

Waldron e o controle judicial de constitucionalidade das leis: um estudo crítico sobre *The core of the case against judicial review*

Leandro Martins Zanitelli

RESUMO

O texto apresenta a crítica de Waldron ao controle judicial de constitucionalidade das leis contida em um recente artigo, *The core of the case against judicial review*. Valendo-se da distinção entre argumentos de competência de primeiro e segundo nível, avalia as objeções de Waldron ao poder judicial de revisão. A conclusão é a de que essas objeções, ainda que justifiquem um exercício moderado do referido poder, não demonstram que ele deva ser abolido.

Palavras-chave: Controle judicial de constitucionalidade. Waldron. Poder judicial de revisão. Argumentos de competência.

Waldron and the judicial control of constitutionality of the law: a critical study on *the core of the case against judicial review*

ABSTRACT

This work presents and criticizes Waldron's recent paper, *The core of the case against judicial review*, which contains new arguments against judicial review. The distinction between competence arguments of first and second levels demonstrates that Waldron's objections to the judicial power of review don't justify the abolition of that power, but remind us that it must be exercised moderately.

Key words: Judicial review. Waldron. Competence arguments.

1 INTRODUÇÃO

A prática do controle judicial de constitucionalidade¹ se estabeleceu, no Brasil e em inúmeros outros países, de maneira aparentemente irreversível a curto prazo. Controverte-se a respeito da forma como ele há de ser exercido (difusa ou concentrada em uma única Corte; incidentalmente ou por ação direta) e, sobretudo, acerca dos limites a que deve estar submetido (e do perigo da “judicialização da política”), mas não sobre o controle em si mesmo. Assim, não se costuma pôr em dúvida que, ao

Leandro Martins Zanitelli é Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Titular na Faculdade de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Pesquisa realizada com o apoio da instituição de ensino superior que integra.

¹ Neste artigo, “controle judicial de constitucionalidade”, “poder judicial de revisão” e “*judicial review*” são expressões equivalentes.

menos em certas ocasiões, compete aos juízes recusar aplicação a leis promulgadas em desacordo com a Constituição.

Para os habituados ao cenário recém-descrito, soa destoante a voz de Jeremy Waldron, professor da Universidade de Nova Iorque. Nos últimos anos, Waldron tem se dedicado a atacar a própria *judicial review*, e não apenas eventuais excessos verificados em seu exercício. Foi o que ocorreu em dois livros originalmente aparecidos em 1999, *Law and disagreement* e *The dignity of legislation*, este já traduzido para o português (2003), e, por último, em um artigo intitulado *The core of the case against judicial review* (2006), com argumentos que diferem, consideravelmente, dos aduzidos nas obras anteriores.²

O presente ensaio tem dois objetivos. Um deles, de que se ocupa a primeira parte, consiste em descrever os argumentos com os quais Waldron se opõe ao controle judicial de constitucionalidade³ em seu último trabalho, assim como os limites a que, de acordo com o próprio Waldron, esses argumentos estão sujeitos. O outro objetivo, reservado à segunda parte, é estabelecer em que medida os argumentos em questão são, de fato, argumentos contrários à existência de tribunais incumbidos de verificar a conformidade dos atos do Parlamento com a Constituição. Trata-se, mais precisamente, de averiguar se as razões de Waldron para combater a *judicial review* não são, na melhor das hipóteses, apenas razões para que o poder judicial de revisão se exerça de maneira cautelosa.

2 O ATAQUE A *JUDICIAL REVIEW*

Os argumentos de Waldron põem em causa a prática da *judicial review* em si mesma, e não uma ou algumas de suas manifestações (2006, p.1351). Isso quer dizer que ele não pretende se ater à situação norte-americana ou à de qualquer outro país em que o controle judicial de constitucionalidade seja adotado, nem, muito menos, aos resultados do citado controle em relação a questões particulares (como a do aborto nos E.U.A., por exemplo). Além disso, sua oposição ao poder de revisão dos juízes não depende da frequência com que esse poder é, de fato, exercido pelos tribunais (isto é, do grau de “ativismo” judicial).

Apesar de ter como alvo, portanto, o controle judicial em sua “essência”, o trabalho de Waldron não pretende se opor à adoção desse controle em todos os

²No artigo recém-publicado, o próprio Waldron (2006, p.1.352-1.353) admite não ter até então indicado de forma clara e ordenada as razões de sua rejeição ao controle judicial de constitucionalidade, nem oferecido respostas satisfatórias à oposição que recebeu.

³Waldron distingue duas formas de controle judicial, a forte, em que o órgão judicial encarregado do controle deixa de aplicar a lei considerada inconstitucional, e a fraca, em que a revisão não tem essa consequência. Entre os casos de controle fraco, estão aqueles em que o a corte se limita a recomendar ao órgão legislativo competente a revogação da lei julgada inconstitucional. Os argumentos de Waldron têm como alvo o controle forte (2006, p.1.354), independentemente se feito de forma difusa ou concentrada, em via principal ou incidental. Sobre essas diferentes espécies de controle de constitucionalidade, v. Ferreira Filho (2006).

países, mas apenas naqueles em que certas condições sejam satisfeitas. Essas condições definem, assim, os limites do ataque realizado por Waldron à *judicial review*.

Na seqüência desta parte, apresentam-se as objeções ao controle judicial (1.1) e, logo após, as condições de cuja realização depende, segundo Waldron, a validade dessas objeções (1.2).

3 OS ARGUMENTOS: APRESENTAÇÃO

Waldron contesta a submissão dos órgãos legislativos ao poder de revisão dos juízes mediante o exame de argumentos de duas espécies: a) argumentos de resultado; e b) argumentos procedimentais. No primeiro caso, trata-se de argumentos sobre os resultados de decisões judiciais proferidas em matéria de controle de constitucionalidade, comparados aos resultados de um sistema de soberania parlamentar (isto é, de um sistema em que os atos dos órgãos legislativos não estejam sujeitos à revisão judicial); no segundo, de razões ligadas ao procedimento decisório. O propósito de Waldron é demonstrar que argumentos de resultado são, no mínimo, inconclusivos sobre o poder judicial de revisão, ou seja, nem o rechaçam, nem, tampouco, o exigem. Como as decisões de órgãos legislativos são flagrantemente superiores às decisões judiciais no que se refere ao procedimento, a avaliação conjunta dos argumentos leva à rejeição da *judicial review* (2006, p.1.375-1.376).

4 ARGUMENTOS DE RESULTADO

Ao tratar dos argumentos de resultado, Waldron pretende se opor ao que, segundo ele, é uma opinião comum entre autores que se dedicam ao tema do controle judicial de constitucionalidade. Essa opinião é a de que o déficit de legitimidade que, em virtude de os juízes não serem eleitos, padecem as decisões judiciais em matéria constitucional (a “dificuldade contramajoritária”, na expressão da obra clássica de Bickel [1986]) seria, em parte, ao menos, compensado pela aptidão dos órgãos judiciais, superior à dos legislativos, para solucionar acertadamente questões envolvendo direitos fundamentais.⁴ De acordo com Waldron, no entanto, há boas razões para desconfiar disso. A seguir, expõem-se alguns argumentos que embasam a opinião recém-mencionada e a resposta de Waldron a cada um deles:

a) “decisões judiciais são mais apropriadas à garantia de direitos constitucionais por não estarem tão sujeitas a ‘pressões’, isto é, à influência de grupos e da população em geral.”

Em resposta, Waldron cita decisões da Suprema Corte norte-americana que indevidamente negaram direitos para atender ao interesse de grupos (como no caso

⁴ Um dos autores mais importantes a pensar assim é Dworkin (1999, p.426-427): “Os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias.”

Dred Scott)⁵ ou ao clamor da população (no caso Korematsu),⁶ lembrando, também, de afirmação feita por um defensor do controle judicial, Laurence Tribe, por ocasião do pânico instaurado nos E.U.A. após os atentados de 11/9, para o qual, “seria um erro terrível dos que se preocupam com direitos e liberdades individuais depositar muita esperança no poder judiciário em tempos de crise” (2006, p.1.377).⁷ Waldron observa, por fim, que o fato de os legisladores muitas vezes pertencerem a grupos com particular interesse nas questões apreciadas pelo Parlamento não é de todo ruim, já que uma solução adequada para essas questões depende, entre outras coisas, da consideração de todos os interesses envolvidos (2006, p.1.377-1.378);

b) “os juízes estão em melhor posição para enfrentar questões sobre direitos porque lidam com situações individuais que os ajudam a perceber de forma mais exata o impacto que sua decisão terá sobre os envolvidos.”

Segundo Waldron, as cortes superiores nem sempre levam em devida conta as particularidades dos casos que lhes são levados, atendo-se, muitas vezes, às questões gerais que esses casos suscitam. Os debates legislativos, por sua vez, costumam ser influenciados por situações individuais. Além disso, os legisladores estão em melhor posição do que os juízes para estimar as conseqüências de suas decisões sobre a população como um todo (2006, p.1.379-1.380);

c) “usualmente, os juízes baseiam suas decisões nas declarações de direitos encontradas nas Constituições, o que os força a considerar as questões de direitos relacionadas a essas decisões. Os órgãos legislativos, ao contrário, correm o risco de ignorar essas questões.”

Valendo-se da Constituição para decidir, os juízes são levados a se ocupar exageradamente com o significado das palavras contidas no texto constitucional. Isso, pondera Waldron, faz com que não dêem a devida atenção às questões morais em jogo. Essas questões nem sempre são francamente debatidas também em razão da dúvida sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, que acaba levando ao primeiro plano problemas acerca do método de interpretação constitucional. A influência das declarações de direitos sobre as decisões judiciais pode, por fim, induzir a erros à medida que essas declarações se revelem omissas quanto a direitos que deveriam ser assegurados (2006, p.1.381-1.382);

⁵ Em *Dred Scott v. Sanford*, julgado em 1857, a Suprema Corte afirmou que negros não podiam ser considerados cidadãos norte-americanos e que, em conseqüência, não dispunham do direito a propor ações judiciais.

⁶ Logo após o ataque de Pearl Harbor, foram adotadas medidas para retirada indiscriminada de famílias de origem japonesa da costa oeste norte-americana, sob a alegação de risco de espionagem. Em 1944, as medidas foram chanceladas pela Suprema Corte no caso *Korematsu v. United States*.

⁷ A passagem transcrita é do artigo “Trial by fury: why Congress must curb Bush’s military courts”, publicado em *The New Republic*, 10/12/2001. Em inglês: “it would be a terrible mistake for those who worry about civil rights and liberties to pin too much hope on the judiciary in times of crisis.”

d) “órgãos judiciais justificam suas decisões; órgãos legislativos não, ou, quando o fazem, servem-se de argumentos pouco convincentes.”

As razões que amparam decisões legislativas costumam ser expostas por ocasião dos debates que precedem à promulgação de uma lei. Quanto à qualidade dos argumentos, Waldron reproduz parte das observações referidas no item anterior: como sua legitimidade é permanentemente contestada, os juízes procuram apoiar suas decisões em textos com autoridade – a própria Constituição, precedentes, textos doutrinários - e a despendem tempo com questões sobre a interpretação desses textos. Em relação a isso, os debates parlamentares têm a vantagem de girar mais freqüentemente em torno da questão de fundo (2006, p.1.383-1.384).

Assim, Waldron conclui que uma defesa do controle judicial de constitucionalidade calcada nos resultados que esse controle é capaz de proporcionar (em comparação com os resultados de um sistema em que os atos legislativos não estejam sujeitos a revisão) é, senão flagrantemente equivocada, ao menos duvidosa. Se a *judicial review* não pode, pois, justificar-se em virtude de seus resultados, teria de ser apoiada em razões de caráter procedimental. Para Waldron, no entanto, essas razões são indiscutivelmente favoráveis à abolição do poder de revisão dos juízes.

5 ARGUMENTOS PROCEDIMENTAIS

O ataque de Waldron ao controle judicial de constitucionalidade se faz em duas partes. Na primeira, examinada no item anterior, trata-se de levantar suspeita sobre os resultados do controle judicial de constitucionalidade. Para Waldron, argumentos de resultado são, na melhor das hipóteses para os defensores desse controle, inconclusivos. A segunda parte do ataque se refere aos argumentos procedimentais. Ao contrário dos anteriores, Waldron afirma que esses argumentos, isoladamente considerados, não deixam dúvida sobre a questão em exame: do ponto de vista procedimental, é indiscutível que a *judicial review* deve ser rechaçada.

Se as observações de Waldron sobre os argumentos de resultado chamam a atenção pela originalidade, a parte do artigo dedicada às razões de ordem procedimental soa bastante familiar. Quando a questão diz respeito a direitos fundamentais em países democráticos, decisões legislativas são procedimentalmente superiores porque proferidas por representantes eleitos e politicamente responsáveis (isto é, sujeitos à remoção pelo voto). Defeitos na representação legislativa, bastante conhecidos e comuns nas sociedades contemporâneas, não invalidam essa conclusão, já que o debate acerca da legitimidade procedimental não pode deixar de ser comparativo (2006, p.1.389, 1.391). Apesar das imperfeições do sistema eleitoral, os legisladores estão em melhor posição para decidir do que os juízes, já que os últimos, mesmo quando indicados

por governantes eleitos, não respondem pelo conteúdo de suas sentenças perante os demais cidadãos (2006, p.1.391).⁸

A avaliação combinada de argumentos de resultado e procedimentais leva, pois, à rejeição do controle judicial de constitucionalidade. Esse mesmo controle, todavia, pode ser admitido em circunstâncias excepcionais, em que não sejam atendidas certas condições estabelecidas pelo próprio Waldron para a validade de suas objeções.

6 LIMITES

Os argumentos de Waldron contra o controle judicial de constitucionalidade se referem apenas aos casos em que são atendidas quatro condições, a saber: a) deve haver instituições democráticas em bom estado, entre elas um órgão legislativo composto por representantes eleitos em sufrágio universal; b) instituições judiciais também em boa situação, cujos membros não possuam *status* representativo e estejam encarregados de aplicar as normas legais em vigor para a solução de litígios individuais; c) reconhecimento, pela maioria da população e das autoridades, dos direitos individuais e de grupos minoritários; d) divergência sincera e não ocasional entre os membros da sociedade defensores dos direitos individuais e das minorias acerca do conteúdo desses direitos.

Das quatro condições, a primeira é, sem dúvida, a que mais suscita problemas. Ao esmiuçar seu conteúdo, Waldron manifesta a preocupação de não torná-la demasiadamente exigente, o que impediria a aplicação de suas objeções à imensa maioria das sociedades democráticas contemporâneas. Desta forma, ele esclarece que a satisfação dessa condição não requer instituições democráticas em perfeita ordem, nem, naturalmente, que os resultados do processo legislativo sejam sempre bons ou justos. É preciso, no entanto, que os legisladores encarem a si mesmos como representantes (quer de grupos, quer da sociedade como um todo), e que ocasionais debates sobre o aperfeiçoamento das instituições sejam influenciados pelo valor da igualdade política (2006, p.1.361-1.362).

⁸ Waldron ainda expõe e rebate três argumentos procedimentais em favor da *judicial review*: a) ao aplicar a Constituição, os juízes não decidem sobre direitos, mas apenas fazem valer decisões tomadas pelos próprios cidadãos por meio de seus representantes na assembleia constituinte; b) decisões judiciais estão sujeitas a revisão pelo processo de emenda à Constituição; quando se mantêm, é porque contam com a tácita concordância do legislador democraticamente eleito; c) decisões judiciais são legítimas em razão do acesso de que dispõem os cidadãos ao poder judiciário. Em resposta, Waldron afirma, em primeiro lugar, que a Constituição não dá, em geral, solução às questões relativas ao exato conteúdo dos direitos que assegura; logo, não é correto dizer que os juízes, ao se pronunciarem sobre a validade de leis com base em direitos constitucionalmente previstos, limitem-se a cumprir decisões legislativas anteriores (2006, p.1.393); em segundo lugar, emendas à Constituição precisam, habitualmente, do apoio de supermaiorias para serem promulgadas, e não há nada que justifique a força atribuída às decisões dos juízes nos países em que há *judicial review* até que maiorias assim se formem (2006, p.1.394); por último, o recurso aos órgãos do poder judiciário, ainda que facultado aos cidadãos como um todo, não impede de constatar que as decisões desses órgãos estão em desacordo com princípios de igualdade política costumeiramente tidos como essenciais a uma democracia (2006, p.1.395).

Com a segunda condição, Waldron pretende deixar claro que, assim como não depende de uma opinião idealizada a respeito da atividade legislativa, sua oposição ao controle de constitucionalidade não está associada a alguma suposição exageradamente desfavorável em relação ao comportamento dos juízes. A exemplo da primeira, a segunda condição é inspirada no que se observa, hoje em dia, na maioria dos países democráticos. Para satisfazê-la, portanto, não é necessário mais do que instituições judiciais em razoável situação. Ao contrário do que ocorre com os legisladores, porém, a condição estipulada por Waldron para os juízes é a de que eles obedeçam a um *ethos* não-representativo, não apenas porque não são eleitos, como por não se considerarem obrigados a decidir de maneira a atender aos interesses de grupos ou de quem quer seja (2006, p.1.363).

As duas últimas condições podem ser explicadas da seguinte maneira: como Waldron está disposto a demonstrar que órgãos legislativos compostos por representantes da população são capazes de resolver questões sobre direitos fundamentais tão ou mais acertadamente do que os juízes, não há outra saída a não ser limitar o argumento aos países em que uma “cultura de direitos” já se encontra instaurada; por outro lado, sem haver divergência quanto ao conteúdo dos direitos que impõem restrições à ação governamental, o próprio debate que Waldron tem em vista – que não é outro senão o debate sobre quais órgãos, legislativos ou judiciais, devem dar resposta a essa divergência – perderia sua razão de ser.

Ao final do artigo (2006, p.1.402), Waldron ressalta que as condições recém-descritas definem os limites de sua objeção ao controle judicial de constitucionalidade, mas não o dos casos em que esse mesmo controle é defensável. Isso quer dizer que o desatendimento a alguma das condições mencionadas não leva, por si só, à conclusão de que a *judicial review* esteja justificada. Pelo contrário, em algumas das ocasiões nas quais as objeções de Waldron não têm lugar – por exemplo, quando não há instituições democráticas em bom estado ou direitos de minorias não são reconhecidos – o controle judicial de constitucionalidade pode se revelar, ao invés de solução, um óbice a reformas favoráveis à garantia de direitos individuais.⁹

Essas são, em suma, as circunstâncias nas quais se aplicam as razões de Waldron para rejeitar o controle judicial de constitucionalidade. Na segunda parte do artigo, realizar-se-á um exame crítico dessas razões com o intuito de verificar se elas são, de fato, razões apropriadas ao fim almejado por Waldron.

7 CRÍTICA

O objetivo desta parte não é determinar se os argumentos de Waldron são, em si mesmos, corretos, mas, tão-somente, estabelecer se eles se prestam ao propósito do

⁹ Waldron aventa a hipótese de que, devido ao poder judicial de revisão, os órgãos legislativos norte-americanos atuam com menos zelo do que o fariam caso não estivessem submetidos ao controle dos juízes (2006, p.1.403).

autor, que é, como visto, o de rejeitar a *judicial review*. Não se pretende, por exemplo, averiguar se, como diz Waldron, o texto constitucional e as questões interpretativas que ele suscita atrapalham os juízes na tarefa de definir o conteúdo de direitos fundamentais. A questão a examinar é a de se afirmações como essa, caso aceitas, levam, de fato, à conclusão de que o controle judicial deve ser abolido.

Para fazer frente ao problema recém-formulado, será traçada, no primeiro subitem desta parte (2.1), uma distinção entre argumentos de competência de primeiro e segundo níveis (ou argumentos primários e secundários) (2.1.1), tratando-se de explicar, logo após, a qual das duas categorias devem pertencer argumentos contra a *judicial review* (2.1.2). No subitem seguinte (2.2), tratar-se-á dos argumentos expostos por Waldron em seu artigo.

8 ARGUMENTOS SOBRE A *JUDICIAL REVIEW* COMO ARGUMENTOS DE COMPETÊNCIA

Quer se trate da legitimidade do poder de revisão dos juízes, quer dos limites a que esse poder deve estar sujeito, argumentos sobre o controle judicial de constitucionalidade são argumentos de competência, feitos para responder a questões sobre a quem ou a qual órgão devem caber certas decisões. Questões de competência não se confundem com questões materiais ou de mérito, que dizem respeito ao conteúdo de uma decisão a ser proferida. Por exemplo, é diferente controverter sobre se o direito ao aborto deve ser reconhecido (questão material) e sobre o órgão (legislativo, judicial ou outro) ao qual cabe decidir sobre o mesmo direito (questão de competência).

Na próxima seção, distinguir-se-ão argumentos de competência de primeiro e segundo níveis. Essa distinção ajuda a definir com mais precisão como deve argumentar quem, a exemplo de Waldron, proponha-se a defender a supressão do controle de constitucionalidade das leis pelos juízes.

9 ARGUMENTOS DE COMPETÊNCIA DE PRIMEIRO E SEGUNDO NÍVEIS

Argumentos de competência de primeiro nível (ou grau) são argumentos sobre quem deve decidir a respeito de quaisquer questões, exceto as de competência. Considere-se, por exemplo, a questão do aproveitamento de embriões humanos em investigações científicas. Argumentos de competência primários são argumentos sobre que órgão (por exemplo, o Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal ou o Conselho Federal de Medicina) deve decidir quanto à admissibilidade da mencionada prática.

No que respeita a argumentos de competência de primeiro nível, faz-se necessário um esclarecimento. No Brasil, todos os atos, públicos ou privados, supostamente lesivos a direitos se encontram sujeitos a revisão judicial. Assim, poder-se-ia pensar que a prática vigente atribui aos juízes competência para decidir sobre todas as questões

que envolvam direitos. Para o debate que aqui se tem em vista, no entanto, é conveniente estabelecer a diferença entre decidir e dar a última palavra. Dir-se-á, deste modo, que, embora a última palavra entre nós caiba invariavelmente aos juízes, não são sempre eles que decidem.

Para ilustrar, retorne-se ao caso dos embriões humanos congelados. A atual Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005), em seu art. 5.º, permite, sob certas condições, o uso de embriões com propósitos científicos. Verifica-se, pois, que os órgãos legislativos brasileiros decidiram a respeito da questão acima aludida. Imagine-se, agora, que a constitucionalidade dessa lei seja contestada perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Ao se pronunciar, os juízes poderão escolher entre ao menos três caminhos: a) “aplicar” a Constituição, ou seja, esclarecer qual é a solução constitucionalmente estabelecida acerca do destino dos embriões. Como essa solução não está explicitamente indicada pelo texto constitucional, a opinião dos juízes terá de se embasar, em tal caso, em princípios constitucionais (como o da dignidade humana)¹⁰ de conteúdo consideravelmente indeterminado, cuja concretização depende de juízos valorativos com os quais, provavelmente, nem todos estarão de acordo. O Tribunal poderá, então, chegar a um resultado conforme a decisão legislativa (concluindo que a Constituição requer autorização governamental ao uso de embriões para fins científicos) ou rejeitá-la, reputando a lei inconstitucional; b) admitir que a questão apresentada à Corte é uma sobre a qual a Constituição confere ao legislador liberdade conformativa e mandar cumprir a lei, fazendo valer a decisão legislativa; c) reconhecer a competência do legislador para dispor sobre a matéria, mas negar aplicação à lei por razões de procedimento. Essas razões podem consistir no descumprimento de algum preceito expresso na Constituição (como os que tratam do *quorum* para as votações) ou de normas implícitas decorrentes de princípios constitucionais (com base nos quais, por exemplo, a lei poderia ser rejeitada pelo órgão judicial em virtude de sua aprovação não ter sido antecedida de suficiente debate).

Em *a*, são os juízes que decidem. Eles examinam se a permissão ao emprego de embriões humanos em pesquisas se ajusta a princípios constitucionais materiais, pondo-se em situação comparável à do legislador por ocasião da feitura da lei. Caso os juízes determinem que a lei seja cumprida, não é por mero respeito à decisão legislativa, mas por entenderem que a solução encontrada pelo legislador obedece a princípios de conveniência ou justiça constitucionalmente assegurados. A decisão judicial sobre a compatibilidade da lei com esses princípios se sobrepõe, nesse sentido, à decisão do legislador.

Em contrapartida, nos casos *b* e *c*, os juízes, embora dêem a última palavra, não decidem, isto é, não dão solução à questão de fundo (que é, no exemplo, a da admissibilidade do uso de embriões em pesquisas). Em *b*, eles se limitam a fazer valer a decisão do legislador, sem manifestar se a consideram correta. Na terceira hipótese,

¹⁰ Constituição, art. 1.º, III.

embora a lei tenha sua aplicação negada, a questão de que ela trata fica para ser resolvida futuramente pelos órgãos legislativos.¹¹

Argumentos secundários são argumentos sobre quem deve decidir questões de competência. Em *a*, *b* e *c*, os juízes dão, expressa ou tacitamente, resposta, à questão de competência relacionada ao uso científico de embriões humanos - isto é, à questão sobre quem deve decidir a respeito da tolerabilidade dessa prática. No caso de *a*, essa competência é, ainda que implicitamente, atribuída aos próprios juízes, que acabam, em consequência, resolvendo a questão de fundo. Em *b* e *c*, a questão da competência é respondida de modo diverso, reconhecendo-se que a decisão sobre o destino dos embriões deve ser tomada pelo legislador.

Como leis e demais atos supostamente lesivos a direitos estão sempre sujeitos a reexame judicial, questões de competência são decididas, em última instância, pelo Poder Judiciário. É claro que, como mostra o caso de *b*, a solução dada pelos juízes a uma questão assim pode consistir em proclamar a competência decisória de algum outro órgão. Argumentos de competência de segundo grau são argumentos quanto a se é correto que os juízes decidam a respeito de questões de competência (tal como acontece, atualmente) ou se a tarefa de decidir sobre essas questões deveria caber a outro órgão.

10 ARGUMENTOS DE PRIMEIRO E SEGUNDO NÍVEIS CONTRA A *JUDICIAL REVIEW*

Argumentos contra a *judicial review* podem ser de qualquer dos dois níveis. Argumentos de primeiro nível são os que se opõem a que os juízes decidam sobre certas questões (exceto as de competência). Geralmente, são argumentos que preconizam atribuir competência a algum outro órgão (por exemplo, o Parlamento). Podem dizer respeito a uma única questão (como a do aborto) ou a um grupo delas (por exemplo, questões sobre as quais haja intensa controvérsia, como as do reconhecimento das uniões homossexuais e da permissão ao comércio de substâncias entorpecentes).

Os argumentos de primeiro nível contra o poder de revisão judicial podem ser sérios e abrangentes a ponto de levar à conclusão de que a prática da *judicial review* deva ser abolida. O importante a salientar aqui, no entanto, é que esses argumentos não levam obrigatoriamente a tal conclusão. Afinal, quando se pondera sobre a necessidade de obediência à solução dada pelos órgãos legislativos para o aborto, qualquer que seja ela, não se está, ao mesmo tempo, afirmando que os juízes não sejam os mais indicados a resolver a outra questão ligada à do aborto, a da competência. Esta é, a exemplo da anterior, uma questão capaz de suscitar divergência e para a qual é preciso instituir algum procedimento decisório.

¹¹ Isso não quer dizer que, em tais casos, a sentença seja “neutra”, isto é, que não esteja amparada em juízos de valor. Esses juízos, entretanto, referem-se à competência (mais precisamente, à competência dos órgãos legislativos para decidir sobre a questão material levada à Corte), e não ao problema substancial.

O ponto do último parágrafo é importante e tem de ser bem esclarecido. Considere-se, então, a situação de alguém que argumenta em prol da competência dos órgãos legislativos para determinar se embriões humanos podem ou não ser empregados para fins científicos. Trata-se, é claro, de uma opinião que pode suscitar oposição entre aqueles para os quais os juízes devem se pronunciar sobre a conformidade ou não do uso de embriões em pesquisas com princípios de moralidade política da Constituição brasileira (como o do respeito à dignidade do ser humano), resolvendo, assim, a questão. Perante a divergência, será necessário incumbir a alguém a decisão – não, bem entendido, a relativa ao destino dos embriões, mas a decisão sobre a competência para dirimir essa questão. E é perfeitamente admissível que quem defenda a competência dos órgãos legislativos para definir se os embriões podem ou não ser aproveitados cientificamente se mostre favorável a que a questão da competência seja solucionada pelos juízes.

Argumentos de competência primários contra o poder judicial não põem necessariamente em causa a *judicial review* por duas razões básicas. Primeiro, porque podem ser argumentos contra a entrega aos juízes da decisão sobre algumas questões de direitos (por exemplo, as que ponham em risco um certo nível mínimo de proteção a minorias), e não de todas, e que não deixem de considerar os órgãos judiciais, em comparação com os legislativos, os mais aptos à tarefa de determinar quais questões pertencem a cada uma das categorias. Segundo, esses argumentos não se insurgem contra a parte das funções judiciais de controle que, embora se oponha ao cumprimento de atos legislativos, não envolva o deslinde das questões materiais reguladas por esses atos. Essa parte das funções atribuídas aos juízes com o controle de constitucionalidade corresponde à hipótese c do subitem anterior.

Por definição, pois, argumentos de competência primários contra o poder judicial de revisão só se opõem à delegação aos juízes de decisões substantivas, tais como as referentes ao aborto e ao emprego científico de embriões humanos. É verdade, como já observado, que esses argumentos podem ser tão sérios (demonstrando que a intervenção judicial em certas áreas seria realmente desastrosa) ou abrangentes (recusando competência aos tribunais para decidir sobre uma grande quantidade de questões) que conduzam à conclusão de que a própria prática da *judicial review*, devido ao grave ou elevado risco de que os juízes excedam os limites de sua competência, precise ser suprimida. Essa não é, contudo, uma implicação necessária dos argumentos de primeiro nível.

Em contrapartida, argumentos de competência de segundo nível contrários ao controle de constitucionalidade são argumentos que almejam à supressão da *judicial review*, e não apenas a que ela se exerça de forma moderada ou a que os juízes se curvem às decisões proferidas pelo Parlamento a respeito de determinados temas. Afinal, a principal implicação do controle judicial (nos moldes em que é realizado, atualmente, no Brasil, nos E.U.A. e em muitos outros países) é a de que os juízes (normalmente os da mais alta corte) constituam a instância decisória final para questões de competência. Como notado na seção anterior, isso faz com que o órgão judicial

encarregado pronuncie a palavra final sobre as demais questões, mas não, forçosamente, que as resolva, já que pode se limitar a fazer valer, quanto a elas, as decisões adotadas anteriormente por outros órgãos. Argumentos de competência de segundo grau são, porém, argumentos sobre quem deve dar solução a questões de competência. Se esses argumentos têm como alvo os juízes, destinam-se a repudiar, não apenas provimentos judiciais incompatíveis com decisões dos órgãos legislativos sobre questões de justiça material, como a própria idéia de que essas decisões se submetam a uma instância judicial de controle, na qual se trata, antes de mais nada, de determinar se a competência para deliberar acerca da questão *subjudice* pertence, de fato, ao legislador.

A distinção entre os dois níveis de argumento é importante para avaliar objeções à *judicial review*. Normalmente, essas objeções têm em vista supostos excessos da jurisdição constitucional, ou seja, referem-se ao modo de exercício do poder judicial de revisão, e não a esse poder em si mesmo. Para objeções assim, são suficientes argumentos de competência primários que expliquem por que não são os juízes que devem decidir a respeito de certas questões envolvendo o conteúdo de direitos. Waldron, todavia, advoga pela extinção, pura e simples, do controle judicial em sociedades nas quais determinadas condições sejam atendidas. Essa tese depende, como se procurou demonstrar neste item, de argumentos de competência de segundo nível ou de argumentos de primeiro nível de um tipo especial. Na seção seguinte, verificar-se-á se as considerações podem ser enquadradas em alguma dessas duas classes de argumentos.

11 OS ARGUMENTOS DE WALDRON

Os argumentos de Waldron contra a *judicial review* se dividem, como visto, em argumentos de resultado e procedimentais. Nesta seção, retorna-se a esses argumentos para, à luz da análise feita no tópico precedente, determinar se eles autorizam a conclusão de que os atos legislativos não devem estar sujeitos ao controle judicial.

12 QUAIS RESULTADOS?

Conforme observado acima, parte do objetivo de Waldron é refutar a idéia de que sentenças judiciais sejam superiores, por seus resultados, às resoluções do legislador. Para Waldron, os resultados a esperar da ação legislativa são, no mínimo, equivalentes aos proporcionados pelas decisões dos juízes.

A que resultados Waldron se refere? Em várias ocasiões, ele deixa claro que se trata dos resultados de decisões sobre questões envolvendo direitos, isto é, questões substanciais. Observem-se os seguintes trechos:

Argumentos relacionados a resultados, em contrapartida, são argumentos para que se delineie o procedimento decisório de uma maneira que assegure a

obtenção do resultado apropriado (isto é, uma decisão justa ou correta). Como nossas divergências são sobre direitos, e direitos são importantes, é também importante que os definamos de forma acertada. Argumentos de resultado devem, portanto, de fato ser levados a sério (2006, p.1.373)¹²

(...) há também algo com os tribunais que torna difícil para eles enfrentar diretamente as questões morais que as divergências sobre direitos suscitam. (2006, p.1.376)¹³

Se alguma instituição fosse claramente superior à outra no que se refere a determinar que direitos as pessoas realmente têm, isso pesaria significativamente em favor dessa instituição. Não é o caso, no entanto. (2006, p.1.393)¹⁴

Além disso, embora algumas das afirmações feitas por Waldron acerca dos resultados do controle judicial digam respeito à propensão dos juízes para resolver acertadamente quaisquer questões, inclusive as de competência,¹⁵ outras se referem tão-somente à definição do conteúdo dos direitos constitucionalmente estabelecidos, isto é, a questões de direitos. É o caso, por exemplo, das considerações sobre a importância de que a decisão seja sensível aos interesses dos diferentes grupos envolvidos (2006, p.1.377-1.378) e de levar em conta situações individuais e o impacto de cada solução sobre a população em geral (2006, p.1.379-1.380), bem como quanto aos inconvenientes de tratar as questões em debate (como é comum, no âmbito judicial) como questões de interpretação do texto constitucional (2006, p.1.381-1.382).

Argumentos sobre a inaptidão dos juízes para resolver questões de direitos só seriam suficientes ao que Waldron pretende caso se tratasse de comparar um sistema de soberania parlamentar com um outro no qual todas as questões substanciais fossem decididas pelos órgãos judiciais. Isso, entretanto, não se verifica, ao que parece, em nenhum dos países que Waldron tem em vista. A prática da *judicial review* apenas eventualmente leva uma decisão judicial em matéria de direitos a se sobrepor a uma decisão legislativa. Em outras vezes, o órgão detentor do poder de revisão se limita a

¹²No original: "Outcome-related reasons, by contrast, are reasons for designing the decision-procedure in a way that will ensure the appropriate outcome (i. e., a good, just or right decision). Our subject matter is disagreements about rights. Because rights are important, it is likewise important that we get them right and so we must take outcome-related reasons very seriously indeed."

¹³"(...) there are also things about courts that make it difficult for them to grapple directly with the moral issues that rights-disagreements present."

¹⁴"If one institution or the other was clearly superior at determining what rights people really have, then that would weigh very heavily indeed in favor of that institution. But that is not the case."

¹⁵Por exemplo, Waldron responde às observações quanto à indevida influência de certos grupos sobre o processo legislativo lembrando que esses mesmos grupos também podem ter sucesso em âmbito judicial (2006, p.1.377). É claro que a suscetibilidade dos tribunais à "pressão" de grupos de interesse é prejudicial tanto à solução de questões de fundo como em relação a questões de competência, o que permite ver aí, concomitantemente, tanto um argumento acerca da competência decisória em geral (argumento de primeiro nível) como um argumento a respeito da decisão de questões de competência (argumento de segundo nível). Outro argumento pertencente às duas categorias é o que alude a deficiências nas razões usadas pelos juízes devido à insistência em adotar como base da decisão textos revestidos de autoridade (2006, p.1.383-1.384).

fazer valer determinação anterior do legislador, reconhecendo-se incompetente para deliberar acerca do problema material *subjudice*.¹⁶

É aos resultados de um sistema político que confia aos juízes um poder dessa natureza, e não somente aos das decisões judiciais relativas a direitos constitucionais, que um debate sobre a deseabilidade da *judicial review* deve atentar. A suposição de que os órgãos legislativos se encontrem em bom estado não é incompatível, como assinala o próprio Waldron (2006, p.1.362), com defeitos de representação ou imperfeições do processo legislativo. Esses defeitos ou imperfeições podem se manifestar mais agudamente em determinadas ocasiões, sem que a situação geral da legislatura deixe de atender aos padrões de aceitabilidade correspondentes à primeira das condições de Waldron. Nessas ocasiões, é admissível que os tribunais encarregados da *judicial review* neguem aplicação a uma lei sem, ao mesmo tempo, dar resposta à questão material de que ela trata. Eles podem declarar que a competência para regular a matéria em pauta é dos legisladores, mas que uma nova decisão a esse respeito, em circunstâncias diferentes das então verificadas (por exemplo, depois de superado o pânico provocado por uma revolta de presos ou por um atentado terrorista), deve ser proferida. À medida, portanto, que dá atenção quase exclusivamente às desvantagens de atribuir aos juízes competência decisória sobre questões substanciais envolvendo direitos fundamentais, Waldron deixa de lado um importante papel que o poder de revisão permite aos tribunais exercer, que é o de conter excessos dos órgãos legislativos sem, com isso, necessariamente substituí-los em suas funções deliberativas.

13 A IRRELEVÂNCIA DOS ARGUMENTOS PROCEDIMENTAIS

Os argumentos procedimentais de Waldron contra o poder de revisão dos juízes também são expostos como argumentos de competência primários ou, mais precisamente, como argumentos contra a entrega aos órgãos judiciais da competência para decidir sobre questões de conteúdo. Repare-se na seguinte passagem:

Imaginem-se agora - ou, em sistemas como o norte-americano, observem-se - decisões tomadas não pelos órgãos legislativos, mas por uma corte (suponhamos, pela Suprema Corte dos E.U.A.) sobre tormentosas questões de direitos que dividem os cidadãos. E uma cidadã - que será novamente chamada Cn - que discorda do conteúdo de uma dessas decisões e protesta contra ela, perguntando:

¹⁶ Tal como observado anteriormente no texto, argumentos primários podem bastar para que se preconize o fim do controle judicial de constitucionalidade caso se consiga tornar evidente a acentuada gravidade do risco de que os juízes excedam suas competências no exercício desse controle. Waldron, contudo, não vai tão longe, contentando-se em argüir que os resultados a esperar da *judicial review* não são valiosos a ponto de compensar a desvantagem de que sofre essa prática, em termos de legitimidade procedimental, em relação aos atos legislativos.

(1) por que deveriam esses nove homens e mulheres elucidar a questão? (...)
(2006, p.1.389-1.390)¹⁷

É verdade que esses argumentos poderiam, sem qualquer dificuldade, ser reapresentados como argumentos secundários - isto é, como argumentos contra a competência dos tribunais para dirimir questões de competência. Essas questões, afinal, como demonstra o próprio Waldron ao se insurgir contra a *judicial review*, também podem suscitar controvérsia, uma controvérsia diante da qual o princípio de *fairness* ou igualdade política invocado por Waldron em seu artigo também demandaria reconhecer poder decisório à maioria dos cidadãos, diretamente ou por meio de seus representantes.

Essa ressalva é pouco importante, contudo, para o projeto de Waldron. Ao levantar objeções procedimentais ao controle judicial de constitucionalidade, ele não faz, confessadamente, algo novo. A arma com que Waldron pretende surpreender os defensores do poder de revisão dos juízes é, como ele expressamente indica, a dos argumentos de resultado, usados, habitualmente, para compensar o déficit de legitimidade de que padecem, por razões de procedimento, as decisões judiciais em matéria constitucional. Assim, será de pouco interesse uma reformulação dos argumentos procedimentais de *The core of the case...* que atente para o fato de o poder de revisão não servir apenas para que os juízes imponham suas opiniões a respeito do conteúdo dos direitos constitucionalmente assegurados, se essa reformulação não for acompanhada por argumentos de resultado que também façam jus a essa mesma característica da *judicial review*.

14 CONCLUSÃO

Sem examinar a validade de uma a uma das objeções de Waldron ao controle judicial de constitucionalidade das leis, argüiu-se aqui que a supressão do mencionado controle não pode se realizar apenas à base de uma comparação entre os resultados de decisões judiciais e legislativas que tratam do conteúdo de direitos constitucionalmente assegurados. Argumentos de competência de primeiro nível sobre a inconveniência de que as cortes deliberem acerca dos direitos fundamentais dos cidadãos não levam em conta outras funções exercidas pelos órgãos judiciais encarregados do controle de constitucionalidade, as quais não envolvam a solução, em detrimento de decisões legislativas, de controvérsias sobre direitos.

¹⁷ "So now we imagine - or, in a system like the United States, we observe - decisions being made not by a legislature but by a court (let's make it the U.S. Supreme Court) on a vexed issue of rights which the citizens disagree. And a citizen - again we'll call her Cn - who disagrees with the substance of one of the court's decisions complains about it. She asks: (1) why should these nine men and women determine the matter? (...)"

O artigo de Waldron tem, não obstante, o mérito de estimular o debate sobre a desejabilidade do poder de revisão dos juízes. Seus argumentos, sobretudo os que se referem aos resultados prováveis de decisões judiciais em matéria constitucional, podem servir como subsídio aos que defendem maior “timidez” dos juízes na revisão dos atos praticados por órgãos legislativos eleitos.

REFERÊNCIAS

- BICKER, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2.ed. New Haven: Yale University, 1986. 306p.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 396p.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999. 332p.
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 214p.
- WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. *Yale Law Journal*, n.115, abr. 2006, p.1.346-1.406.