do Poder (Legislativo e Executivo) em face da *Paramount Law*.

4.O PRIMEIRO PRECEDENTE: *MARBURY v. MADISON*

No início da vida republicana dos Estados Unidos, a tensão política existente dividia os partidos Federalista e Republicano, sendo que o primeiro dominara o Parlamento e a Presidência até as eleições de 1800, quando os republicanos chegaram ao Poder Executivo com a eleição do Presidente Thomas Jefferson².

O então Presidente Adams, federalista, manteve-se no poder até 1801, tendo, nesse ínterim desenvolvido uma manobra que garantiria a influência política dos federalistas mesmo

¹ Neste aspecto e para o nosso sistema jurídico, veja-se o comando que está no disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, reproduzido no art. 126 do Código de Processo Civil: o juiz não se exime de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. Curso de direito constitucional. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 192.

após a derrota nas eleições. Tratou o Presidente de fazer com que se aprovasse uma lei que criava dezesseis tribunais federais em vários pontos do território americano, como medida para evitar os constantes deslocamentos de juízes da Suprema Corte, cuja competência incluía o julgamento de apelações em casos federais ocorridos nos Estados-membros. Nessas situações, o magistrado daquela Corte deveria se dirigir até o Estado para fazer o julgamento, o que gerava morosidade e cansaço desmedido para os juízes.

Ocorre que tais Cortes seriam preenchidas por juízes vitalícios nomeados pelo Presidente Adams, abrindo-se espaço para o preenchimento dos cargos somente pelos simpatizantes das idéias federalistas, o que poderia criar empecilhos para o futuro governo republicano.

Além de criar tais cargos vitalícios, a referida lei criava diversos cargos de juiz de paz no Distrito de Colúmbia, cujo mandato era de cinco anos³.

Um dos indivíduos escolhidos para ocupar um desses cargos chamava-se William Marbury. Com o mandato presidencial prestes a encerrar, o ritmo de nomeações para tais cargos foi intensa, registrando-se nomeações na noite anterior a posse dos republicanos, surgindo daí a alcunha “juízes da meia noite”.

O encarregado dos procedimentos necessários à posse dos nomeados era John Marshall, Secretário de Estado, já nomeado para ocupar a presidência da Suprema Corte, mas desempenhando aquela função a pedido do Presidente Adams até a posse de Thomas Jefferson.

A atividade levada a cabo por Marshall consistia na colocação de um selo no diploma de nomeação e o conseqüente envio para o nomeado. Ocorre que com a pressa em formalizar a nomeação do maior número de simpatizantes possíveis, o diploma de Marbury, devidamente selado por Marshall, não lhe fora enviado, tendo em vista, provavelmente, os tumultos do último dia de governo. Ressalte-se que Marbury havia sido regularmente indicado pelo Presidente e confirmado pelo Congresso, não contando, somente, com o diploma necessário para a posse.

Assumindo a presidência claramente descontente com tais manobras, o Presidente Jefferson ordena a seu Secretário de Estado, James Madison, a recusar peremptoriamente o envio do diploma solicitado por Marbury.

Este, então, impetra um writ of mandamus, com base numa lei de 1789 que ampliara a competência originária da Suprema Corte, almejando à concessão de uma ordem para que Madison enviasse o diploma.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. Ob. cit. p, 193.

Convicto da impossibilidade de a Suprema Corte conceder tal ordem, Madison não apresentou qualquer defesa. O clima era tenso nos Estados Unidos, com o governo aprovando uma série de medidas que desconstruía os estratagemas federalistas, como a aprovação de uma lei que previa a demissão de todos aqueles ocupantes de altos cargos nomeados pelo Presidente Adams.

O clima de guerra aumentava à medida que o julgamento do writ se aproximava, sendo que a engenhosa decisão de Marshall foi fundamental para a manutenção do equilíbrio institucional daquele País.

Aquele juiz da Suprema Corte, julgando o caso, assentou que a retenção do título era ilegal, consistindo um abuso e ferindo o direito de Marbury. No entanto, ele denegou a ordem, pois a ação era baseada numa lei inconstitucional, que invadira a competência do constituinte originário, único capaz de dispor sobre a competência originária da Suprema Corte, já que fixada na Constituição. Com isso, o governo resignou-se por não ter sido obrigado a enviar o diploma, mas recebeu, juntamente com o Poder Legislativo, um importante recado, no sentido de que, a partir daquele caso, caberia aos juízes analisar a compatibilidade de uma lei com a Constituição, recusando a aplicação daquela sempre que conflitasse com esta.

Se todos os Poderes devem obediência ao Texto Magno e cabe ao Poder Judiciário interpretá-lo, os atos dos demais Poderes podem ser anulados por decisão do Judiciário, na qualidade de intérprete máximo da Constituição.

As lições constantes no Federalista devem ter servido de inspiração para a decisão de Marshall, já que “os pais fundadores” viam com bons olhos o controle jurisdicional das leis⁴.

Marbury v. Madison foi a primeira decisão onde a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais.

Importante ressaltar que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza.

Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema. A argumentação desenvolvida por Marshall sobre a supremacia da Constituição, da necessidade do Judicial Review e da competência do Judiciário na matéria é tida como primorosa. Mas não era pioneira nem original.

⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p, 306

Havia precedentes de fato, identificáveis em períodos diversos da história, desde a Antiguidade, e mesmo nos Estados Unidos o argumento já havia sido deduzido no período colonial, com base no direito inglês, ou em cortes federais inferiores e estaduais. Mas foi o caso *Marbury v. Madison* que ganhou o mundo e enfrentou com êxito resistências políticas e doutrinárias de matizes diversos.

Marbury v. Madison foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando firmado o princípio da Supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe conviesse. Na medida em que a conjuntura turbulenta foi proferida e as características do caso concreto, com o passar do tempo, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.

5. A CRÍTICA DE JEREMY WALDRON AO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE – O JUDICIAL REVIEW

O filósofo Jeremy Waldron, autor de *Law and disagreement*, 1999, e *The core of the case against judicial review*, *Yale Law Journal*, 2006, é um dos principais críticos do judicial review e consequentemente do ativismo judicial, mesmo reconhecendo que o controle de constitucionalidade de atos normativos pode ser necessário para enfrentar questões anômalas específicas, num ambiente em que certas características políticas e institucionais das democracias liberais não estejam totalmente presentes.

A ideia central de Waldron é de que nas sociedades democráticas nas quais o Legislativo não seja contrário às divergências acerca dos direitos devem ser resolvidas no âmbito do processo legislativo, de forma exaustiva, e não do processo judicial.

Jeremy Waldron aponta as dificuldades encontradas quando se tenta justificar, a partir de uma teoria liberal, que juízes não eleitos democraticamente sejam os encarregados de defender a Constituição. Em outras palavras, que sua interpretação do texto constitucional, especialmente em matéria de direitos fundamentais, seja prevalecente frente à leitura realizada pelo legislador.

O Filósofo concentra suas críticas no constitucionalismo, considerado um arranjo institucional que é de viés antidemocrático. O modelo estaria alicerçado na primazia da

constituição, que consagra um catálogo de direitos fundamentais, e no mecanismo de controle de constitucionalidade das leis.

Com essas premissas, e desde que existentes condições específicas que o autor elenca em uma democracia moderna, Waldron renova a controvérsia sobre quem deve deter a competência, dentro da organização constitucional de poderes, para delimitar e definir o conteúdo dos direitos protegidos pela Constituição.

Os argumentos utilizados pelo filósofo são basicamente quatro:

1) a defesa de uma teoria moral baseada em direitos como a de Dworkin: não leva necessariamente a propugnar pelo estabelecimento de uma declaração de direitos e de um órgão de controle de constitucionalidade de acordo com o modelo norte-americano;

2) os filósofos políticos liberais devem ser, precisamente, os primeiros a duvidar da oportunidade de canonizar direitos em um documento legal se isso acarreta, ao fim e ao cabo, um indubitável obstáculo ao debate político democrático em torno desses direitos;

3) a filosofia política recente não tem prestado atenção suficiente aos processos de tomada de decisões em circunstâncias de radical desacordo;

4) o respeito aos direitos de participação política é incompatível com a criação de uma instituição encarregada da revisão e adaptação dos direitos fundamentais em uma conjuntura de desacordo e mudança social.

Aponta, Waldron, que o argumento dos defensores do constitucionalismo, de que este teria o valor de salvaguardar as minorias, seria falacioso, pois, afinal, quem tomaria a decisão sobre o que a maioria não poderia decidir? Sendo mais preocupante o fato de que, diante da imprecisão lingüística e a vagueza dos conceitos, o conteúdo dos limites acabariam por consistir naquilo que o órgão que realiza o controle de constitucionalidade (que não é representativo) decida, também por maioria.

Ou seja, o que limitaria as decisões da maioria não seriam questões substanciais, visto que, sempre será necessário um procedimento ultimo para definir os conteúdos e sendo o constitucionalismo um modelo também procedimental, seria tão falível quanto os demais (WALDRON, 2005, p. 337-372).

Waldron inicia sua tarefa com a pretensão de imaginar uma teoria do direito que esteja ligada ao ideal de auto-governo na explicação da natureza do direito, no fundamento de

sua legitimidade, na tarefa da interpretação e nas responsabilidades dos cidadãos, parlamentares e tribunais, e de contrapor à visão otimista dos tribunais, que ele alega ser majoritária, defendendo a legislatura como um modo de governança digno e uma fonte do direito respeitável.

Nas próprias palavras de Waldron:

As pessoas convenceram-se que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direitos e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões deste caráter. (grifo do autor) (2003, P.5).

Assume, então, como pressuposto de sua teoria normativa do direito, que as pessoas, de regra, votariam segundo suas opiniões reflexivas e imparciais, aceitando a boa-fé dos cidadãos na tomada de decisões pessoais. O autor, contudo, não pode ser considerado ingênuo, pois não nega a dificuldade de sua escolha, mas acredita que toda teoria do “dever ser” assume uma aspiração e esta é a sua (WALDRON, 2005, p. 23).

O pensamento de Waldron poderia ser condensado em uma palavra, a discordância, assim entendida como a impossibilidade de consenso em uma comunidade no tocante a qualquer assunto. Também destaca, o autor, que não existem valores objetivamente certos e errados, pelo menos nenhum método conseguiu comprovar essa tese (WALDRON, 2005, p. 195-222). Mas, diante do entendimento, da própria comunidade, da necessidade de realização de ações comuns, para uma vida em sociedade, será imprescindível a escolha de uma forma de tomada de decisão.

Waldron apresenta, como solução deste dilema, a adoção do critério majoritário de tomada de decisões. O critério majoritário seria o melhor por preservar o ideal de auto-governo da forma mais plena, pois reconhece a igualdade dos cidadãos e sua capacidade de tomar decisões autônomas (2003, p. 175-183).

O autor defende que a igualdade de todos seria “o direito dos direitos”, e é a legislação, adotada ao critério majoritário, a que melhor defende essa idéia através do respeito

ao igual valor da participação dos cidadãos para a tomada das decisões e a dignidade e autonomia das pessoas (WALDRON, 2005, p.177-303).

Waldron argumenta que nenhum procedimento decisório será perfeito. Seja um processo de legislação não passível de reexame, seja um processo de judicial review, ele chegará algumas vezes à decisão errada, traindo direitos em vez de confirmá-los. Esse é um fato da vida na política. Todos devem admitir que algumas vezes haverá dissonância entre o que considera a escolha certa e o que se considera a escolha produzida pelo procedimento decisório que se vê como legítimo.

Tendo essa precaução em mente quais são as razões que precisam ser levadas em conta ao projetar e avaliar o procedimento decisório para dirimir discordâncias sobre direitos? Para Jeremy Waldron dois tipos de razões podem ser consideradas: razões relacionadas ao resultado e razões relacionadas ao processo.

As razões relacionadas ao processo são razões para insistir que determinada pessoa tome uma decisão, ou participe de sua tomada, independentemente de considerações sobre o resultado apropriado. Ele cita como exemplo: na vida pessoal, às vezes dizemos que um dos pais tem o direito de tomar decisão sobre seu filho dever ou não ser disciplinado por uma dada infração, não cabe a alguém que caminha pela rua ou um passageiro de ônibus tomar essa decisão, mesmo que esse terceiro possa ter a decisão mais acertada.

Na política, as razões mais conhecidas relacionadas ao processo são aquelas baseadas na igualdade política e no direito democrático ao voto, no direito de ser ouvido mesmo quando outras pessoas discordem do que se diz.

Já as razões relacionadas ao resultado, são para projetar o procedimento de decisão de uma maneira que assegurará o resultado apropriado (isto é, uma decisão boa, justa ou correta).

A discordância de Waldron é quanto a direitos. Por serem os direitos importantes, é igualmente que acertemos com eles e, assim, devemos levar as razões relacionadas ao resultado realmente a sério. Respostas erradas podem ser toleradas em matéria de política; mas em matéria de princípios, se for dada a resposta errada, então direitos serão violados. Os membros da sociedade que estamos imaginando entendem o quão importante é evitar tais resultados ou minimizá-los tanto quanto possível.

Waldron faz o seguinte questionamento: qual método respeita o direito igual de ser ouvido dentre as vozes daqueles que são afetados pela questão e, ao mesmo tempo, tem chances razoáveis de alcançar a verdade sobre direitos?

Ele acredita poder resolver esse dilema quase insolúvel. Ele argumenta que as razões relacionadas ao resultado são, na melhor das hipóteses, inconclusivas. Elas são importantes, mas não provam (como comumente se pensa) nada claramente a favor do judicial review. As razões relacionadas ao processo, contudo, são bastante parciais. Elas agem principalmente para desacreditar o judicial review, enquanto deixam a tomada de decisão legislativa íntegra. Assim, para Waldron, parece que o lado legislativo sai ganhando com qualquer formulação da questão.

Para ele o judicial review é um modelo que enseja uma reorganização das forças estatais, pois competirá ao Judiciário identificar, em última instância, o real conteúdo do texto constitucional. Os magistrados passam a exercer verdadeira co-autoria da constituição, o que suscita dúvidas a respeito de sua legitimidade para tanto, na medida em que não exercem representação política do povo soberano.

6. CONCLUSÃO

O fundamento do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais das minorias em face das maiorias. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das imposições estritamente positivas.

O caso *Marbury v. Madison* foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando firmado o princípio da Supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe viessem. Na medida em que a conjuntura turbulenta foi proferida e as características do caso concreto, com o passar do tempo, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.

Totalmente contrário ao Judicial Review Jeremy Waldron aponta as dificuldades encontradas quando se tenta justificar, a partir de uma teoria liberal, que juízes não eleitos democraticamente sejam os encarregados de defender a Constituição. Em outras palavras, que sua interpretação do texto constitucional, especialmente em matéria de direitos fundamentais, seja prevalecente frente à leitura realizada pelo legislador.

O filósofo concentra suas críticas no constitucionalismo, considerado um arranjo institucional que é de viés antidemocrático. O modelo estaria alicerçado na primazia da

constituição, que consagra um catálogo de direitos fundamentais, e no mecanismo de controle de constitucionalidade das leis.

Aponta ainda Waldron que o argumento dos defensores do constitucionalismo, de que este teria o valor de salvaguardar as minorias, seria falacioso, pois, afinal, quem tomaria a decisão sobre o que a maioria não poderia decidir? Sendo mais preocupante o fato de que, diante da imprecisão linguística e a vagueza dos conceitos, o conteúdo dos limites acabariam por consistir naquilo que o órgão que realiza o controle de constitucionalidade (que não é representativo) decida, também por maioria.

Isso limitaria as decisões da maioria e não seriam questões substanciais, visto que, sempre será necessário um procedimento último para definir os conteúdos e sendo o constitucionalismo um modelo também procedimental, seria tão falível quanto os demais (WALDRON, 2005, p. 337-372).

A discordância de Waldron é quanto a direitos. Por serem os direitos importantes, é igualmente que acertemos com eles e, assim, devemos levar as razões relacionadas ao resultado realmente a sério. Respostas erradas podem ser toleradas em matéria de política; mas em matéria de princípios, se for dada a resposta errada, então direitos serão violados. Os membros da sociedade que estamos imaginando entendem o quão importante é evitar tais resultados ou minimizá-las tanto quanto possível.

Waldron acredita poder resolver esse dilema quase insolúvel. Ele argumenta que as razões relacionadas ao resultado são, na melhor das hipóteses, inconclusivas. Elas são importantes, mas não provam (como comumente se pensa) nada claramente a favor do judicial review. As razões relacionadas ao processo, contudo, são bastante parciais. Elas agem principalmente para desacreditar o judicial review, enquanto deixam a tomada de decisão legislativa ileso. Assim, para o Autor, parece que o lado legislativo sai ganhando com qualquer formulação da questão.

7. BIBLIOGRAFIA

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Saraiva, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro-São Paulo, Renovar, 2002

BARROSO, Luís Roberto. **Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais.** Revista de Direito do Estado, v. 2, 2006.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro-São Paulo, Renovar, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** São Paulo, Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 7. ed. Rio de Janeiro-São Paulo, Renovar, 2003.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.** Revistade Direito Administrativo, v. 240, 2005.

_____. **Colisão de direitos fundamentais. Liberdade de expressão e direitos da personalidade.** Critérios de ponderação. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 16, 2003.

_____. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife, Renovar, 2005. t. 3 e Revista de Direito Administrativo, v. 232, 2003.

_____. **Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** In: Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, t. 4, no prelo.

_____. **A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei n. 9.873/99.** In: BARROSO, Luís R o b e r t o . Temas de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo, Renovar, 2002. t. 1.

_____. **A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo.** In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo, Renovar, 2002. t. 1.

_____. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Hipótese decabimento. Decreto estadual anterior à Constituição de 1988 vinculando remuneração de servidores ao salário mínimo.** In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro-São Paulo, Renovar, 2003. t. 2.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro.** In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro São Paulo, Renovar, 2003. t. 2.

_____. **Norma incompatível com a Constituição. Não aplicação pelo Poder Executivo, independentemente de pronunciamento judicial. Legitimidade.** Revista de Direito Administrativo, v. 181-2, 1990.

BARROSO, Luís Roberto & BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais, questões ordinárias e jurisdição constitucional: limites e possibilidades da arguição de descumprimento de preceito fundamental.** Revista de Direito do Estado, v. 1, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. Lei complementar — **teoria e comentários.** 2. ed. São Paulo, Celso Bastos Editor, 1999.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo.** Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988.** 3. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 1999.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.