



ARGUMENTO CENTRAL A FAVOR DA FORMA FRACA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE¹

THR CORE CASE FOR WEAK-FORM JUDICIAL REVIEW

Rosalind Dixon

Professora de Direito na UNSW Sydney (Austrália). Meus agradecimentos a Carlos Bernal-Pulido, Richard Fallon, Denise Meyerson, Adrienne Stone, Mark Tushnet e aos participantes da Conferência sobre Diálogo Constitucional em Princeton em 25 de abril de 2016 e da Série de Workshops da Fordham Legal Theory em 26 de abril de 2017, pelos prestativos comentários nas versões anteriores. Agradecimentos também são devidos ao HSF Law & Economics Initiative na UNSW pelo apoio na pesquisa e para Melissa Voigt pela excepcional ajuda na pesquisa.

Resumo: Este artigo contribui para os debates sobre a conveniência democrática do controle de constitucionalidade ao afirmar um argumento quase-geral a favor da conveniência de um controle de constitucionalidade que é “fraco” – ou amplo, mas não conclusivo – ao invés de um uma forma “forte” em sua natureza. O artigo defende que o controle de constitucionalidade deste tipo pode ajudar a contrapor bloqueios no processo legislativo – como os “pontos cegos” e o “ônus da inércia” do legislativo – que podem, de outra forma, prejudicar o desfrute de direitos individuais mesmo daqueles reconhecidos por maiorias democráticas. O artigo sugere que isto fornece um argumento importante, se não contingente, baseada no resultado a favor do exercício de poder do controle de constitucionalidade fraco. O argumento a favor do controle de constitucionalidade fraco deste tipo pode ser combinado com um argumento teórico de um controle de constitucionalidade forte ou superforte em casos democráticos mais patológicos e deve, em última análise, ser acessado com base na história real e na prática do constitucionalismo legislativo e judicial de um país em particular. Mas isto fornece um argumento

¹ Tradução do original em inglês por Bruno Meneses Lorenzetto

relativamente geral do motivo pelo qual aqueles persuadidos pelo *Argumento Central* de Waldron deveriam distinguir entre o controle de constitucionalidade que é forte e fraco em sua forma quando estiverem aferindo tanto a legitimidade quanto a conveniência do controle de constitucionalidade desde uma perspectiva democrática.

Sumário

Introdução

I – O argumento central a favor e contra o controle de constitucionalidade: o debate até agora

A. Respostas ao Argumento Central: proporcionalidade e o controle fraco

II – O argumento central a favor da forma fraca de controle

A. Bloqueios no processo político

1. Os pontos cegos do Legislativo

2. Os ônus da inércia do Legislativo

B. A capacidade da Corte para combater os bloqueios do Legislativo

1. Os pontos cegos

2. Os ônus da inércia

III Este contra outros “argumentos centrais”

Conclusão

INTRODUÇÃO

Debates sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade geralmente possuem como “alvo” a ideia de um estilo estadunidense (estilo EUA) de forma forte de controle. Em seu artigo seminal, *O núcleo do argumento contra o controle de constitucionalidade (Núcleo do argumento)*, Jeremy Waldron expressamente nota que este argumento se aplica para o “controle de constitucionalidade da legislação (...) como um modo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática”, ou de sistemas de “controle de constitucionalidade forte” (forma forte de controle), no qual as decisões da corte não podem ser superadas por maiorias legislativas ordinárias.² De modo similar, no Reino Unido, Richard Bellamy criticou o “controle de constitucionalidade forte”, e argumentou que as “cortes não

² WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, In: **Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346-1406, 2006.

deveriam ter o poder de derrubar leis com fundamentos substantivos em oposição a fundamentos procedimentais”³.

De fato, tanto críticos e defensores do controle de constitucionalidade geralmente sugerem que eles concordam sobre a legitimidade democrática das formas “fracas” de controle de constitucionalidade, nas quais as cortes deixam de ter a autoridade última para definir e aplicar garantias constitucionais⁴. Richard Fallon, por exemplo, ao defender a forma forte de controle de constitucionalidade lembra que ele “não pode ver qualquer objeção plausível de legitimidade política” para “o controle de constitucionalidade não entrincheirado como um meio de proteção de direitos não entrincheirados”⁵. O próprio Waldron também explicitamente admite que suas objeções democráticas para o controle de constitucionalidade se aplicam para as formas de controle “fortes” – não para as “fracas”⁶. Esta concessão, contudo, em grande parte encobre a necessidade de os proponentes do controle de constitucionalidade articularem um argumento *afirmativo* a favor da conveniência da forma fraca de controle.

A forma fraca de controle é uma característica crescentemente comum dos sistemas constitucionais ao redor do *mundo*, especialmente no contexto da proteção de direitos constitucionais.⁷ Porém, ele continua a ser manifestamente

³ BELLAMY, Richard. Political Constitutionalism and the Human Rights Act, In: **International Journal of Constitutional Law**, v. 9, p. 86-111, 2011. [doravante BELLAMY, Political Constitutionalism]; veja também BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism: a Republican Defence of the Constitutionality of Democracy**, 1 ed. 2007. [doravante BELLAMY, Republican Defence]; cf. TOMKINS, Adam. The Role of the Courts in the Political Constitution, In: **Toronto Law Journal**, v. 60, p. 1-22, 2010.

⁴ Ver, por exemplo, GOLDSWORTHY, Jeffrey, Judicial Review, Legislative Override, and Democracy. In: CAMPBELL, Tom, GOLDSWORTHY, Jeffrey e STONE Adrienne. **Protecting Human Rights: Instruments And Institutions**, 1 ed. Oxford University Press, 2003, p. 263-279. E STONE, Adrienne, Judicial Review Without Rights: Some Problems for the Democratic Legitimacy of Structural Judicial Review, In: **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 28, p. 1-32, 2008.

⁵ FALLON Jr, Richard H. The Core of an Uneasy Case for Judicial Review, In: **Harvard Law Review**, v. 121, p. 1693-1736, 2008.

⁶ WALDRON, supra nota 1, p. 1354.

⁷ Ver GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice. **Cambridge University Press**, 2003. [doravante GARDBAUM, Theory And Practice]; GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. In: **American Journal of Comparative Law**, v. 49. P. 707-760, 2001. [doravante GARDBAUM, New Model]. Muitos dos argumentos presentes no Artigo se aplicam a disposições constitucionais estruturais, ou, pelo menos, a reivindicações híbridas de direitos estruturais, veja, por exemplo, DELANEY, Erin F. The Federal Case for Judicial Review: From Structure to Rights (manuscrito não publicado), disponível em: https://www.buffalo.edu/content/www/baldycenter/events/speakers/_jcr_content/par/download_461378164/file.res/FederalCaseDelaneyDraft.pdf; STONE, supra nota 3, mas a questão de se quaisquer diferenças podem existir neste contexto é deixada para outro dia.

controverso em muitas democracias constitucionais.⁸ As principais defesas teóricas existentes do controle de constitucionalidade também fazem pouco para defender o tipo de controle de constitucionalidade que é amplo, mas não-decisivo em sua natureza. O *Argumento Central* em defesa do controle de constitucionalidade de Fallon depende da ideia de cortes servindo como um veto adicional contra as violações legislativas de direitos, e logo que o controle de constitucionalidade “algum grau de invulnerabilidade para não ser superada por legislação ordinária”⁹. Também postula um escopo relativamente estreito para o controle, limitado a casos em que não há conflito direto entre normas constitucionais.¹⁰ De modo similar, os argumentos de Matthias Kumm, a favor do papel das cortes na promoção de razões públicas, conectam-se amplamente com a ideia de as cortes se envolverem em uma forma estreita do estilo Thayeriano de controle de “irracionalidade”, ao invés do controle de constitucionalidade que é amplo mas passível de revisão em seu escopo.¹¹ Argumento de Harel, Kahana e Shiar a favor do controle de constitucionalidade como fornecedor de um “direito a uma audiência”, da mesma forma assume a conveniência de uma forma de controle forte, ao invés de uma fraca, e foca em formas bastante estreitas de controle de constitucionalidade sobre como a

⁸ Para exemplos de debates no Reino Unido, veja, por exemplo, TUSHNET, Mark., **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights In Comparative Constitutional Law**. Princeton University Press, 2008; BELLAMY, Political Constitutionalism, supra nota 2; GARDBAUM, Stephen. What's So Weak about “Weak-Form Review”? A Reply to Aileen Kavanagh, In: **International Journal of Constitutional Law**, v. 13, p. 1040-1048, 2015; KAVANAGH, Aileen. What's So Weak about “Weak-Form Review”? The Case of the UK Human Rights Act 1998, In: **International Journal of Constitutional Law**, v. 13, p. 1008-1039, 2015. Para debates similares no Canadá, veja, por exemplo, DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference, In: **Osgoode Hall Law Journal**, v. 47, p. 235-286, 2009 [doravante DIXON, Charter Dialogue]; HOGG, Peter W. BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). In: **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, p. 75-124, 1997; KELLY, James B. HENNIGAR, Matthew A. The Canadian Charter of Rights and the Minister of Justice: Weak-form Review Within a Constitutional Charter of Rights, In: **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, p. 35-86, 2015; TUSHNET, Mark. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights—and Democracy-Based Worries. In: **Wake Forest Law Review**, v. 38, p. 813-838, 2003 [doravante TUSHNET, New Forms of Judicial Review].

⁹ FALLON, supra nota 4, p. 1733.

¹⁰ Idem. p. 1712-13.

¹¹ KUMM, Matthias. Institutionalizing Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review. In: **European Journal of Legal Studies**, v. 1, p. 153-184, 2007; veja também HAREL, Alon. KAHANA, Tsvi. The Easy Core Case for Judicial Review. In: **Journal of Legal Analysis**, v. 2, p. 227-258, 2010. (discutindo argumentos para um limitado, porém forte, controle judicial, como garantindo a um indivíduo um “direito a audiência”); infra Part I.

norma é aplicada, ao invés do controle sobre a integralidade das normas.¹² E enquanto Waldron e Fallon fazem referências de passagem sobre o que um argumento normativo a favor da forma fraca de controle poderia parecer, eles também não fazem qualquer tentativa de defendê-lo em detalhe.¹³

Assim, este artigo tenta articular um argumento afirmativo claro a favor da forma fraca de controle de constitucionalidade a respeito de direitos, a qual é consistente com as assumpções básicas que motivaram o *Argumento Central* de Waldron contra a forma forte de controle e a ideia de que o controle de constitucionalidade é tanto amplo como penúltimo em caráter.¹⁴ Ao fazer isso, o artigo não necessariamente endossa ou aceita todas estas suposições. Ao invés, ele busca mostrar que se pode aceitar estas suposições e a ideia de que as decisões da corte são sujeitas à superação por majorias legislativas ordinárias, e ainda identificar um papel importante para as cortes na promoção de uma forma de constitucionalismo democrático que respeite mais os direitos individuais.

Em seu núcleo, este artigo defende que a forma fraca de controle possui uma capacidade importante de opor “bloqueios” no processo político democrático que podem, de outra forma, debilitar o gozo de direitos individuais, mesmo de um tipo defendido por majorias democráticas.¹⁵ Bloqueios deste tipo incluem tanto “pontos cegos” legislativos e “pesos da inércia”, e são tão rotineiros e previsíveis que, nas legislaturas modernas, eles não equivalem a verdadeiras “patologias” do tipo que levaria um sistema democrático para fora do escopo do *Argumento Central* de Waldron. Ao contrário, eles emergem como o resultado de dinâmicas políticas ordinárias e partidárias em legislaturas modernas. Cortes exercendo poderes concretos de controle de constitucionalidade são também geralmente bem posicionadas para opor

¹² Ver HAREL & KAHANA, *supra* nota 10; HAREL, Alon. SHINAR, Adam. Between Judicial and Legislative Supremacy: A Cautious Defense of Constrained Judicial Review, In: **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, p. 950-975, 2012.

¹³ Ver FALLON, *supra* nota 4, p. 1710; WALDRON, *supra* nota 1, p. 1370.

¹⁴ Uma importante questão adicional diz respeito ao alcance do argumento no contexto de garantias constitucionais estruturais. Veja, por exemplo, STONE, *supra* nota 3; WALDRON, *supra* nota 1, p. 1358. Isso é uma questão, contudo, que será deixada para outro dia.

¹⁵ A esse respeito, a teoria parte diretamente do caso “parcial” ou contingente feito para a legitimidade do constitucionalismo político por Cormac Mac Amhlaigh, que argumenta que as legislaturas estarão, presumivelmente, melhor posicionadas para realizar os bens do “político” em uma sociedade particular. Veja AMHLAIGH, Cormac Mac. Putting Political Constitutionalism in its Place. In: **International Journal of Constitutional Law**, v. 14, p. 175-197, 2016.

bloqueios deste tipo; e sua habilidade não de fazê-lo não depende do seu desfrute de qualquer poder conclusivo de invalidar legislações. Ao contrário, depende da expertise profissional dos juizes e no seu treino na aplicação da legislação para situações factuais concretas, desenvolvendo exceções estreitas ou proteções procedimentais dentro da legislação substantiva, e do poder das cortes para reinterpretar ou invalidar legislação assim como para mudar o status quo legal ou chamar a atenção da mídia e do público para certos assuntos.

Isso, este artigo sugere, fornece um claro argumento baseado nos resultados, sob certas condições, a favor do caráter democrático do controle de constitucionalidade que é amplo e fraco em seu escopo. Isso não demonstra que o controle de constitucionalidade será necessariamente promotor da democracia em todos os casos, ou mesmo que, na média, ele o fará em um país em particular. Uma avaliação deste tipo irá demandar uma análise compreensiva da prática atual do constitucionalismo legislativo e do controle de constitucionalidade em um país particular e a evidência de qualquer desvantagem para a forma fraca do controle de constitucionalidade em termos de “debilitação” ou “distorção” democrática.¹⁶ Se um sistema constitucional existente pode ser ou não identificado como verdadeiramente adequado à forma fraca em sua natureza é também uma dificuldade potencial e uma questão importante, que o artigo não pretende debater.¹⁷ Ao contrário, ele apenas sugere que como uma questão teórica mais abstrata, existem boas razões para aqueles persuadidos pelo *Argumento Central* de Waldron para distinguir entre o controle de constitucionalidade que é de fato forte e fraco (isto é, conclusivo e não conclusivo) quando avalia a legitimidade democrática e o caráter democrático do controle de constitucionalidade.

O restante do artigo é dividido em três partes seguindo esta introdução. A Parte I apura o debate existente sobre o “argumento central” a favor e contra o controle de constitucionalidade e sua falha em prestar contas a respeito da crescente prática do controle de constitucionalidade que é amplo, mas não

¹⁶ Ver TUSHNET, Mark. Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty. In: **Michigan Law Review**, v. 94, p. 245-301, 1995; veja também THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. In: **Harvard Law Review**, v. 7, p. 129-156, 1893; WALDRON, supra nota 1, p. 1403.

¹⁷ DIXON, Charter Dialogue, supra nota 7; WALDRON, Jeremy. Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators. In: **Supreme Court Law Review**, v. 23, 2004.

conclusivo, pelas cortes no mundo todo. A Parte II estabelece o principal argumento democrático a favor da forma fraca de controle de constitucionalidade, baseado na sua capacidade de contrapor vários “bloqueios” em processos políticos democráticos, os quais podem rotineiramente prejudicar o gozo de direitos individuais – mesmo de um tipo apoiado por maiorias democráticas. A Parte III contrasta essa com outras defesas recentes do controle de constitucionalidade, em resposta a Waldron, e o grau que elas costumemente dependem de formas mais restritivas ou conclusivas do processo decisório judicial. A Parte final oferece uma breve conclusão, focada no grau em que qualquer argumento a favor do controle de constitucionalidade depende fundamentalmente em uma avaliação contextual das forças comparativas de diferentes instituições representativas em um dado ponto no tempo e, portanto, questões de natureza empírica e não apenas teórica.

I. O argumento central a favor e contra o controle de constitucionalidade: o debate até agora

Ao expor o *Argumento Central* contra o controle de constitucionalidade, Waldron estipula quatro suposições amplas sobre a natureza das instituições políticas e a cultura em uma sociedade particular – isto é, de que existe

- (1) instituições democráticas em razoável bom funcionamento, incluindo uma legislatura representativa eleita com base no sufrágio universal adulto;
- (2) um conjunto de instituições judiciais, mais uma vez, em razoável funcionamento, estabelecidas de forma não representativa para receber ações individuais, resolver disputas e manter o Estado de Direito;
- (3) um compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de seus funcionários com a ideia de direitos individuais e minoritários; e
- (4) desacordos persistentes, substanciais e de boa-fé sobre os direitos (isto é, sobre o que realmente significa o compromisso com os direitos e quais são suas implicações) entre os

membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos.¹⁸

Dadas essas suposições, Waldron argumenta ainda, que há duas objeções democráticas centrais para o controle de constitucionalidade de forma forte no estilo americano. Primeiro, o controle de constitucionalidade não envolve o engajamento direto com os atuais termos ou fontes de desacordo moral ou político sobre direitos. Pelo contrário, envolve o engajamento com desacordos baseados em direitos em termos mais restritos e legalistas que frequentemente envolvem um enfoque quase exclusivo em “questões secundárias” sobre o texto legal e precedentes, em vez da razoabilidade da legislação. Em segundo lugar, dado o desacordo razoável sobre direitos, a maneira mais justa e mais equilibrada de resolver essas divergências geralmente será por referência às normas ordinárias de tomada de decisão entre os cidadãos. Essa é a única base para a resolução de desacordos entre cidadãos que respeita plenamente as normas de igualdade no processo de autogoverno. Isso, em uma democracia representativa, geralmente também significará a tomada de decisão pela maioria legislativa ordinária. Não envolverá o processo decisório conclusivo de juízes não eleitos e independentes. “Ao privilegiar a votação por maioria entre um número pequeno de juízes não eleitos e não responsáveis [unaccountable]”, observa Waldron que, o controle de constitucionalidade desse tipo “destitui os cidadãos comuns e põe de lado princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões sobre direitos”.¹⁹

A. Respostas ao Argumento Central: proporcionalidade e o controle fraco

Há, no entanto, duas possíveis respostas para essas objeções. Em muitos países, o controle de constitucionalidade não toma, de fato, a forma “estritamente legalista” que é a base da crítica de Waldron.²⁰ Em vez disso, as cortes ao exercitar os poderes de controle de constitucionalidade baseado em direitos geralmente adotam uma abordagem bastante ampla e generosa, em

¹⁸ WALDRON, *supra* nota 1, p. 1360; cf. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, *supra* nota 2, p. 91.

¹⁹ WALDRON, *supra* nota 1, p. 1353.

²⁰ Ver *idem* p. 1367.

vez de pedante ou legalista, abordagem do escopo *prima facie* dos direitos protegidos e, em seguida, questiona se as limitações específicas aos direitos podem ser justificadas de acordo com as normas de proporcionalidade.²¹

A proporcionalidade, como observou Matthias Kumm, tem sido uma característica definidora do constitucionalismo democrático na Europa, após a Segunda Guerra Mundial.²² É também uma característica cada vez mais comum do controle de constitucionalidade baseado em direitos na maioria das democracias constitucionais em todo o mundo: é a base do controle de constitucionalidade no Canadá, sob a seção 1 da Carta de Direitos e Liberdades canadense; na África do Sul, sob a seção 36 da Constituição de 1996; em Israel, sob a seção 8 da Lei Básica; em Hong Kong sob a Lei Básica;²³ em Taiwan, sob o artigo 23 da Constituição da República da China;²⁴ na Coreia do Sul, sob o artigo 37 da Constituição de 1987;²⁵ e na América Latina, como parte do “novo constitucionalismo. Endossado por tribunais como o Tribunal Constitucional da Colômbia,²⁶ e o Supremo Tribunal Federal do Brasil.²⁷ Um teste de proporcionalidade envolve também quatro etapas básicas, em que as cortes perguntam se: (i) a legislação possui um propósito legítimo; (ii) existe uma “conexão racional” entre o propósito do legislativo e os meios que ele selecionou para perseguir esse objetivo (“adequação”); (iii) uma lei é “sob medida” ao seu propósito (“intervenção mínima”); e (iv) uma lei é verdadeiramente proporcional, no sentido que ela alcança maiores benefícios em termos do seu objetivo, do que os custos produzidos para outros compromissos constitucionais (verdadeira proporcionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu*).²⁸

²¹ Ver KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. Proportionality—A Benefit to Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy. In: **International Journal of Constitutional Law**, v. 10, p. 687-708, 2012; KUMM, supra nota 10.

²² KUMM, supra nota 10, p. 154.

²³ R v. Sin Yau-Ming, [Ct. App. 1991] 1 HKPLR. p. 88, 90–91 (China).

²⁴ Veja Interpretação Judicial Yuan Nº 476 (Corte Constitucional Jan. 29, 1999), <http://jirs.judicial.gov.tw/eng/FINT/FINTQRY03.asp?Y1=1999&M1=&D1=&Y2=&M2=&D2=&cno=476&kw=&btnSubmit=Search&sdate=19990000&edate=99991231&keyword=&total=1&seq=1>.

²⁵ Corte Constitucional, 92Hun-Ga8, Dec. 24, 1992 (Coreia do Sul).

²⁶ Corte Constitucional, junio 5 de 1992, Ciro Angarita Baron, Sentencia No. T-406/92, CORTE CONSTITUCIONAL, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm> (Colômbia).

²⁷ Veja ZAIDEN BENVINDO, Juliano. **On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism**, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010.

²⁸ Ver, por exemplo, COHEN-ELIYA, Moshe. PORAT, Iddo. **Proportionality and Constitutional Culture**. 2 ed. Cambridge University Press, 2013; JACKSON, Vicki C.

Todas essas etapas são, de fato, direcionadas para determinar se uma lei que limita direitos individuais é de fato realmente necessária do ponto de vista de uma maioria democrática e o seu desejo legítimo de perseguir certos objetivos coletivos. Assim, eles vão diretamente para as fontes subjacentes de desacordo moral e político entre os cidadãos e não simplesmente para o que Waldron sugere serem “questões secundárias” sobre o texto legal e os precedentes.²⁹ Uma segunda resposta às objeções democráticas do estilo de Waldron ao controle de constitucionalidade é que, em muitos países, ele não é de fato “conclusivo” ou de possui forma forte por natureza como nos Estados Unidos, mas formalmente ou *de facto* “fraco” em sua forma. Em muitos países, o controle de constitucionalidade baseado em direitos acontece dentro de um contexto de leis constitucionais ou quase-constitucionais.³⁰ Isso, na maioria dos sistemas constitucionais, significa que as legislaturas mantêm amplo poder tanto para emendar ou revogar garantias baseadas em direitos, quanto para suspender expressamente sua operação por meio de uma “superação” legislativa. Isto é simplesmente um corolário lógico da doutrina da supremacia parlamentar.³¹ Isso é verdade, por exemplo, no Reino Unido, no contexto da Carta de Direitos Humanos de 1998 (Human Rights Act), na Nova Zelândia sob a Lei de Declaração de Direitos de 1990 (Bill of Rights Act), e na Austrália, sob várias cartas estaduais, especificamente a Carta de Direitos e

Constitutional Law in an Age of Proportionality, In: **Yale Law Journal**, v. 124, p. 3094-3196, 2015; SWEET, Alec Stone. MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. In: **Columbia Journal of Transnational Law**, v.47, p. 68-149, 2008; BEATTY, David M. **The Ultimate Rule of Law**. Oxford University Press, 2004, p. 160.

²⁹ WALDRON, supra nota 1, p. 1353.

³⁰ Veja GARDBAUM, Theory and Practice, supra nota 6; veja também ELKINS, Zachary. GINSBURG, Tom. SIMMONS, Beth. Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practice. In: **Harvard Journal of International Law**, v. 54, p. 61-95, 2013; LAW, David S. Globalization and the Future of Constitutional Rights. In: **Northwestern University Law Review**, v. 102, p. 1277-1380, 2008.

³¹ Ver, por exemplo, HIEBERT, Janet L. New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance when Interpreting Rights? In: **Texas Law Review**, v. 82, 2004; TAYLOR, Julie. Human Rights Protection in Australia: Interpretation Provisions and Parliamentary Supremacy. In: **Federal Courts Law Review**, v. 32, 2004; STEPHANOPOULOS, Nicholas. Comment, The Case for the Legislative Override. In: **UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs**, v. 10, p. 250-295, 2005. Para exceções, veja Israel e Mizrahi. WEILL, Rivka. Hybrid Constitutionalism: The Israeli Case for Judicial Review and Why We Should Care. In: **Berkeley Journal of International Law**, v. 30, p. 349-411, 2012; WEILL, Rivka. Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On the Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power. In: **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 39, p. 457-512, 2012.

Responsabilidade de 2006 (Victoria) e a Lei dos Direitos Humanos de 2004 (ACT).³²

Em outros países o controle de constitucionalidade ocorre dentro do contexto de um documento formalmente entrincheirado, mas há a disposição expressa para o poder de superação legislativa. No Canadá, por exemplo, a seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades de 1982 prevê expressamente que o Parlamento e as legislaturas provinciais podem anular a operação da maioria dos direitos da Carta por meio de leis expressas para operar “não obstante” essas disposições.³³ Isso também foi entendido pela Suprema Corte do Canadá (SCC) para dar ao Parlamento e às legislaturas provinciais o poder de suspender efetivamente o funcionamento dos direitos da Carta – e as interpretações da Corte desses direitos – por um período renovável de cinco anos.³⁴ Poderes semelhantes de substituição também foram adotados, em vários momentos, nas constituições da Polônia, Mongólia, Bélgica, Luxemburgo e Finlândia.³⁵

Uma forma fraca controle de constitucionalidade desse tipo, como o próprio Waldron reconhece, é amplamente imune a objeções democráticas baseadas em um compromisso com a tomada de decisões por maioria. É apenas o controle de constitucionalidade “forte”, não o “fraco”, anota Waldron, que é o alvo de suas objeções.³⁶ Da mesma forma, nos debates no Reino Unido sobre constitucionalismo político versus legal, Adam Tomkins sugeriu que, “onde uma corte entender que um poder conferido ao governo não parece ser necessário”, ou “onde uma caso revela que o governo agiu sem autoridade parlamentar”, a corte deve “encaminhar (...) as questões de volta ao Parlamento” para “apoiar e nutrir a constituição política”.³⁷ Bellamy também aceitou que o “controle fraco (...) sempre foi necessário”.³⁸

³² Ver GARDBAUM, *Theory and Practice*, supra nota 6.

³³ Canadian Charter of Rights and Freedoms sec. 33, Part I do Constitution Act, 1982 sendo anexo B ao Canada Act, 1982, c 11 (U.K.).

³⁴ Sobre a diferença e seu significado potencial, veja DIXON, Rosalind. STONE, Adrienne. *Constitutional Amendment and Political Constitutionalism: A Philosophical and Comparative Reflection*. In: DYZENHAUS, David. THORBURN, Malcolm. **Philosophical Foundations Of Constitutional Law**, Oxford University Press, 2016. p. 95 e 103; GOLDSWORTHY, supra nota 3, p. 263.

³⁵ Ver GARDBAUM, *Theory and Practice*, supra nota 6, p. 5–6.

³⁶ WALDRON, supra nota 1, p. 1354.

³⁷ TOMKINS, supra nota 2, p. 20–22.

³⁸ BELLAMY, *Political Constitutionalism*, supra nota 2, p. 86.

É certo que Waldron usa o termo “fraco” aqui de uma maneira um tanto diferente da maioria dos outros principais estudiosos da forma fraca de controle: seu foco é principalmente sobre o escopo dos poderes do controle de constitucionalidade *ex ante*, ou se “as cortes possuem a autoridade para se negar a aplicar uma lei em um caso particular,”³⁹ quando a maioria dos estudiosos (incluindo Mark Tushnet,⁴⁰ Stephen Gardbaum,⁴¹ Aileen Kavanagh,⁴² e eu mesma⁴³) concentram-se em questionar se as legislaturas têm poder formal *ex post* para superar a decisão de uma corte de invalidar uma determinada lei. Em alguns casos, também pode haver diferenças importantes entre os dois entendimentos do controle de constitucionalidade que são “fracos” na forma. O controle de constitucionalidade que é verdadeiramente limitado em seu escopo pode, às vezes, ser muito fraco para conter os mais poderosos bloqueios legislativos; enquanto que o controle de constitucionalidade que é amplo, mas não conclusivo em seu escopo, será quase sempre suficiente para este propósito.⁴⁴

Os dois conceitos, no entanto, estão intimamente relacionados na prática. A Carta de Direitos Humanos (HRA) do Reino Unido é um bom exemplo. A HRA contém remédios judiciais bastante explícitos, estreitos ou fracos: a seção três do HRA capacita os tribunais do Reino Unido, “até onde for possível fazê-lo (...) para ler e dar efeito” à legislação “de uma forma que seja compatível com os direitos da Convenção” protegidos pela HRA.⁴⁵ Mas quando um tribunal entende que é incapaz de chegar a tal interpretação, a seção 4 da HRA impõe limites explícitos *ex ante* sobre o alcance dos poderes dos tribunais: os tribunais podem emitir “declarações de incompatibilidade” que indiquem ao Parlamento uma área de inconsistência entre a legislação e os direitos da Convenção, mas as declarações deste tipo não têm efeito sobre os direitos e

³⁹ WALDRON, *supra* nota 1, p. 1354.

⁴⁰ Ver TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. In: **Michigan Law Review**, v. 101, p. 2781-2802, 2003.

⁴¹ Ver GARDBAUM, Theory and Practice, *supra* nota 6.

⁴² Ver KAVANAGH, *supra* nota 7.

⁴³ Ver DIXON, Rosalind. Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited. In: **International Journal of Constitutional Law**, v. 5, p. 391-418, 2007. [doravante DIXON, Creating Dialogue About Socioeconomic Rights]; DIXON, Charter Dialogue, *supra* nota 7.

⁴⁴ Ver DIXON, Creating Dialogue about Socioeconomic Rights, *supra* nota 42.

⁴⁵ Human Rights Act 1998, c. 42, § 3 (UK).

responsabilidades das partes perante os tribunais.⁴⁶ A seção 4 é, portanto, uma clara limitação *ex ante* no escopo ou na força do controle de constitucionalidade sob a HRA, mas também um mecanismo adicional pelo qual o Parlamento de Westminster pode “superar” decisões judiciais interpretando vários direitos da Convenção, pelo menos em a nível nacional: tudo o que o Parlamento deve fazer é optar por não responder à produção de tal declaração.⁴⁷

O próprio Waldron também passa a identificar poderes formais de superação legislativa tais quais os encontrados na seção 33 da Carta canadense como, em princípio, relevantes para a força do controle de constitucionalidade. O Canadá, ele avança, é na verdade um caso “intermediário” entre um modelo de controle de constitucionalidade de verdadeiramente fraca ou forte, no qual as cortes desfrutam de poderes para invalidar a legislação por inconsistência com os direitos constitucionais, com elas os definem, mas as legislaturas também podem superar tais decisões “legislando ‘não obstante’ os direitos na Carta”.⁴⁸ É apenas o fato de que a seção 33 raramente tem sido usada na prática, não a de que as cortes canadenses desfrutam de amplos poderes de controle de constitucionalidade *ex ante*, o que leva Waldron a sugerir que “o arranjo canadense” deveria ser considerado como uma forma forte na prática.⁴⁹

O tipo de forma fraca de controle de constitucionalidade defendida neste artigo, portanto, é melhor entendida como um controle de constitucionalidade que é ao mesmo tempo relativamente amplo no seu escopo *ex ante* e de natureza não conclusiva *ex post*. De certa forma, pode ser enganoso chamar o controle desta forma de natureza “fraca”: ele combina elementos do controle forte *ex ante* (isto é, poder de controle de constitucionalidade amplo e coercivo) com a suscetibilidade de superar, de formas que possam torna-lo mais próximo do controle que é “dialógico” ou “responsivo” ao invés dos que são de natureza fraca. O termo “fraco”, no

⁴⁶ Human Rights Act 1998, c. 42, § 4 (UK).

⁴⁷ Ver, por exemplo., BELLAMY, Political Constitutionalism, *supra* nota 2; DIXON, Rosalind. A Minimalist Charter of Rights for Australia: The UK or Canada as a Model?. In: **Federal Law Review**, v. 37, 2009. [doravante DIXON, Minimalist Charter of Rights for Australia]; EWING, K.D. The Human Rights Act and Parliamentary Democracy. In: **Modern Law Review**, v. 62, p. 79-99, 1999.

⁴⁸ WALDRON, *supra* nota 1, p. 1356.

⁴⁹ *Idem.* p. 1356-57.

entanto, tem sido amplamente entendido na literatura comparada como abrangendo o tipo de controle amplo, porém revisável, e, portanto, é o utilizado para os propósitos deste artigo. Muitos leitores norte-americanos, contudo, podem achar mais fácil entender o argumento a favor do controle que é feita como, de fato, um argumento a favor do controle de constitucionalidade dialógico ou *responsivo*.⁵⁰

II – O argumento central a favor da forma fraca de controle

Essa concessão à *legitimidade* democrática da forma fraca de controle, contudo, não fornece nenhum relato afirmativo do por que ela deveria ser considerada desejável em uma democracia. Isso também tem consequências práticas claras.

Ao desenvolver uma justificativa teórica “minimalista” para o controle de constitucionalidade desse tipo, não é necessário mostrar que quaisquer sistemas constitucionais do mundo real estão de fato em conformidade com esse modelo.⁵¹ Mas em um trabalho relacionado, eu mostro como o controle de constitucionalidade desse tipo pode, na verdade, ser mais comum globalmente do que a própria descrição de Waldron sugere – isto é, presente em uma série de casos em que a carta de direitos está formalmente entrincheirada, mas em que procedimentos de emenda constitucional são relativamente flexíveis,⁵² as cortes consistentemente dependem de doutrinas sub-constitucionais,⁵³ e/ou demonstram uma vontade de se submeter às “sequências” legislativas ou a respostas a decisões anteriores.⁵⁴

O ponto de partida deste artigo é, portanto, uma tentativa de desenvolver uma defesa teórica desse tipo. Em trabalhos anteriores, eu tentei fornecer um relato baseado em resultado desse tipo, específico para determinados países,

⁵⁰ Ver DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review* (rascunho de trabalho), 2017 [doravante DIXON, *Responsive Judicial Review*].

⁵¹ Ver discussão supra nota 33.

⁵² Ver, por exemplo, TUSHNET, Mark. DIXON, Rosalind, *Weak-Form Review and Its Constitutional Relatives: An Asian Perspective*. In: DIXON Rosalind. GINSBURG, Tom. **Comparative Constitutional Law in Asia**, Edward Elgar Publishing, 2014. p. 102.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem; veja também DIXON, *Minimalist Charter of Rights for Australia*, supra nota 46; DIXON, *Charter Dialogue*, supra nota 7; DIXON, Rosalind. *Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism*. In: **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 32, p. 487-506, 2012; DIXON, *Responsive Judicial Review*, supra nota 49.

incluindo o Canadá e a África do Sul.⁵⁵ Este artigo é, portanto, uma tentativa de ampliar e generalizar aquele argumento, para demonstrar que ele pode ser aplicado em quase todas as democracias que funcionem bem ou, pelo menos, todas aquelas com um sistema concreto de controle de constitucionalidade.⁵⁶

O argumento básico para a forma fraca de controle feita por este artigo neste contexto é essencialmente tríplice: (1) que mesmo processos legislativos que funcionam relativamente bem estão rotineiramente sujeitos a “bloqueios”, ou “pontos cegos” e “ônus da inércia”, o que pode prejudicar o gozo de direitos pelas maiorias democráticas; (2) que os tribunais que exercem poderes concretos de controle de constitucionalidade estão relativamente bem posicionados, tanto profissional como institucionalmente, para combater tais bloqueios; e (3) que a capacidade dos tribunais para este papel não depende de eles terem qualquer poder final para invalidar leis ou fazer cumprir suas decisões (embora possa depender deles possuírem autoridade e poderes de reparação relativamente amplos e substantivos, *ex ante*).

O argumento tem algum apoio no próprio *Argumento Central* de Waldron e é totalmente consistente com as quatro premissas iniciais de Waldron no *Argumento Central*.⁵⁷ O argumento, por exemplo, assume que, em geral, Waldron está correto ao sugerir que o processo decisório ordinário baseado na maioria é a regra que melhor se aproxima de um compromisso com a igualdade entre cidadãos na resolução de divergências sobre direitos.⁵⁸ Da

⁵⁵ Ver, por exemplo, DIXON, Rosalind. A Democratic Theory of Constitutional Comparison. In: **American Journal of Comparative Law**, v. 56, p. 947-998, 2008. [doravante DIXON, A Democratic Theory of Constitutional Comparison]; DIXON, Minimalist Charter of Rights for Australia, supra nota 46; DIXON, Charter Dialogue, supra nota 7; DIXON, Creating Dialogue about Socioeconomic Rights, supra nota 42; veja também TUSHNET, Mark. Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law, Edward Elgar Publishing, 2014; TUSHNET, Mark. How Different Are Waldron's and Fallon's Core Cases for and Against Judicial Review. In: **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 30, p. 49-70, 2010 [doravante TUSHNET, Waldron's and Fallon's Core Cases].

⁵⁶ Sobre a importância do conceito quando se considera o controle judicial, veja ROX, Theunis. In Defence of Empirical Entanglement: The Methodological Flaw in Waldron's Case Against Judicial Review (UNSW Artigo de pesquisa em direito, Nº 73, 2015), disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712058.

⁵⁷ Conferir WALDRON, supra nota 1, p. 1378.3

⁵⁸ Contra DIXON & STONE, supra nota 33 (questionando essa suposição em certos casos, como quando certos indivíduos tendem a votar consistentemente como um bloco e, assim, desfrutam de um grau bastante diferente de poder de voto substantivo na prática). Também pode haver casos em que haja intensidades tão diferentes nas preferências, ou pontos de vista, dos cidadãos, que se aproxime mais de um compromisso com a igualdade substantiva entre os eleitores para que a tomada de decisão representativa ocorra com base em alguma forma de ponderação, regra de maioria em vez de maioria simples. Cf., por exemplo,

mesma forma, não depende de qualquer suposição que “os sistemas legislativo e eleitoral (em um país) sejam patologicamente ou incorrigivelmente disfuncionais”, de formas que os levem para fora do escopo do *Argumento Central*.⁵⁹ Toda a ideia por trás dos “pontos cegos” e dos “ônus da inércia” é que eles são bloqueios que podem surgir no processo legislativo como resultado de restrições institucionais comuns, limites individuais de cognição ou dinâmica política partidária. Exceto nos casos mais graves, eles não são verdadeiras “patologias” que refletem uma ruptura no funcionamento democrático comum.⁶⁰

Essa compreensão do controle de constitucionalidade tem semelhanças importantes com várias teorias importantes do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, que mostram como o controle de constitucionalidade realizada pela Suprema Corte pode promover direitos constitucionais individuais, ao mesmo tempo em que aborda as questões do estilo de Waldron sobre a chamada “dificuldade contramajoritária”.⁶¹ Cass Sunstein, por exemplo, tem famosamente procurado defender uma forma de “minimalismo democrático” por parte da Suprema Corte, como uma prática que pode “desencadear ou melhorar processos de deliberação democrática”, sem impedir espaço para reflexões e debates adicionais por representantes eleitos em nível local, estadual e nacional.⁶² Essa ideia também tem clara sobreposição com a ideia de que a forma fraca de controle pode ajudar a superar bloqueios no processo político, forçando a reflexão sobre questões previamente sujeitas à inércia legislativa ou a pontos cegos legislativos.⁶³

De maneira similar, ao observar a abordagem da Corte a vários casos sob as Oitava e Décima Quarta Emendas, David Strauss identifica a função

BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. **The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy**, 1962.

⁵⁹ WALDRON, *supra* nota 1, p. 1389; cf. STEPHENSON, Matthew C. Corruption and Democratic Institutions: A Review and Synthesis. In: ROSE-ACKERMAN, Susan. LAGUNES, Paul. **Corruption: Global Influences, Politics and the Modern State: Essays in the Political Economy**, Edward Elgar, 2015. p. 92. (justificando o controle judicial em termos de sua capacidade de superar a corrupção ou graves problemas de escolha pública no processo político).

⁶⁰ Ver WALDRON, *supra* nota 1, p. 1389.

⁶¹ Ver, por exemplo, SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**, Harvard University Press, 1999; STRAUSS, David A. The Modernizing Mission of Judicial Review. In: **University of Chicago Law Review**, v. 76, p. 859-907, 2009.

⁶² SUNSTEIN, *supra* nota 60, p. 27.

⁶³ *Idem*.

“modernizadora” desempenhada pelo controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, segundo a qual os tribunais “invalidam leis que não seriam promulgadas hoje ou que logo perderão seu apoio popular” ou “atualizam as leis”.⁶⁴ Este papel, sugere Strauss, significa “que o controle de constitucionalidade tem, em princípio, um lugar mais confortável em um governo democrático” do que muitas teorias existentes do controle de constitucionalidade sugerem.⁶⁵ Mas Strauss também se conecta com isso via uma forma de controle de constitucionalidade que é, na prática, fraco ou responsivo: um tribunal verdadeiramente modernizador, sugere Strauss, “deve estar preparado para mudar de rumo – e sustentar uma lei que o tribunal declarou inconstitucional anteriormente – caso se torne aparente que o sentimento popular mudou para uma direção diferente daquela que o tribunal havia antecipado”.⁶⁶

Essas teorias, contudo, não procuram explicitamente justificar a *existência* do controle de constitucionalidade em democracias constitucionais diferentes ou explicam a conveniência de formas fracas bem como de formas fortes de controle. O argumento nesta Parte é, portanto, uma extensão importante dessas teorias existentes, em uma direção que busca fornecer uma defesa mais geral e transnacional da ideia da forma fraca do controle.

O argumento não é uma defesa *verdadeiramente* geral da forma fraca de controle; seguindo Waldron, ele assume que o controle de constitucionalidade é anglo-americano em seu estilo – isto é, de natureza concreta e exercido por Cortes cujo quadro de funcionários é composto por juristas antigos, não mais abstrata e de caráter diretamente “político”.⁶⁷ Muitos dos mesmos argumentos, no entanto, poderiam, de fato, ser formulados para formas mais kelsenianas, de estilo continental, do controle de constitucionalidade – desde que, em tal modelo, como observado na Conclusão, as decisões dos tribunais sejam, de alguma forma, responsivas ao

⁶⁴ STRAUSS, supra nota 60, p. 861, 897.

⁶⁵ Idem. p. 861.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Na distinção geralmente, veja, por exemplo, COMELAL, Victor Ferreres. The Rise of Specialized Constitutional Courts. In: GINSBURG, Tom. DIXON, Rosalind. **Comparative Constitutional Law**, Edward Elgar Publishing, 2011. p. 265, 270–71.

desacordo político, como nos casos de procedimentos flexíveis para a realização de emendas constitucionais formais.⁶⁸

Igualmente, este artigo não aborda os *limites* da forma fraca de controle como um modelo normativamente desejável. Em alguns casos, em que as suposições de Waldron não se sustentam ou em que o desacordo sobre os direitos *não* é de fato razoável, pode haver casos em que formas mais fortes de controle de constitucionalidade não sejam apenas justificadas, mas, de fato, normativamente desejáveis. O próprio Waldron reconhece a ideia de que pode haver certos casos patológicos em que a forma forte de controle de constitucionalidade não é apenas moralmente aceitável, mas, de fato, desejável como um meio de proteger o processo político.⁶⁹

Da mesma forma, ao defender o argumento a favor do controle de constitucionalidade, Richard Fallon sugere que a forma forte de controle será muito mais desejável do que a forma fraca quando se trata de proteger aspectos do processo político.⁷⁰ Cass Sunstein traz argumentos similares ao defender uma preferência geral pelo minimalismo judicial.⁷¹ Estes argumentos também têm uma longa linhagem no direito constitucional dos EUA: baseiam-se na nota de rodapé número 4 do caso *Carolene Products*, e em argumentos de John Hart Ely a favor de uma abordagem baseada no processo ou no reforço da representação, para o (escopo do) controle de constitucionalidade forte.⁷² Estas ideias também foram desenvolvidas e refinadas por estudiosos como Sam Issacharoff, Richard Pildes e Pam Karlan em seu trabalho sobre política como mercados.⁷³ Os argumentos contidos neste artigo também devem ser vistos como inteiramente consistentes com tais entendimentos.

⁶⁸ Ver abaixo Seção II.B. A principal diferença será em relação aos pontos cegos de aplicação, que dependem diretamente dos tribunais que exercem poderes concretos de controle, ex post. Veja abaixo Seção I.A.

⁶⁹ Ver WALDRON, supra nota 1, p. 1362, 1389.

⁷⁰ FALLON, supra nota 4.

⁷¹ SUNSTEIN, supra nota 60.

⁷² Ver ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**, Harvard University Press, 1980. Para a crítica à alegação de Ely de criar uma teoria objetiva, veja TRIBE, Laurence H. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. In: **Yale Law Journal**, v. 89, p. 1063-1080, 1980.

⁷³ Ver ISSACHAROFF, Samuel. PILDES, Richard H. Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process. In: **Stanford Law Review**, v. 50, 1998; ISSACHAROFF, Samuel. KARLAN, Pamela S. The Hydraulics of Campaign Finance Reform. In: **Texas Law Review**, v. 77, p. 1705-1738, 1998; veja também ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts**, Cambridge University Press, 2015.

Em trabalhos anteriores com David Landau, sugeri que há, de fato, circunstâncias em que um compromisso com a democracia política pode favorecer um controle de constitucionalidade que seja superforte, não apenas forte na forma.⁷⁴ Um exemplo está nos casos em que as elites políticas dominantes estão buscando usar processos de emenda constitucional para entrincheirar a sua manutenção no poder, ou corroer os compromissos básicos com a democracia eleitoral, e os tribunais têm a capacidade de evitar isso por meio de uma doutrina da emenda constitucional inconstitucional. Como eu e Landau apontamos, uma doutrina desse tipo estabelece uma forma de controle de constitucionalidade que é, por excelência, forte em sua natureza: ela torna as decisões judiciais imunes à superação legislativa ordinária e à emenda constitucional formal.⁷⁵ Ela também apresenta todos os mesmos perigos para a democracia como as formas mais comuns de controle forte: tem a capacidade de fornecer aos tribunais a formalidade final na decisão de questões que são objeto de um desacordo democrático razoável. Mas, se adequadamente direcionada, uma doutrina desse tipo também pode dissuadir ou desacelerar tentativas de mudança constitucional abusiva de forma a, em última análise, ajudar a preservar o núcleo mínimo da democracia competitiva ou as premissas básicas sobre as quais se baseia o *Argumento Central* de Waldron.

Pode muito bem ser, portanto, que o argumento central a favor da forma fraca de controle de constitucionalidade em casos não patológicos deveria ser melhor entendida como combinada com um argumento central a favor do controle *superforte* em alguns outros casos mais limitados e patológicos. O objetivo desta parte, contudo, é mostrar que há, de fato, argumentos gerais persuasivos a favor do controle de constitucionalidade fraco em democracias relativamente eficientes, não apenas nas patológicas.

A. Bloqueios no processo político

Mesmo os processos legislativos que funcionam bem em uma democracia estão frequentemente sujeitos a “bloqueios” que prejudicam o gozo dos direitos individuais. Bloqueios desse tipo possuem pelo menos duas

⁷⁴ Ver DIXON, Rosalind. LANDAU, David. Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment. In: **International Journal of Constitutional Law**, v. 13, p. 606-638, 2015.

⁷⁵ Ver *idem*.

formas: *pontos cegos* e *ônus da inércia*.⁷⁶ Eles também podem afetar os direitos reivindicados por minorias e maiorias “tópicas” – ou direitos reivindicados por grupos que são tanto minoria estatística quanto maioria em termos demográficos. As únicas reivindicações de direitos que *não* estão sujeitas a potenciais bloqueios são aquelas reivindicadas por minoria ou maioria tópica e afirmativamente rejeitadas por uma maioria “decisional”.⁷⁷ Reconhecer demandas por direitos desse tipo pode ser justificado em uma variedade de circunstâncias,⁷⁸ mas também seria diretamente contrário ao compromisso de Waldron com a tomada de decisões por maioria na interpretação de direitos.⁷⁹

1. Os pontos cegos do Legislativo

A primeira e mais direta causa dos pontos cegos do Legislativo será a natureza de a deliberação legislativa ser pressionada pelo tempo. Como Guido Calabresi observou: “As legislaturas muitas vezes agem apressadamente ou impensadamente em relação aos direitos fundamentais por causa de pânico, ou crises, ou porque, mais frequentemente, elas simplesmente são pressionadas pelo tempo.”⁸⁰ Legislaturas modernas devem considerar um grande número de peças complexas de legislação em qualquer sessão legislativa e, como resultado disto, elas frequentemente não terão tempo suficiente para estudar detalhadamente projetos de lei específicos. Mesmo se eles se concentrarem na questão, eles também terão uma previsão limitada sobre toda a gama de circunstâncias em que uma lei pode afetar o gozo dos direitos individuais no futuro. Legisladores, como todos nós, podem estar sujeitos a formas de racionalidade limitada, o que significa que eles não antecipam toda a extensão dos modos pelos quais a legislação pode afetar os

⁷⁶ Ver, por exemplo, DIXON, Charter Dialogue, supra nota 7; DIXON, Creating Dialogue about Socioeconomic Rights, supra nota 42; veja também CALABRESI, Guido. Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores). In: **Harvard Law Review**, v. 105, 80-151, 1991; ESKRIDGE JR., William N. FRICKEY, Philip P. Foreword: Law as Equilibrium. In: **Harvard Law Review**, v. 108, p. 26-108, 1994.

⁷⁷ WALDRON, supra nota 1, p. 1395–401.

⁷⁸ Ver, por exemplo, United States v. Carolene Prods. Co., 304 U.S. n.4 (1938), p. 144, 153; ELY, supra nota 71. Deixo para outro dia a tarefa de explorar o que significaria desafiar a noção de desacordo razoável de Waldron nesse contexto, ou desenvolver alguma noção central mínima de direitos de igualdade para as minorias.

⁷⁹ WALDRON, supra nota 1, p. 1397–99.

⁸⁰ CALABRESI, supra nota 75, p. 103–04.

direitos no futuro.⁸¹ Em ambos os casos, o resultado será que os legisladores podem votar em leis que impõem limitações involuntárias ou imprevistas sobre direitos, ou que estão sujeitas a *pontos cegos de aplicação*.

Outras formas de pontos cegos legislativos também podem surgir de limites no tempo e na expertise de determinados legisladores e das estruturas institucionais para deliberação legislativa.⁸² As limitações de tempo dos legisladores frequentemente destinam os legisladores a delegar a tarefa de considerar se as leis “prejudicam minimamente” os direitos a subcomitês legislativos. Mais do que a maioria dos legisladores, os membros de tais comitês também podem ter um interesse desproporcional na garantia da realização de objetivos legislativos particulares, ao invés da acomodação de direito individuais.⁸³ Isso pode levar as legislaturas como um todo a ignorar oportunidades de acomodação de direitos individuais – mesmo formas que poderiam ser alcançadas a um custo muito baixo para os objetivos legislativos relevantes e, portanto, que quase certamente seriam apoiadas por uma maioria democrática (*“pontos cegos de acomodação”*).⁸⁴

2. Os ônus da inércia do Legislativo

Os processos legislativos também podem estar sujeitos a uma variedade de formas diferentes de *inércia*, incluindo formas de inércia impulsionadas por “prioridade” e por “coalizão”. *Os ônus da inércia impulsionado pela prioridade* surgirá mesmo nos ambientes democráticos mais ideais, simplesmente como resultado da natureza demorada dos processos legislativos e dos limites que isto implica no número de alterações legislativas

⁸¹ Sobre a noção de racionalidade limitada, veja DEKEL, Eddie, et al. Standard State-Space Models Preclude Unawareness. In: **Econometrica**, v. 66, p. 159-173, 1998 (tentando explicar o “desconhecimento” das consequências como um aspecto importante da racionalidade limitada).

⁸² Em trabalhos anteriores, também identifiquei uma terceira forma potencial de ponto cego legislativo – i. e., pontos cegos de perspectiva - como justificativa potencial para um controle judicial baseado em direitos. Veja, por exemplo, DIXON, Charter Dialogue, supra nota 7. Mas omito essa discussão aqui porque depende em grande parte de argumentos baseados em processos e não em resultados.

⁸³ Nos sistemas parlamentaristas, o mesmo se aplica com frequência aos ministros responsáveis pela elaboração de legislação específica e pelo escrutínio da compatibilidade com os direitos humanos. Há, é claro, tentativas na Commonwealth de mudar isso, introduzindo novas estruturas de comitês legislativos, com responsabilidade específica por questões de direitos humanos. Veja, por exemplo, HIEBERT, Janet L. New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance when Interpreting Rights? In: **Texas Law Review**, v. 82, 2004.

⁸⁴ Ver DIXON, Charter Dialogue, supra nota 7; DIXON, Creating Dialogue About Socioeconomic Rights, supra nota 42.

que uma maioria legislativa pode decretar dentro de um determinado período. Restrições de capacidade deste tipo significarão que há pouca razão - ou espaço - para as maiorias legislativas darem prioridade a reivindicações baseadas em direitos que são propostas por uma minoria relativamente pequena, se estas reivindicações não obtiverem apoio majoritário.⁸⁵ Em uma democracia competitiva, os legisladores devem priorizar as questões que são de maior ou mais forte preocupação para a maioria dos cidadãos. (A premissa das eleições competitivas é que, se eles não o fizerem, uma maioria diferente será eleita). Isto não significa que a maioria dos cidadãos necessariamente rejeitaria ou se oporia ao reconhecimento de uma determinada reivindicação de direitos. Eles podem apoiar tacitamente o reconhecimento de direitos, mas tratar este reconhecimento como uma questão de prioridade relativamente baixa. Por causa disso, até mesmo processos legislativos que funcionam bem podem falhar em responder adequadamente a entendimentos em evolução de direitos na cultura mais ampla, de uma maneira que venha a enfraquecer a capacidade de resposta - e legitimidade - do sistema constitucional como um todo.

As formas de inércia *impulsionadas pela coalizão* surgirão no processo legislativo como resultado de características mais reais ou secundárias de um sistema democrático relacionado à dinâmica da competição entre os partidos políticos. Em quase todas as democracias do mundo real, a filiação a um grande partido político aumenta substancialmente a chance de eleição de um candidato. Uma vez eleito, a chance de reeleição de um parlamentar dependerá, em grande medida, da popularidade eleitoral mais ampla de seu partido político. Os legisladores, portanto, têm um forte incentivo para promover a coerência real e aparente do partido a que pertencem. Se os membros do partido ou das facções estão divididos sobre uma questão, isso pode significar que os líderes legislativos do partido têm interesse em manter uma questão fora da agenda legislativa - mesmo perante demandas claras de mudança legal advindas da cultura constitucional mais ampla.⁸⁶ Se um partido está

⁸⁵ Cf. PERRY, Michael J. Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for Courts? In: **Wake Forest Law Review**, v. 38, 635-696, 2003.

⁸⁶ Veja GRABER, Mark A. Graber. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. In: **Studies in American Political Development**, v. 7, 35-73, 1993; MORTON, F.L.

internamente dividido sobre uma questão, mas a mudança legal deve, não obstante, ser alcançada, os líderes do partido possuem duas opções possíveis. Uma opção é permitir um voto livre entre os membros do partido com base em suas consciências; outra é a de impor disciplina partidária aos membros na minoria.

Ambas as opções podem ter custos reais para a coerência do partido. Permitir um voto de consciência pode enfraquecer a percepção pública da coesão ou coerência política dentro de um partido; enquanto a imposição da disciplina partidária pode corroer a real coerência interna de um partido. Se a disciplina partidária é imposta com frequência suficiente, os membros de facções minoritárias podem perceber que não é mais de seu interesse continuar fazendo parte da ampla coalizão baseada no partido e eles podem se separar do partido como um todo.⁸⁷ Como Mark Graber argumentou, os líderes partidários estão bem cientes desde artil-22 político e, como resultado, farão “o melhor possível para evitar a tomada de posições públicas fortes sobre os assuntos que internamente dividem sua coalizão”, e “adotam uma variedade de estratégias ‘defensivas’” para tentar despolitizar a questão / mantê-la fora da agenda nacional.⁸⁸ Novamente, isso não significa necessariamente que haja uma ausência de apoio para uma reivindicação específica de direitos na cultura mais ampla. A maioria dos cidadãos pode muito bem apoiar o reconhecimento de uma determinada reivindicação de direitos e até mesmo se interessar muito fortemente na necessidade de mudança legal para dar efeito a esse entendimento. No entanto, os legisladores ainda podem decidir que seus interesses de médio a longo prazo em preservar a integridade partidária superam os ganhos eleitorais de curto prazo na resposta a essa demanda por mudança legal. A consequência para o sistema democrático constitucional mais amplo será a de que, na ausência de alguma brecha na disciplina partidária majoritária, a legislatura mais uma vez deixará de responder à evolução dos entendimentos democráticos sobre direitos – mas, desta vez, perante o apoio ainda maior para o aumento da proteção dos direitos.

Dialogue or Monologue? In: HOWE, Paul Howe. RUSSEL, Peter H. **Judicial Power and Canadian Democracy**, McGill-Queen's University Press, 2001. p. 111 e 115.

⁸⁷ Ver TUSHNET, *New Forms of Judicial Review*, supra nota 7, p. 834.

⁸⁸ Ver GRABER, supra nota 85, p. 39–40.

Waldron, é claro, observa que há casos em que os partidos políticos escolhem relaxar normas de disciplina partidária e permitir que membros do parlamento (MPs) votem em questões de importância constitucional com base em sua “consciência” individual.⁸⁹ No Reino Unido, por exemplo, importantes mudanças legislativas na lei do aborto ocorreram em 1967, como resultado direto de um voto livre entre os parlamentares. Votos de consciência desse tipo, contudo, são cada vez mais raros em muitas das principais democracias constitucionais.⁹⁰ Eles também são frequentemente insuficientes para *estabelecer* uma questão na agenda legislativa: normas de disciplina partidária tendem a ser muito mais fortes na fase da decisão sobre a apresentação de um projeto de lei ou sobre a permissão da condução deste para votação em plenário, do que para conseguir sua aprovação final.⁹¹

Bloqueios desse tipo também têm clara relevância em muitas instâncias “centrais” do controle de constitucionalidade, às quais as teorias existentes são direcionadas: no contexto de decisões como *Roe*, por exemplo, havia evidência de inércia legislativa no passado.⁹² Embora houvesse uma tendência para expandir o acesso ao aborto em muitos estados antes de *Roe*,⁹³ o alcance e o ritmo dessa mudança era bastante estreito e lento em comparação com os entendimentos democráticos precedentes. Limitou-se a mudanças que permitiam o acesso a abortos no caso de estupro ou incesto ou,

⁸⁹ WALDRON, *supra* nota 1, p. 1385 n. 107.

⁹⁰ Com a força da disciplina partidária nos países da Commonwealth, como o Canadá e o Reino Unido, em comparação com os Estados Unidos, veja, por exemplo, ATKINSON, Michael M. THOMAS, Paul G. Studying the Canadian Parliament. In: **Legislative Studies Quarterly**, v. 18, p. 423-451, 1993 (revisando a literatura sobre a forte disciplina partidária do Parlamento canadense); GAINES, Brian J. GARRETT, Geoffrey. The Calculus of Dissent: Party Discipline in the British Labour Government, 1974-1979. In: **Political Behaviour**, v. 15, p. 113-135, 1993 (revisando a força da disciplina partidária no Reino Unido em comparação com os Estados Unidos, embora observando algum declínio relativo nesse padrão).

⁹¹ O Abortion Act 1967 (Reino Unido), por exemplo, foi o produto de um projeto de lei de um membro privado apoiado pela Abortion Law Reform Association (ALRA). Entre 1951 e 1966, três projetos similares foram introduzidos, mas todos falharam. Veja, v.g., KANDIAH, Michael D. STAERCK, Gillian. **The Abortion Act 1967**, Institute of Contemporary British History, 2002, p. 16-18; GLEESON, Kate. Persuading Parliament: Abortion Law Reform in the U.K. In: **Australia Parliamentary Review**, v. 22, p. 23-42, 2007; GREEN, David. The Abortion Act 1967. In: **The British Journal of Criminology**, v. 8, p. 82-86, 1968; HART, H.L.A. Abortion Law Reform: The English Experience. In: **Melbourne University Law Review**, v. 8, p. 388-411, 1972.

⁹² Ver, por exemplo, DEVINS, Neal. Shaping Constitutional Values: Elected Government, the Supreme Court, and the Abortion Debate, The Johns Hopkins University Press, 1996; STRAUSS, *supra* nota 60, p. 906-07.

⁹³ DEVINS, *supra* nota 91; GINSBURG, Ruth Bader. Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*. In: **The North Carolina Law Review**, v. 63, p. 375-386, 1985.

em alguns casos, a uma faixa estreita de abortos terapêuticos e, apenas em certos estados. Na primeira pesquisa Gallup sobre o aborto, em contraste, cinquenta e quatro por cento dos entrevistados indicaram apoio à legalidade do aborto pelo menos “em algumas circunstâncias”.⁹⁴

Da mesma forma, no Canadá, o cenário da decisão de *Morgentaler*⁹⁵ foi de clara inércia legislativa. Houve um apoio crescente à liberalização do acesso ao aborto legal a partir dos anos 1960 no Canadá, e um esforço continuado nos anos 1970 por grupos como a Associação Médica Canadense e a Ordem dos Advogados do Canadá para conseguir isso. Em 1977, um comitê independente nomeado pelo governo federal (o Comitê Badgley) também recomendou grandes mudanças legais na área.⁹⁶ O processo político, no entanto, foi extremamente lento para responder: em 1986, o Parlamento fez mudanças relativamente pequenas para permitir o acesso mais amplo a abortos terapêuticos em hospitais credenciados, mas não conseguiu abordar as questões mais amplas levantadas pelo Comitê Badgley.⁹⁷ Como a própria Suprema Corte do Canadá observou em *Morgentaler*, o efeito do regime de 1986 foi igualmente para que, na prática, o aborto não estivesse disponível em grandes partes do Canadá rural - porque simplesmente não havia hospitais especializados, ou hospitais que houvessem estabelecido um comitê de aborto terapêutico, dentro da área relevante.⁹⁸

B. A capacidade da Corte para combater os bloqueios do Legislativo

A identificação de bloqueios legislativos desse tipo, por si só, não justifica o abandono da forma pura da supremacia legislativa em favor de uma maior partilha de responsabilidade pela proteção dos direitos individuais entre tribunais e legislaturas. Isto requer a explicação de que, pelo menos como uma questão geral, no exercício de poderes concretos do controle de constitucionalidade os tribunais estão bem posicionados tanto para *identificar* como *combater* bloqueios deste tipo.

⁹⁴ Ver infra notas 117–18 e textos acompanhantes; veja também GINSBURG, supra nota 92.

⁹⁵ R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30 (Canadá).

⁹⁶ COOK, Rebecca J. DICKENS, Bernard M. A Decade of International Change in Abortion Law: 1967–1977. In: **American Journal of Public Health**, v. 68, p. 637-644, 1978.

⁹⁷ COOK, Rebecca J. DICKENS, Bernard M. International Developments in Abortion Laws: 1977–88. In: **American Journal of Public Health**, v. 78, p. 1305-1311, 1988.

⁹⁸ R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, 71, 150 (Canadá).

O argumento a favor da forma fraca de controle neste contexto, entretanto, é que os tribunais que exercem poderes concretos de revisão judicial de fato têm esses atributos. Como já foi dito, a suposição neste contexto é que o controle de constitucionalidade toma a forma que é o alvo do *Argumento Central* de Waldron contra o controle de constitucionalidade - isto é, o controle de constitucionalidade da legislação em uma base concreta ou “a posteriori”, na tradição do controle de constitucionalidade do mundo anglo-americano, realizado por tribunais ordinários, em oposição às cortes constitucionais, dos quais se pode esperar a abordagem de questões constitucionais por meio de métodos legais tradicionais.⁹⁹ Também é bem possível, no entanto, que tribunais constitucionais especializados exercendo poderes mais abstratos de controle também terão a capacidade de desempenhar muitas das mesmas funções, particularmente em relação à inércia legislativa.

Várias generalizações podem ser feitas sobre a orientação profissional e institucional dos juízes em tribunais desse tipo. Primeiro, os juízes são geralmente juristas distintos, com experiência anterior significativa como advogados ou juízes de primeira instância. Embora possam ter compromissos ideológicos claros e vínculos informais com determinados partidos políticos, eles também são, em geral, tanto pessoalmente quanto institucionalmente independentes da dinâmica política partidária. A nível institucional, os tribunais conduzem processos de controle de constitucionalidade por iniciativa de partes específicas e de uma forma que envolve a consideração de legislação aplicada a casos concretos específicos. Eles conduzem seus procedimentos, em grande parte, se não exclusivamente, em público; estão sujeitos ao dever de fundamentar; e, frequentemente, são objeto de escrutínio e atenção significativa da mídia.¹⁰⁰ Em um tribunal de apelação de última instância, eles geralmente têm um número de casos que lhes permite considerar cuidadosamente cada caso e deliberar de uma maneira que não é limitada no tempo de modo estrito. E eles geralmente raciocinam de uma maneira que envolve alguma forma de abordagem “baseada em camadas” ou baseada na

⁹⁹ WALDRON, supra nota 1, p. 1359–60.

¹⁰⁰ Cf. ROACH, Kent. Dialogic Review and its Critics. In: **The Supreme Court of Law Review**, v. 23, p. 49-104, 2004; veja também FLEMMING, Roy B. et al., Attention to Issues in a System of Separated Powers: The Macrodynamics of American Policy Agendas. In: **The Journal of Politics**, v. 61, p. 76-108, 1999 (fornecendo evidência empírica convincente da ligação entre a atenção judicial e da mídia que foi demonstrada de forma mais definitiva no contexto dos EUA).

proporcionalidade.¹⁰¹ Essas características se combinam para tornar os tribunais bem posicionados tanto para identificar como para responder aos bloqueios legislativos.

1. Os Pontos cegos

Para os pontos cegos, os juízes têm a vantagem de considerar a legislação tanto depois de aprovada como no contexto de casos específicos concretos. Isso é geralmente verdade, mesmo nos casos em que os tribunais enfrentam desafios à legislação em si, bem como, na sua forma de aplicação, porque, ao fazê-lo, os tribunais geralmente exigem que um autor individual mostre alguma lesão concreta que dê origem à demanda, ou alguns casos concretos nos quais a lei é excessiva se comparada com parâmetros constitucionais relevantes.¹⁰² Isso, como Fallon observa, também significa que os juízes têm a capacidade de avaliar a legislação depois que "implicações potencialmente imprevistas (baseadas em direitos) se manifestaram".¹⁰³

Em sistemas de controle concreto, como ex-advogados ou magistrados de primeira instância, a maioria dos juízes também terá o benefício de experiência significativa na *aplicação* de leis a casos concretos específicos e na consideração se, em um caso particular, existem várias proteções processuais ou exceções substanciais, que podem beneficiar um ou outro lado de uma disputa legal. Em um nível de apelação, eles também estão acostumados a julgar a constitucionalidade da legislação por referência a um padrão de proporcionalidade, ou uma forma semelhante de escrutínio elevado, que chama a atenção para a questão de se as leis são, de fato, produzidas sob medida para a consecução de seus objetivos. Isso também dá aos juízes tanto a expertise quanto o arcabouço institucional, necessários para identificar

¹⁰¹ JACKSON, Vicki C. Constitutional Law in an Age of Proportionality. In: **Yale Law Journal**, v. 124, p. 3094-3196, 2014.

¹⁰² Ver, por exemplo, *Brockett v. Spokane Arcades, Inc.*, 472 U.S. 491, 503 (1985). Em face e desafios aplicados à legislação, veja, por exemplo, *Ayotte v. Planned Parenthood of N. New Eng.*, 546 U.S. 320 (2006); FALLON JR., Richard H. As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing. In: **Harvard Law Review**, v. 113, 2000; KREIT, Alex. Making Sense of Facial and As-Applied Challenges. In: **William & Mary Bill of Rights Journal**, v. 18, p. 657-707, 2010; METZGER, Gillian E. Facial and As-Applied Challenges Under the Roberts Court. In: **Fordham Urban Law Journal**, v. 36, p. 773-799, 2008; PILON, Roger. Foreword: Facial v As-Applied Challenges: Does It Matter?. In: **Cato Supreme Court Review**, p. vii-xvii, 2008-2009.

¹⁰³ FALLON, supra nota 4, p. 1697.

pontos cegos de acomodação - ou maneiras pelas quais leis específicas poderiam ser produzidas mais sob medida para proteger os direitos individuais, seja no nível da (re)interpretação legal ou de sua reelaboração. Além disso, os tribunais têm duas ferramentas amplas para combater os pontos cegos desse tipo. Eles podem confiar em processos de “interpretação” legislativa para garantir que a legislação se aplique de uma forma que proporcione maior proteção aos direitos individuais, em um caso particular. Ou, em sistemas com remédios judiciais amplos ou fortes, eles podem invalidar a legislação que se aplica a um caso particular ou conjunto de casos, ou ler proteções adicionais dentro da legislação existente, de modo a combater diretamente os pontos cegos de acomodação.

O controle de constitucionalidade, nesse contexto, poderia ser entendido como desempenhando uma função semelhante à de um juiz em um tribunal de júri, ou um avaliador acadêmico em um processo de revisão por pares ou, alternativamente, um procedimento para o encerramento de um processo de divergência legislativa ampliada. Ao defender uma forma mais forte de controle de constitucionalidade, Fallon, por exemplo, sugere que uma comparação útil pode ser feita entre o papel dos tribunais e o dos júris em julgamentos criminais. Ao exigir que os jurados cheguem a um veredicto unânime, baseado em um padrão “além de uma dúvida razoável”, o sistema de júri ajuda a proteger a liberdade individual ou “inclina o sistema em uma direção pró-réu com base na premissa de que erros que resultam em condenações errôneas de inocentes são moralmente piores e, portanto, mais importantes de evitar, do que absolvições errôneas dos culpados.”¹⁰⁴ O controle de constitucionalidade, segundo Fallon sugere, desempenha uma função semelhante - cria um freio adicional, ou veto, sobre ação legislativa, o que reduz a chance de impor limitações injustificadas à liberdade individual.¹⁰⁵

Em uma teoria da forma fraca do controle de constitucionalidade, contudo, as cortes estão longe de ser verdadeiros atores com poder de “veto”. Eles são mais como um juiz de julgamento dando instruções a um júri; um juiz neste contexto pode ajudar a evitar uma série de falhas nos processos de deliberação do júri, incluindo a capacidade de certos modos de raciocínio ou

¹⁰⁴ Idem. p. 1695–96.

¹⁰⁵ Idem. p. 1695.

deliberação envolverem prejuízos imprevistos ao acusado (pontos cegos de aplicação), ou a possibilidade de entrar em uma alternativa, um veredicto inferior em determinadas circunstâncias (pontos cegos de acomodação). Eles também gozam de um importante grau de autoridade legal.¹⁰⁶ Mas eles não têm nenhum papel a desempenhar na determinação de questões fundamentais de culpa ou inocência; esta é uma questão deixada inteiramente para o júri. Da mesma forma, o argumento a favor da forma fraca de controle não depende de uma suposição de que “a ação legislativa é mais suscetível a violar direitos fundamentais do que é a inação legislativa”, ou que é melhor deixar dez culpados livres do que condenar uma pessoa inocente.¹⁰⁷ Uma teoria da forma fraca de controle é igualmente capaz de reconhecer os direitos à liberdade individual, dignidade e igualdade; trata os danos à liberdade individual causada por pontos cegos legislativos e danos à dignidade e igualdade individuais causados pela inércia legislativa como igualmente importantes no argumento a favor do controle de constitucionalidade.

Outra maneira de pensar sobre o papel da forma fraca de controle de constitucionalidade neste contexto pode ser por meio da comparação com o papel de um avaliador acadêmico ou revisor. Ao defender a ideia do controle de constitucionalidade como uma forma de contestação socrática, por exemplo, Kumm sugere que os tribunais desempenham um papel semelhante ao de um "editor" executivo para um livro: eles fazem perguntas projetadas para testar o objetivo de um livro e de sua audiência pretendida.¹⁰⁸ Numa teoria da forma fraca do controle de constitucionalidade, as cortes desempenharão tanto este *como* também um papel “editorial” muito mais amplo: elas se envolverão em uma leitura atenta de uma lei para determinar se ela está realmente sob medida para realizar o seu objetivo. Isso, na verdade, significará desempenhar um papel muito mais próximo do avaliador, ou mesmo do editor de redação, do que do editor executivo: significará identificar possíveis problemas ou abordagens que um autor negligenciou ou, até mesmo, formas alternativas de

¹⁰⁶ Cf. KUMM, supra nota 10, p. 165 (defendendo o papel dos tribunais como semelhante ao do advogado de júri, ao fazer perguntas para expor falhas e inconsistências no argumento de uma testemunha).

¹⁰⁷ FALLON, supra nota 4, p. 1696, 1710.

¹⁰⁸ KUMM, supra nota 10, p. 172.

expressar ideias ou objetivos específicos e, em seguida, convidar um autor para resolvê-los.

O próprio Waldron, de fato, reconhece explicitamente a capacidade desse tipo de cortes para combater tais bloqueios. No *Argumento Central*, ele observa seu “respeito” pelo argumento da forma fraca de controle de constitucionalidade que

(...) nem sempre pode ser fácil para os legisladores ver quais questões de direitos estão incorporadas em uma proposta legislativa apresentada a eles; pode nem sempre ser fácil para eles imaginar quais questões de direitos podem surgir de sua aplicação subsequente. Por isso, é útil ter um mecanismo que permita aos cidadãos trazer esses problemas para a atenção de todos à medida que eles surjam, (...)

e que isso, em si, pode fornecer um argumento a favor de um controle de constitucionalidade fraco, ou “algo como o sistema no Reino Unido, em que uma corte pode emitir uma declaração de que há uma importante questão de direitos em jogo”.¹⁰⁹ Ele, contudo, não fornece um relato completo de como os pontos cegos de aplicação e acomodação podem surgir mesmo em democracias relativamente bem-sucedidas ou, onde elas ocorrem, como os tribunais podem usar uma variedade de ferramentas legais diferentes para combatê-los.

2. Os ônus da inércia

Quanto aos ônus da inércia, os tribunais têm acesso mais ou menos às mesmas informações que os legisladores em relação às tendências da opinião constitucional democrática. Eles podem considerar pesquisas de opinião pública, evidências de movimentos de ativismo social em uma questão, e legislação (ou decisões judiciais) de outras jurisdições ou em um nível

¹⁰⁹ WALDRON, supra nota 1, p. 1370.

subnacional.¹¹⁰ Eles também podem ter acesso a informações adicionais sobre os pontos de vista de vários grupos da sociedade civil, através do processo de apresentação de *amicus*. Em comparação com os legislativos, os tribunais também têm maior margem para considerar questões importantes para minorias relativamente pequenas. Eles têm maior liberdade do que os legisladores para avaliar as reivindicações quanto à prioridade de várias questões com base em seu significado moral e político, em vez da projeção eleitoral imediata. Eles também enfrentam com frequência menor um intercâmbio compensatório direto na abordagem de questões de interesse para as minorias e majorias eleitorais. Até mesmo tribunais como a Suprema Corte dos EUA, como Frederick Schauer demonstrou, geralmente desempenham um papel pequeno em relação aos legisladores ao decidir as questões de maior importância para as majorias democráticas.¹¹¹ Ao selecionar casos que dizem respeito a apenas pequenas minorias, portanto, os tribunais farão menos para deslocar a atenção para questões de importância para majorias democráticas. Mesmo onde os tribunais enfrentam essa compensação, eles também podem ter um escopo maior do que muitas legislaturas modernas para expandir o número de questões que consideram dentro de um prazo: eles simplesmente têm mais liberdade de ação dentro das restrições institucionais existentes para expandir sua “pauta”.

Ao contrário dos legisladores, que podem ser constrangidos por líderes partidários ou normas de disciplina partidária, os juízes também estão quase totalmente livres da pressão partidária direta em sua capacidade de considerar questões específicas.¹¹² A natureza dos procedimentos judiciais e sua abertura a reclamações constitucionais individuais, também fornece um mecanismo natural pelo qual os tribunais são obrigados a considerar a possibilidade de que a legislação esteja sujeita aos vários tipos de ônus da inércia.

Novamente, os tribunais também têm duas ferramentas amplas que podem contrariar a inércia legislativa, uma vez que ela tenha sido identificada.

¹¹⁰ DIXON, A Democratic Theory of Constitutional Comparison, supra nota 54.

¹¹¹ SCHAUER, Frederick. Foreword: The Court's Agenda—And the Nation's. In: **Harvard Law Review**, v. 120, p. 4-64, 2006.

¹¹² Uma exceção importante é, naturalmente, o judiciário estadual em muitos estados dos EUA. FAILINGER, Marie A. Can a Good Judge Be a Good Politician? Judicial Elections from a Virtue Ethics Approach. In: **Missouri Law Review**, v. 70, p. 433-519, 2005.

Muitas vezes, o simples fato de um tribunal admitir um caso e, portanto, considerar publicamente uma questão, significará que a questão em si atrairá significativamente mais atenção da mídia e do público. Isso é particularmente verdadeiro nos Estados Unidos, dado o papel central da Suprema Corte na vida pública nacional, mas também, cada vez mais verdadeiro em muitas outras democracias constitucionais, incluindo aquelas com sistemas de forma fraca de controle.¹¹³ Em alguns casos, isso pode ser suficiente para criar pressão sobre os legisladores para que eles respondam às demandas de certos eleitores, que eles revisitem uma questão de acordo com a evolução dos entendimentos da maioria democrática. E, em outros casos, os tribunais terão o poder de superar a inércia - simplesmente substituindo um novo *status quo* legal que reformula o efeito ou a direção da inércia dentro do processo legislativo. Na maioria dos sistemas constitucionais, eles também podem fazer isso por meio da reinterpretação ou invalidação de leis existentes ou da leitura da legislação existente em uma nova predefinição de sua posição legal.

Os tribunais também não precisam se engajar conscientemente em formas “modernizadoras” de controle para combater a inércia legislativa. Os juízes podem interpretar o texto de uma constituição de acordo com seus próprios julgamentos sobre a linguagem constitucional e a história, e ainda, em alguns casos, alcançar um resultado que efetivamente atualize as práticas legislativas de acordo com os entendimentos predominantes da maioria democrática. Para que o controle de constitucionalidade enfrente os bloqueios políticos, tudo o que é necessário é que os juízes alcancem um *resultado* que efetivamente supere pontos cegos relevantes ou ônus da inércia, não que os próprios juízes estejam conscientemente comprometidos com este objetivo, ou mesmo sejam conscientes da existência desses bloqueios.

Tomemos um caso como *Roe*, que David Strauss identifica como tendo um caráter distintamente modernizador.¹¹⁴ A opinião da Corte em *Roe* claramente foi além do que era justificável sob uma abordagem modernizadora, ou uma abordagem baseada na ideia de cortes se opondo à inércia legislativa¹¹⁵ Ao endossar uma “estrutura trimestral” em *Roe*, um erro claro que

¹¹³ Ver, por exemplo, FLEMMING et al., supra nota 99; ROACH, supra nota 99.

¹¹⁴ Strauss, nota supra 60, p. 862, 901.

¹¹⁵ Idem.

o Justice Blackmun fez foi falhar em antecipar certas mudanças médicas nos anos seguintes a *Roe*, o que significava que o aborto se tornava cada vez mais seguro, mais tarde na gravidez, e o feto cada vez mais viável, antes do terceiro trimestre.¹¹⁶ Mesmo do ponto de vista médico, isso significava que grande parte do raciocínio em *Roe* estava "em rota de colisão consigo mesmo" a partir da década de 1980 em diante.¹¹⁷ Do ponto de vista democrático, a amplitude dos limites impostos pela estrutura trimestral também significou que a decisão estava, em última análise, em sério desacordo com a opinião majoritária nacional. Em 1975, quando a Gallup iniciou a pesquisa de opinião pública sobre a questão do aborto, apenas vinte e um por cento dos entrevistados disseram apoiar a ideia de que o aborto deveria ser "legal sob quaisquer circunstâncias".¹¹⁸ Um número igual (ou seja, vinte e dois por cento) apoiou a proibição do aborto em todas as circunstâncias, enquanto que, como já mencionado, cinquenta e quatro por cento dos entrevistados disseram apoiar que o aborto seria legal "em algumas circunstâncias".¹¹⁹

O efeito imediato da decisão, no entanto, foi forçar as legislaturas de todo o país a revisitar e revisar suas leis que regulam o acesso ao aborto.¹²⁰ Após *Roe*, a maioria dos Estados promulgou ou tentou promulgar legislação que regule e limita o acesso a abortos, por exemplo, exigindo consentimento / notificação dos pais ou do cônjuge,¹²¹ impondo períodos de espera obrigatórios antes do aborto e restringindo os locais nos quais os abortos poderiam ser realizados.¹²² Além disso, o financiamento federal dos abortos foi barrado (com

¹¹⁶ Ver, por exemplo, JAY D. IAMS, Preterm Birth, in OBSTETRICS: NORMAL AND PROBLEM PREGNANCIES 755, 822 (Steven G. Gabbe et al. eds., 4th ed. 2002); Randy Beck, Gonzales, Casey, and the Viability Rule, 103 NW. U. L. REV. 249 (2009); ver também Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 860 (1992).

¹¹⁷ City of Akron v. Akron Ctr. for Reprod. Health, 462 U.S. 416, 458 (1983) (O'Connor, J., dissenting), superado por Casey, 505 U.S. 833.

¹¹⁸ Abortion, GALLUP, <http://www.gallup.com/poll/1576/abortion.aspx> (acessado em 5 fev. 2017).

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ Ver DEVINS, nota supra 91; Susan B. Hansen, State Implementation of Supreme Court Decisions: Abortion Rates Since Roe v. Wade, 42 J. POL. 372 (1980); Richard Wasserman, Note, Implications of the Abortion Decisions: Post "Roe" and "Doe" Litigation and Legislation, 74 COLUM. L. REV. 237 (1974).

¹²¹ Ver Planned Parenthood of Cent. Mo. v. Danforth, 428 U.S. 52 (1976) (declarou a inconstitucionalidade da norma do estado de Missouri a qual requeria o consentimento dos pais e do cônjuge para a realização de aborto).

¹²² Ver City of Akron, 462 U.S. 416 (declarou a inconstitucionalidade de uma lei do estado de Ohio que requeria que todos os abortos realizados após o primeiro trimestre fossem feitos em um hospital, no qual a mulher deveria, após um período de espera de 24h, assinar um

exceções em casos de estupro, incesto ou ameaça à vida da mãe) através da passagem da Emenda Hyde em 1976.¹²³

Além disso, a capacidade dos tribunais de enfrentar os bloqueios desta forma geralmente não dependerá que as decisões judiciais tenham qualquer pretensão a uma finalidade legal ao estilo dos Estados Unidos. Para enfrentar os pontos cegos do legislativo, os tribunais frequentemente irão precisar simplesmente chamar a *atenção* dos legisladores para instâncias não intencionais ou desnecessárias de violação de direitos, enquanto que o Legislativo irá procurar então aprovar legislação corretiva para casos futuros.¹²⁴ Da mesma forma, para enfrentar os ônus da inércia, os tribunais precisam ou atrair maior atenção da mídia e do público para uma questão, ou mudar o padrão legal de uma maneira que reformule os efeitos do ônus da inércia dentro do processo legislativo.¹²⁵ Ambos os resultados também podem ser alcançados por decisões judiciais que são, em sua natureza, da forma fraca. De fato, em muitos casos, os tribunais poderão desempenhar esse papel mesmo *antes ou sem* que um caso chegue a um tribunal final de apelação.

O controle de constitucionalidade de forma fraca, neste contexto, pode ser entendido como desempenhando a mesma função nos EUA dos procedimentos para encerramento dos debates no Senado.¹²⁶ O próprio Waldron reconhece que alguns “limites” contramajoritários no processo de

formulário de consentimento, e consentimento dos pais no caso de adolescentes com menos de quinze anos).

¹²³ Ver DEVINS, nota supra 91, p. 80; MARY ZIEGLER, AFTER ROE: THE LOST HISTORY OF THE ABORTION DEBATE 50 (2015).

¹²⁴ Cf. FRANCESCA KLUG, VALUES FOR A GODLESS AGE: THE STORY OF THE UNITED KINGDOM'S NEW BILL OF RIGHTS (2000); Robert W. Bennett, Counter-Conversationalism and the Sense of Difficulty, 95 NW. U. L. REV. 845, p. 891–92 (2001); Tsvi Kahana, Understanding the Notwithstanding Mechanism, 52 U. TORONTO L.J. 221 (2002).

¹²⁵ Ver, por exemplo, Flemming et al., nota supra 99; Roach, nota supra 99.

¹²⁶ Outra analogia em potencial pode ser o papel das indicações no recesso para superação obstrução como obstáculo para a realização das medidas judiciais ou executivas apoiadas por maioria democrática. A analogia não envolve legislação, mas tem o benefício de destacando o grau em que simplesmente mudando a inadimplência legal, a revisão judicial pode ajudar a superar os bloqueios políticos relevantes ou a inércia. Ryan C. Black et al., Assessing Congressional Responses to Growing Presidential Powers: The Case of Recess Appointments, 41 PRESIDENTIAL STUD. Q. 570, 570 (2011); Pamela C. Corley, Avoiding Advice and Consent: Recess Appointments and Presidential Power, 36 PRESIDENTIAL STUD. Q. 670 (2006); Scott E. Graves & Robert M. Howard, Ignoring Advice and Consent? The Uses of Judicial Recess Appointments, 63 POL. RES. Q. 640 (2010); Patrick Hein, Comment, In Defense of Broad Recess Appointment Power: The Effectiveness of Political Counterweights, 96 CALIF. L. REV. 235 (2008); John Anthony Maltese, Confirmation Gridlock: The Federal Judicial Appointments Process Under Bill Clinton and George W. Bush, 5 J. APP. PRAC. & PROCESS 1 (2003).

tomada de decisões por maioria são legítimos e apropriados em um sistema legislativo que funcione bem. De fato, ele sugere que, em uma sociedade democrática, com instituições legislativas em relativo bom estado de funcionamento, os procedimentos para a produção legislativa serão “elaborados e responsáveis, e incorporarão várias salvaguardas, como o bicameralismo, um exame robusto das comissões e múltiplos níveis de consideração, debate e votação”.¹²⁷ Nos EUA, a garantia mais notável de “múltiplos níveis de consideração [e] debate” de um projeto de lei é também, claramente, a obstrução - ou a existência de regras do Senado que permitam que senadores individualmente, ou um grupo de senadores, falem por um período ilimitado de tempo em um projeto de lei, sem uma moção bem-sucedida de encerramento dos debates.¹²⁸

No entanto, como demonstra a prática recente dos EUA, se usado de forma muito consistente ou repetida, a obstrução também pode prejudicar a tomada efetiva de decisões legislativas, de acordo com os entendimentos da maioria democrática. Pode impedir que a legislação, com o claro apoio da maioria, alcance a votação completa do Senado ou um projeto de lei, com o apoio majoritário, de chegar ao plenário do Senado.¹²⁹ Ao permitir o término ou a superação de uma obstrução, uma moção de encerramento dos debates é, portanto, efetivamente uma forma de procedimento da grande maioria (isto é, um voto de 60 dos 100 senadores, ou “três quintos dos senadores devidamente escolhidos e jurados”) que ajuda a promover uma regra majoritária substantiva.¹³⁰ O controle de constitucionalidade, na argumentação realizada neste artigo, também poderia ser entendido como desempenhando uma função semelhante: depende de um procedimento não-majoritário para produzir um resultado mais consistente e pró-majoritário.¹³¹

III Este contra outros "argumentos centrais"

¹²⁷ Waldron, nota supra 1, p. 1361.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Ver, por exemplo, MIMI MARZIANI, BRENNAN CTR. FOR JUSTICE, FILIBUSTER ABUSE (2010); Catherine Fisk & Erwin Chemerinsky, The Filibuster, 49 STAN. L. REV. 181 (1997); Gerard N. Magliocca, Reforming the Filibuster, 105 NW. U. L. REV. 303 (2011); Benjamin Eidelson, Note, The Majoritarian Filibuster, 122 YALE L.J. 980 (2013).

¹³⁰ STANDING RULES OF THE SENATE, S. DOC. NO. 110-9, p. 15–16 (2007)

¹³¹ Cf. Mark A. Graber, The Countermajoritarian Difficulty: From Courts to Congress to Constitutional Order, 4 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 361 (2008); Graber, supra note 85, p. 35.

De muitas maneiras, este argumento a favor de um controle fraco também complementa uma série de outras defesas recentes do controle de constitucionalidade, oferecidas por outros estudiosos em resposta a Waldron. É, no entanto, ao mesmo tempo peculiar ao oferecer uma defesa do controle de constitucionalidade que seja, ao mesmo tempo, relativamente ampla e revisável em seu escopo – isto é, fraca *ex post*, mas forte ou ampla *ex ante*.

Fallon, por exemplo, em *O núcleo de um inquieto argumento a favor do controle de constitucionalidade*, sugere explicitamente que sua teoria do controle de constitucionalidade depende de “decisões judiciais que definem e reforçam os direitos fundamentais [tenham] algum grau de invulnerabilidade para anular a legislação ordinária”.¹³² Este, Fallon sugere, é o corolário lógico de uma teoria do controle de constitucionalidade, criar “oportunidades múltiplas de veto” contra a violação legislativa dos direitos.

A teoria de Fallon também fornece uma defesa do controle de constitucionalidade de um tipo apenas restrito ou limitado. Uma premissa chave da teoria de Fallon é que “a ação legislativa tem maior probabilidade de violar direitos fundamentais do que a inação legislativa”.¹³³ Isso, para Fallon, é uma importante base para o argumento de que os tribunais podem servir como um importante veto adicional à infração de direitos pelo legislativo: “[O] argumento a favor do controle de constitucionalidade em sociedades moral e politicamente não patológicas”, sugere Fallon, “baseia-se na suposição de que se tanto uma corte *ou* o legislativo acreditam que uma ação infringiria direitos individuais, o governo deveria ser impedido de realizá-la”.¹³⁴ Como assinala Mark Tushnet, no entanto, essa suposição também limita a relevância do argumento central de Fallon como uma defesa do controle de constitucionalidade em muitos sistemas constitucionais do mundo real:¹³⁵ como uma questão tanto de texto constitucional e de história, muitas democracias constitucionais simplesmente não endossam a suposição de estilo libertário de Fallon sobre a prioridade relativa das reivindicações de direitos baseados na liberdade, sobre as

¹³² Fallon, nota supra 4, P. 1733.

¹³³ Idem.

¹³⁴ Idem p. 1710.

¹³⁵ Idem p. 1706 (com ênfase)

reivindicações de igualdade e dignidade.¹³⁶ Como observa Tushnet, “[a]ssegurar que os fracassos governamentais de proteção não violem os direitos fundamentais é tomar uma posição controversa dentro do liberalismo moderno”.¹³⁷

O próprio Fallon também reconhece explicitamente que essa teoria não se sustenta em dois casos: primeiro, onde as legislaturas buscam “promover os direitos de uma classe de cidadãos sem ameaçar os direitos fundamentais de outra”; e segundo, onde o que está em jogo são “controvérsias de soma zero em que os direitos fundamentais são colocados um contra o outro e a superestimativa de um implica a subestimativa do outro”.¹³⁸ Como Tushnet novamente observa, em muitos países a prática do controle de forma fraca também envolve regularmente conflitos de direitos exatamente desse tipo - isto é, conflitos entre direitos como direitos à vida, dignidade e segurança da pessoa (aborto), liberdade e igualdade (discurso de ódio), devido processo, segurança e dignidade pessoal (justiça criminal), e propriedade, contrato e direitos socioeconômicos.¹³⁹ Isso é em parte porque as doutrinas da proporcionalidade são tão importantes na expansão da estruturação do processo de decisão constitucional.

Da mesma forma, ao defender a ideia de controle de constitucionalidade como a promoção de uma forma de “contestação socrática”, Matthias Kumm defende uma forma de controle baseada em direitos que é muito mais estreita do que a institucionalizada na maioria dos instrumentos constitucionais contemporâneos.¹⁴⁰ Um dos principais compromissos em uma democracia constitucional, argumenta Kumm, é a resolução de questões fundamentais de justiça por referência a normas de *motivação pública*. Para contar como legítimas em uma sociedade livre, as leis precisam ser capazes de se justificar para os indivíduos submetidos a elas “por

¹³⁶ Tushnet, Waldron’s and Fallon’s Core Cases, nota supra 54.

¹³⁷ Ver, por exemplo, MARTHA NUSSBAUM, LIBERTY OF CONSCIENCE: IN DEFENSE OF AMERICA’S TRADITION OF RELIGIOUS EQUALITY (2008). Deve ser anotado que Fallon intenciona fazer a alegação além do contexto Norte Americano, e assim não pode ser criticado por descaracterizar normas ou práticas comparadas. O único ponto é que suas alegações parece ter aplicação limitadas para fora dos EUA.

¹³⁸ Tushnet, Waldron’s and Fallon’s Core Cases, nota supra 54, p. 59.

¹³⁹ Fallon, nota supra 4, p. 1712–13

¹⁴⁰ Tushnet, Waldron’s and Fallon’s Core Cases, nota supra 54, p. 55–67.

motivos que eles possam aceitar razoavelmente.”¹⁴¹ Para Rawls, isso significava que uma sociedade precisava tanto proteger certos “fundamentos constitucionais” como a base para a legislação ordinária, quanto garantir que a deliberação sobre questões fundamentais de justiça ocorra com base em um compromisso com a razão pública.¹⁴² Waldron, no entanto, argumenta que há amplo escopo para desacordo razoável entre os cidadãos quanto ao escopo de vários fundamentos constitucionais em casos concretos. Isso significa que o principal compromisso remanescente de um ponto de vista político liberal é a tomada de decisão pública baseada no “julgamento coletivo da razão sobre o que a justiça e a boa política exigem”.¹⁴³

Kumm argumenta ainda que o controle baseado na proporcionalidade ao estilo europeu institucionaliza diretamente essa forma de compromisso com a ação pública baseada na razão. Primeiro, ele argumenta:

“(...) o próprio fato de os tribunais serem competentes para avaliar se os atos das autoridades públicas são suportados por razões plausíveis (...) lembra a todos que a autoridade legítima do ato jurídico [em uma democracia liberal] depende da possibilidade de justificá-lo com base em motivos que possam ser razoavelmente aceitos até mesmo pela parte que tem que arcar com a maior parte dos ônus da lei;”¹⁴⁴ e segundo, “não é de modo algum implausível que na prática o processo judicial funcione razoavelmente bem para produzir melhores resultados”,¹⁴⁵ em termos de uma conexão real entre a lei e a razão pública. O controle de constitucionalidade ao estilo europeu, Kumm observa, é semelhante a uma forma de engajamento socrático em seu foco na motivação pública: requer “autoridades públicas (...) para se defender, uma vez que o autor vai ao tribunal alegando que seus direitos foram violados”,¹⁴⁶ fornecendo razões para suas ações; e no âmago do processo de controle de constitucionalidade neste contexto está “o exame daquelas [razões]”, a fim de

¹⁴¹ Kumm, nota supra 10.

¹⁴² Idem p. 155; ver também JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* (1993); T.M. SCANLON, *WHAT WE OWE TO EACH OTHER* 12 (1998); Frank I. Michelman, *The Subject of Liberalism*, 46 *STAN. L. REV.* 1807 (1994) (reviewing JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* (1993)).

¹⁴³ RAWLS, nota supra 141, p. 227.

¹⁴⁴ Kumm, nota supra 10, p. 166.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ Idem p. 165.

determinar sua plausibilidade.¹⁴⁷ Esse entendimento, no entanto, sugere que o foco do controle de constitucionalidade em uma abordagem ao estilo socrático estarão no primeiro e no segundo, em vez do terceiro ou quarto estágios de um teste de proporcionalidade.

Para que uma lei seja consistente com os requisitos de razão pública, ela deve ter um propósito que qualquer cidadão possa ser esperado endossar razoavelmente, independentemente de sua visão de mundo particular. Certos propósitos legislativos são, portanto, descartados como ilegítimos nesse entendimento – por exemplo, propósitos que simplesmente refletem o animus em favor ou contra um grupo em particular, uma concepção integralmente tradicional ou convencional de moralidade ou outra doutrina religiosa ou abrangente. O controle de constitucionalidade baseado na proporcionalidade também pode ajudar a “desmascarar” ou servir como um limite nos propósitos de tipo ilegítimo do governo exigindo que os governos tanto articulem o propósito por trás de uma lei, *quanto* mostrem que tal propósito tem de fato alguma relação verdadeira para com a lei em questão.¹⁴⁸ Essa, na verdade, é a essência do primeiro e segundo estágios de um teste baseado na proporcionalidade, ou o que nos EUA é frequentemente chamado de controle de base racional “com mordida”.¹⁴⁹

O controle de constitucionalidade desse tipo também pode ser conduzido de maneiras que sejam mais ou menos conducentes à *real* motivação pública dos legisladores.¹⁵⁰ Ao identificar o objetivo da legislação ao conduzir um teste de proporcionalidade, por exemplo, os tribunais podem

¹⁴⁷ Ver WOJCIECH SADURSKI, RIGHTS BEFORE COURTS: A STUDY OF CONSTITUTIONAL COURTS IN POSTCOMMUNIST STATES OF CENTRAL AND EASTERN EUROPE 263–87 (2005). Para a revelação, ver *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 493 (1989); cf. Matthew C. Stephenson, Information Acquisition and Institutional Design, 124 HARV. L. REV. 1422 (2011).

¹⁴⁸ Ver, por exemplo, Gerald Gunther, Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, 86 HARV. L. REV. 1 (1972); Gayle Lynn Pettinga, Note, Rational Basis with Bite: Intermediate Scrutiny by Any Other Name, 62 IND. L.J. 779 (1987); Jeremy B. Smith, Note, The Flaws of Rational Basis with Bite: Why the Supreme Court Should Acknowledge Its Application of Heightened Scrutiny to Classifications Based on Sexual Orientation, 73 FORDHAM L. REV. 2769 (2005).

¹⁴⁹ Sobre a relevância desta distinção em Teoria Política, ver os debates entre Rawls e Habermas como também como o significado de democracia deliberativa. JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS (1996); Jürgen Habermas, Three Normative Models of Democracy, 1 CONSTELLATIONS 1 (1994); John Rawls, Reply to Habermas, 92 J. PHIL. 132 (1995); John Rawls, The Idea of Public Reason Revisited, 64 U. CHI. L. REV. 765 (1997).

¹⁵⁰ Ver, por exemplo, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 (Can.).

considerar toda a gama de propósitos que pode ser plausivelmente oferecida em defesa de uma lei no momento em que ela é contestada (em uma abordagem puramente “objetiva” ou “de propósito mutante”)¹⁵¹, o aparente propósito de uma lei no momento em que ela é promulgada (uma abordagem “subjéctiva”¹⁵²), ou a gama de propósitos plausíveis para uma lei, que encontra algum apoio no registro legislativo real (uma abordagem híbrida)¹⁵³. Um tribunal também tem maior chance de invalidar uma lei por esta não ter uma base racional tanto na segunda quanto na terceira dessas abordagens. Isso significará que o controle de constitucionalidade tem maior probabilidade de levar uma questão a ser “repassada” ao legislativo para posterior deliberação, de acordo com os requisitos de motivação pública. E, para muitos democratas deliberativos, essa forma de motivação pública efetiva é extremamente importante para assegurar a legitimidade da legislação.¹⁵⁴

O que uma abordagem sócrática do controle de constitucionalidade geralmente não envolve, no entanto, é o foco nos *efeitos* de uma lei sobre o gozo de direitos individuais, ou a terceira ou quarta etapas de um teste de proporcionalidade. Em alguns casos, como observou a Suprema Corte dos Estados Unidos, o ajuste entre uma lei e seu propósito declarado pode ser tão ruim, ou “irregular que, de pronto, racionalmente não pode ser entendido como outra coisa senão” uma lei com um propósito proibido.¹⁵⁵ Porém, além desses casos de efeitos bizarros ou irregulares, o foco no propósito legislativo não requer consideração de questões de adaptação restrita ou de verdadeira proporcionalidade. Ou, pelo menos, sugere que, quando questões deste tipo estão em jogo, os tribunais devem tender a ser bastante deferentes às opiniões constitucionais legislativas. Onde houve “um debate parlamentar sério, extensivo e mutuamente respeitoso” antes da decisão sobre uma questão constitucional, Kumm sugere, isso fornecerá uma “boa razão para o tribunal ser

¹⁵¹ O termo subjéctivo, claro, de alguma forma se enganosa, como continua sendo uma questão de constrição coletiva do propósito da legislatura, como questão de interpretação, mais do que intenções de indivíduos. Ver, por exemplo, *Bruesewitz v. Wyeth L.L.C.*, 562 U.S. 223, 243–44 (2011) (majority opinion); *Id.* (Breyer, J., concurring); Stephen Breyer, *On the Uses of Legislative History in Interpreting Statutes*, 65 S. CAL. L. REV. 845 (1992).

¹⁵² Ver, por exemplo, *Watchtower Bible & Tract Soc’y of N.Y., Inc. v. Vill. of Stratton*, 536 U.S. 150 (2002).

¹⁵³ Ver, por exemplo, SUNSTEIN, nota supra 60.

¹⁵⁴ *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900, 901 (1995); ver também *Gomillion v. Lightfoot*, 364 U.S. 339 (1960); *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886).

¹⁵⁵ Kumm, supra note 10, p. 167 (com ênfase)

deferente ao resultado alcançado” porque tal resultado é “altamente provável de ser baseado em *razões plausíveis*”.¹⁵⁶ Ao fornecer um argumento central para o controle de forma forte, Fallon também endossa uma abordagem bastante deferente pelos tribunais sempre que “o legislativo se esforçou conscientemente para determinar qual das duas reivindicações de direitos fundamentais concorrentes merece prevalecer”, ou está buscando avançar na proteção de um direito, na ausência de qualquer reivindicação concorrente séria de proteção de direitos individuais.¹⁵⁷

Uma grande parte da prática real de controle de constitucionalidade em países com formas fortes e fracas de controle, em contraste, envolve a terceira e quarta etapas de um teste de proporcionalidade e uma abordagem muito menos deferente pelos tribunais para ponderar direitos e interesses constitucionais concorrentes.¹⁵⁸

Considere o controle de constitucionalidade da legislação sobre o aborto. Para Waldron, o debate legislativo sobre a reforma da lei do aborto que ocorreu no Reino Unido em 1967 é um exemplo-chave do tipo de debate ativo e abrangente dentro das legislaturas sobre questões baseadas em direitos que sustentam o *Argumento Central*. Decisões judiciais sobre o aborto, como *Roe v. Wade*,¹⁵⁹ argumenta Waldron, mal se comparam a esse tipo de debate legislativo. Em *Roe*, ao derrubar uma lei do Texas proibindo o acesso ao aborto, o juiz Blackmun, escrevendo para a maioria, afirmou que a Constituição protege o direito da mulher de interromper uma gravidez como parte de um direito constitucionalmente reconhecido à “privacidade pessoal”, mas forneceu razões relativamente tênues para esta conclusão, simplesmente observando que se um direito desse tipo é

¹⁵⁶ Fallon, nota supra 4, p 1730.

¹⁵⁷ Ver, por exemplo, Benjamin L. Berger, Section 1, Constitutional Reasoning and Cultural Difference: Assessing the Impacts of *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 51 SUP. CT. L. REV. 25 (2010) (destacando o terceiro e quarto estágios como importantes para os casos futuros de Carter); Leon E. Trakman, William Cole-Hamilton & Sean Gatién, *R. v. Oakes* 1986–1997: Back to the Drawing Board, 36 OSGOODE HALL L.J. 83 (1998) (destacando o terceiro estágio como crítico para os canadenses); ver também Sujit Choudhry, So What Is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis Under the Canadian Charter’s Section 1, 34 SUP. CT. L. REV. 501 (2006); Hogg & Bushell, nota supra 7.

¹⁵⁸ 410 U.S. 113 (1973).

¹⁵⁹ *Idem* p. 153.

“fundado no conceito da 14^a Emenda de liberdade pessoal e restrições à ação estatal, como achamos que é, ou, como o Tribunal Distrital determinou, na reserva da Nona Emenda de direitos ao povo, é amplo o suficiente para englobar a decisão de uma mulher de interromper ou não a sua gravidez.”¹⁶⁰

Da mesma forma, o juiz Blackmun evitou explicitamente “resolver a difícil questão de quando a vida começa”, ou chegar a qualquer conclusão quanto aos direitos do feto sob a Décima Quarta Emenda.¹⁶¹ A Corte, portanto, não se engajou numa análise extensiva dos argumentos morais e políticos sobre tanto o lado pró-escolha *como* o pró-vida dos debates sobre o aborto, nem demonstrou respeito explícito a pontos de vista dissidentes sobre a questão, de modo que viesse a desenvolver noções vigentes de motivação pública.¹⁶²

Para justificar o *resultado* em um caso como o de *Roe*, sob uma abordagem socrática, seria ainda necessário mostrar que a proibição criminal do aborto por estados como o Texas não era de fato sustentada por nenhuma razão pública legítima – por exemplo, que esta era baseada puramente, ou pelo menos primordialmente, seja em entendimentos religiosos (isto é, tipos de compreensões não públicas) da santidade da vida fetal, ou “visões patriarcais tradicionais sobre os papéis de gênero que colocaram importância central no controle masculino sobre a sexualidade feminina”.¹⁶³

A evidência nos Estados Unidos, no entanto, sugere que isso está longe de ser o caso. Restrições ao acesso ao aborto são frequentemente planejadas para afirmar e promover o valor da vida fetal, não apenas do ponto de vista religioso.¹⁶⁴ Como o Tribunal Constitucional Alemão sugeriu no *Caso do Aborto I*, um propósito legislativo deste tipo pode simplesmente refletir um

¹⁶⁰ Idem p. 159.

¹⁶¹ Ver Waldron, nota supra 1, p. 1383–85.

¹⁶² Kumm, nota supra 10, p. 167.

¹⁶³ Ver, por exemplo, Frances Kissling, *Is There Life After Roe? How to Think About the Fetus*, 25 CONSCIENCE 10, 11 (2004); Reva B. Siegel, *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions Under Casey/Carhart*, 117 YALE L.J. 1694 (2008).

¹⁶⁴ Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] Feb. 25, 1975, 39 ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHT [BVerfGE] 1 (Ger.); ver também Rosalind Dixon & Martha C. Nussbaum, *Abortion, Dignity and a Capabilities Approach*, in FEMINIST CONSTITUTIONALISM: GLOBAL PERSPECTIVES 64, 64–65 (Beverly Baines, Daphne Barak-Erez & Tsvi Kahana eds., 2012)

compromisso constitucional compartilhado para afirmar a dignidade universal de todos os seres humanos, atuais e futuros, atuais e potenciais, e assim não envolver qualquer endosso de um ponto de vista religioso ou abrangente específico sobre o ponto no qual a vida humana realmente começa.¹⁶⁵ Embora leis desse tipo possam *impactar* adversamente a liberdade e a igualdade das mulheres,¹⁶⁶ elas não precisam ter também esse propósito, nem o propósito de promover as noções tradicionais do papel das mulheres.

Para justificar a fundamentação do Tribunal em casos como o de *Roe*, seria também necessário ter em conta a ênfase do Tribunal em questões de adaptação limitada, ou considerar que a lei em questão "é demasiado ampla" na busca pela promoção de um interesse legítimo do Estado.¹⁶⁷ Em *Roe*, o juiz Blackmun foi muito além da questão de saber se o Estado tem um propósito *legítimo* de restringir o acesso ao aborto sob a Constituição.¹⁶⁸ Em vez disso, ele estabeleceu uma estrutura ampla, baseada no estágio relevante (ou trimestre) da gravidez da mulher e o interesse do Estado em particular, quando um estado poderia impor limites ao direito constitucional de uma mulher de realizar um aborto.¹⁶⁹ O aborto não pode ser proibido, de acordo com esta estrutura, antes do final do segundo trimestre da gravidez, ou de o feto tornar-se viável (e, somente então, se a proibição em questão fosse direcionada para proteger a vida fetal e contivesse uma exceção nos casos em que uma gravidez ameaçava a vida ou a saúde de uma mulher). Também poderia ser regulamentado somente após o final do primeiro trimestre, e somente com o objetivo de proteger a saúde das mulheres - e não proteger a vida fetal. Enquanto o Tribunal anulou esta estrutura trimestral em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*,¹⁷⁰ também criou um novo teste - se uma lei que regula a prática do aborto impõe um "fardo indevido" em sua realização - que muito explicitamente chamou a atenção para o *impacto* de uma lei sobre

¹⁶⁵ Ver, por exemplo, *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, 180 (Can.); SUNSTEIN, nota supra 60, p. 18.

¹⁶⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 164 (1973).

¹⁶⁷ *Idem* p. 163; SUNSTEIN, nota supra 60, p. 37.

¹⁶⁸ Para compreensão da decisão ver SUNSTEIN, nota supra 60, p. 18 ("Esta decisão foi ampla para assentar uma gama de questões relacionadas ao aborto.")

¹⁶⁹ 505 U.S. 833, 872 (1992).

¹⁷⁰ Ver, por exemplo, *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007); *Casey*, 505 U.S. at 924-25 (invalidando os requerimentos de notificação do cônjuge).

a realização do aborto pelas mulheres, em sua pré-viabilidade, ou à saúde materna, em sua pós-viabilidade.¹⁷¹

Da mesma forma, em sua decisão histórica no caso *Morgentaler*, o Canadá votou a favor da derrubada da lei federal que exigia que abortos fossem feitos em hospitais especialmente credenciados e aprovados pelo comitê de aborto terapêutico de um hospital, com vários membros da Suprema Corte do Canadá afirmando que a lei em questão era “uma completa negação do direito constitucionalmente protegido da mulher” de realizar o aborto, e portanto não estreitamente adaptado, ou consistente com a noção de prejuízo mínimo sob a seção 1 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades.¹⁷² Muitas decisões comparativas de aborto também têm uma estrutura similar: como nos EUA e no Canadá, elas se concentram em questões de comprometimento mínimo e de verdadeira proporcionalidade, e não simplesmente se o propósito da legislatura em adotar tais leis pode ser considerado legítimo.¹⁷³ Além disso, ao responder a essa pergunta, os tribunais exercem rotineiramente um grau significativo de julgamento independente, e não se limitam a adotar todas as opções de política legislativa “razoável”.

Uma terceira justificativa baseada em processo para o controle de constitucionalidade, apresentada por Alon Harel e Tsvi Kahana, também defende uma forma de controle de constitucionalidade que é, em última instância, muito mais estreita do que esse tipo de análise ampla e baseada em efeitos da razoabilidade da legislação que impõe limites aos direitos. Uma das principais virtudes processuais do controle de constitucionalidade, Harel e Kahana argumentam, é que ela fornece aos indivíduos prejudicados por uma legislação específica o “direito a uma audiência” - ou seja, uma oportunidade de expressar uma queixa, receber uma explicação que aborde essa queixa e

¹⁷¹ R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, 180, 183 (Can.).

¹⁷² Ver, por exemplo, Colombia e Alemanha, apesar de não haver diferenças em potencial em termo de revisão abstrata. See, e.g., Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], mayo 10, 2006, Dr. Jaime Araújo Rentería & Dra. Clara Inés Vargas Hernandez, Sentencia C-355, CORTE CONSTITUCIONAL, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>; Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] May 28, 1993, 88 ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHT [BVerfGE] 203 (Ger.) [Abortion II]; Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] Feb. 25, 1975, 39 ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHT [BVerfGE] 1 (Ger.) [Abortion I]; Ver também Jose Manuel Cepeda & David Landau, Colombian Constitutional Law (2016) (manuscrito não publicado) (arquivo com o autor).

¹⁷³ Ver Yuval Eylon & Alon Harel, The Right to Judicial Review, 92 VA. L. REV. 991, 997 (2006). Ver Harel & Kahana, supra note 10, p. 238–51.

ter um direito particular respeitado se a violação de direitos não fosse de fato justificada nas circunstâncias.¹⁷⁴ Um direito desse tipo, no entanto, apenas justifica o controle de constitucionalidade aplicado a um indivíduo em particular, em um caso concreto específico, e não o tipo de desafio frontal à legislação em questão em casos como *Roe* ou *Morgentaler*. Para um controle constitucional mais amplo deste tipo ser justificado, como Harel e Kahana reconhecem, deve haver algumas considerações adicionais, mais contingentes, baseadas em resultados - como um desejo particular de certeza ou previsibilidade jurídica - que justifiquem conferir às decisões judiciais o efeito *erga omnes*.¹⁷⁵

Da mesma forma, Harel e Kahana sugerem especificamente que a capacidade do controle de constitucionalidade para fornecer uma "audiência" a indivíduos lesados é maior quando o controle de constitucionalidade é, em sua forma, forte ao invés de fraco. Uma audiência genuína, argumentam eles, exige "uma disposição principiológica para reconsiderar sua decisão à luz da deliberação moral" sobre sua correção.¹⁷⁶ Se uma decisão judicial pode ser revertida simplesmente com base em um *desacordo democrático* com a decisão, isso também será diretamente inconsistente com a noção de uma audiência genuína para indivíduos prejudicados pela ação do governo.

Em trabalhos subsequentes, Harel e Shinar sugerem que isso nem sempre pode ser fatal para a capacidade de sistemas de controle de forma fraca fornecer uma audiência a indivíduos lesados. Tribunais, em tais sistemas, eles sugerem, podem desempenhar o importante papel de "facilitar a audiência de reclamações e (...) chamar a atenção para as particularidades de tais queixas", ou induzindo órgãos não adjudicativos a estarem *atentos* a tais queixas.¹⁷⁷ Mas eles também enfatizam que os sistemas de forma fraca tendem a ter um desempenho pior do que os sistemas de forma forte ao promover a reconsideração de decisões anteriores. O tipo de reconsideração conduzido por órgãos não adjudicativos, eles sugerem, é "mais remoto, difuso e menos focado na queixa particular em jogo" do que o conduzido pelos

¹⁷⁴ Ver Harel & Kahana, nota supra 10, 251–52.

¹⁷⁵ *Idem* p. 243.

¹⁷⁶ Harel & Shinar, nota supra 11, p. 973.

¹⁷⁷ *Idem*.

tribunais e, portanto, geralmente não tão “atento total e completamente a esta queixa” como o próprio processo judicial.¹⁷⁸

Uma das dificuldades em quase todas as respostas existentes para a Waldron, portanto, é que elas não explicam adequadamente tanto a não finalidade *quanto* a amplitude do controle de constitucionalidade contemplado por muitos sistemas do mundo real de controles de forma fraca. Para ser útil, como observa Kumm, as defesas teóricas do controle de constitucionalidade também precisam “tanto se encaixar na prática que [elas] procuram defender como articular o que é atraente sobre ele”.¹⁷⁹

CONCLUSÃO

No *Argumento Central*, Waldron distingue explicitamente entre as razões relacionadas ao resultado e ao processo em favor do controle de constitucionalidade: as razões relacionadas ao resultado baseiam-se na capacidade de uma instituição particular de fazer o melhor trabalho no cumprimento dos direitos fundamentais, com o menor número de efeitos colaterais;¹⁸⁰ enquanto que as razões baseadas no processo estão preocupadas com questões de “voz ou justiça” intrínsecas a diferentes procedimentos de tomada de decisão.¹⁸¹ O argumento neste Artigo é também focado exclusivamente em resultados.¹⁸² Isto significa que são necessárias várias qualificações, quanto ao escopo do argumento.

Em primeiro lugar, não pretende fazer qualquer reivindicação quanto aos benefícios reais versus custos do controle de constitucionalidade em qualquer democracia constitucional do mundo real. Para fazê-lo, seria necessário realizar uma análise empírica abrangente da prática atual do constitucionalismo legislativo e judicial em um determinado país, e depois pesar as evidências de desempenho institucional relativo com base nessa

¹⁷⁸ Kumm, nota supra 10, p. 154

¹⁷⁹ Waldron, nota supra 1, p. 1376 (citando J. Raz, *Disagreement in Politics*, 43 AM. J. JURIS. 25, 45 (1998)).

¹⁸⁰ Waldron, nota supra 1, p. 1386

¹⁸¹ Para versões mais orientadas do argumetno, ver minha ênfase anterior em “pontos de perspectiva cega”: Dixon, *Charter Dialogue*, supra note 7; Dixon, *Creating Dialogue About Socioeconomic Rights*, nota supra 42.

¹⁸² Ver, por exemplo., SADURSKI, nota supra 146, p. 263–87; ver também Roux, nota supra 55.

pesquisa.¹⁸³ Idealmente, uma avaliação deste tipo deve também incluir a atenção aos potenciais pontos fortes e fracos de várias outras instituições independentes, como as comissões de igualdade ou de direitos humanos, como potenciais substitutos para, ou complementos para, as formas de controle de constitucionalidade baseadas em direitos.¹⁸⁴ E, como Waldron, Kumm e outros observaram, uma análise desse tipo é necessariamente inconsistente com a tentativa de desenvolver um argumento geral a favor do controle de constitucionalidade, que possa ser aplicado pelos países.¹⁸⁵

Em segundo lugar, como argumento favorável ao controle de constitucionalidade em qualquer cenário do mundo real, os argumentos apresentados devem ser ponderados em relação aos *perigos* potenciais ou custos associados ao controle de constitucionalidade. Um dos principais perigos associados à forma forte de controle, por exemplo, é o perigo de “debilitação” legislativa - isto é, o perigo de que, à sombra do controle de constitucionalidade, os legisladores não mais levarão a sério seu dever de se engajar em processos de deliberação constitucional. Em vez disso, adotarão a legislação que sabem ter defeitos constitucionais, sabendo que, no devido tempo, os tribunais irão ou derrubar a legislação ou corrigir os defeitos relevantes. Esse perigo foi identificado pela primeira vez por James Bradley Thayer como um argumento a favor de um controle de constitucionalidade estrito ou deferente *ex ante* pela Suprema Corte, mas também foi feito por muitos críticos contemporâneos do controle de constitucionalidade.¹⁸⁶ Como observa Tushnet, ele também fornece um dos mais importantes argumentos baseados em resultados a favor de um controle de forma fraca superior ao forte: é muito menos provável, em um sistema de controle de forma fraca, que os legisladores estejam sujeitos a uma debilitação desse tipo. Há muito menos chance, sob um sistema de controle de forma fraca, de que os defeitos patentes sejam, de fato, corrigidos pelos tribunais; há também uma maior

¹⁸³ Cf. David Landau, *Substitute and Complement Theories of Judicial Review*, 92 IND. L.J. (2017); ver também Harel & Shinar, nota supra 11, p. 963. Minha visão própria nas comissões de direitos humanos são extremamente importantes como complementos mas não como substitutivos no contexto: crucialmente elas normalmente faltam com poderes coercitivos necessários para ter poder suficiente para bloqueio na legislatura.

¹⁸⁴ Ver, por exemplo, SADURSKI, nota supra 146.

¹⁸⁵ Ver, por exemplo, Waldron, nota supra 1, p. 1403.

¹⁸⁶ *Idem* p. 1378.

possibilidade de os legisladores aplicarem suas próprias opiniões constitucionais.

Além disso, em muitos sistemas do mundo real de controle de forma fraca, há uma série de mecanismos institucionais projetados para promover as chances de deliberação ativa por parte dos legisladores. O próprio Waldron, de fato, observa esses procedimentos como um argumento contra o controle de forma forte: muitos sistemas com controle de constitucionalidade fraco, ele observa, “fazem provisão específica no processo legislativo para questões de direitos a serem destacadas” em um estágio de pré-promulgação através de uma exigência de que aqueles que introduzem uma legislação façam uma declaração de compatibilidade em relação aos direitos humanos, ou que a legislação seja examinada por um comitê legislativo com responsabilidade pelos direitos humanos.¹⁸⁷ Gardbaum também identifica isso como um dos dois principais aspectos distintivos dos modelos recentes de controle de forma fraca, no que ele descreve como o “novo constitucionalismo da Commonwealth”.¹⁸⁸

Também está longe de ficar claro, porém, que esses mecanismos de escrutínio legislativo promoveram, de fato, deliberações constitucionais *significativas* sobre direitos por parte dos legisladores. Em alguns casos, eles não levaram a uma consideração bastante elaborada de questões baseadas em direitos pelos legisladores,¹⁸⁹ e em outros, aos legisladores que buscavam legislação “à prova de litígios”, em vez de se engajar em deliberações verdadeiras sobre questões de desacordo moral e político.¹⁹⁰ Isso, como vários estudiosos notaram, é também um claro custo para o controle de constitucionalidade; uma distorção deste tipo é muito menos provável sob um sistema de pura supremacia legislativa do que um sistema que tem alguma forma de controle de constitucionalidade forte ou fraco.¹⁹¹

¹⁸⁷ Ver GARDBAUM, THEORY AND PRACTICE, nota supra 6, p. 22–24; Gardbaum, *New Model*, nota supra 6.

¹⁸⁸ Ver JANET L. HIEBERT & JAMES B. KELLY, *PARLIAMENTARY BILLS OF RIGHTS: THE EXPERIENCES OF NEW ZEALAND AND THE UNITED KINGDOM* (2015). Na Austrália, por exemplo, George Williams & Daniel Reynolds, *The Operation and Impact of Australia's Parliamentary Scrutiny Regime for Human Rights*, 41 *MONASH U. L. REV.* 469 (2015).

¹⁸⁹ Ver, por exemplo, HIEBERT & KELLY, nota supra 187 (Canada).

¹⁹⁰ Ver GARDBAUM, THEORY AND PRACTICE, nota supra 6.

¹⁹¹ Ver BELLAMY, nota supra 2; ver também Roux, nota supra 55.

A fim de fazer qualquer avaliação significativa dos benefícios e custos gerais para o controle de forma fraca em qualquer contexto particular, seria, portanto, claramente necessário fazer uma avaliação empírica bastante detalhada do desempenho institucional real dos tribunais e legislaturas, em vários contextos. Em última análise, a questão seria, então, se um tribunal estava realmente ajudando a combater os bloqueios legislativos, ou se estava criando contribuições para a debilitação ou distorção legislativa.

Uma das desvantagens do *Argumento Central* é que é necessária uma visão bastante binária, estilizada e estática dos requisitos para que um sistema democrático tenha instituições em "condições de trabalho relativamente boas". A realidade da maioria das democracias constitucionais do mundo real, em contraste, é que o desempenho de diferentes instituições variará ao longo do tempo e em diferentes contextos, de modo que o escopo desejável do controle de constitucionalidade também irá variar de acordo com as condições políticas vigentes.¹⁹²

Este Artigo também poderia estar sujeito a objeções semelhantes: ele procura apresentar um argumento *geral* a favor da conveniência democrática do controle de constitucionalidade de forma fraca como um meio de combater bloqueios - isto é, pontos cegos e ônus da inércia - que rotineiramente surgem mesmo em processos democráticos em bom funcionamento. Ao fazê-lo, no entanto, ele também procura desenvolver uma descrição mais refinada do que Waldron sobre o funcionamento real das legislaturas do mundo real "em bom estado de funcionamento" - isto é, que está atento ao papel das pressões de carga de trabalho, vieses comportamentais e a concorrência entre partidos políticos, como potencialmente limitando (assim como habilitando) as capacidades das legislaturas consistentemente para proteger os direitos, até mesmo de um tipo reconhecido ou apoiado por maiorias democráticas.

Muito mais trabalho ainda precisa ser feito sobre como as instituições constitucionais, e as doutrinas, devem ser projetadas de modo a responder a esses bloqueios legislativos, em diferentes sistemas constitucionais. Há

¹⁹² Ver, por exemplo, Roux, nota supra 55. Em movimentos sociais e em estruturas de suporte jurídico especificadamente, ver, por exemplo, CHARLES R. EPP, *THE RIGHTS REVOLUTION: LAWYERS, ACTIVISTS, AND SUPREME COURTS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* (1998); MICHAEL W. MCCANN, *RIGHTS AT WORK: PAY EQUITY REFORM AND THE POLITICS OF LEGAL MOBILIZATION* (1994); *LITIGATING HEALTH RIGHTS: CAN COURTS BRING MORE JUSTICE TO HEALTH?* (Alicia Ely Yamin & Siri Gloppen eds., 2011).

também a necessidade de mais trabalhos sobre como os compromissos com o controle de forma fraca devem ser institucionalizados em contextos em que haja uma clara ameaça à democracia política ou ameaça de constitucionalismo abusivo.

Parte do objetivo deste artigo, entretanto, é mostrar que o trabalho em curso desse tipo é de fato justificado - isto é, que existem respostas *gerais* suficientemente persuasivas a Waldron quanto à conveniência democrática de formas fracas de controle de constitucionalidade, que vale a pena continuar a desenvolver mais explicações específicas do contexto e empiricamente fundamentadas desse tipo quanto à conveniência do papel de tribunais constitucionais específicos. Relatos deste tipo irão inevitavelmente variar entre os países, dependendo da capacidade institucional e do desempenho passado dos tribunais e legislaturas no sistema relevante, e do grau de apoio ao litígio constitucional na cultura política e legal mais ampla. Mas uma coisa que quase todos eles têm em comum é a crença de que, sob as condições certas, os tribunais *podem*, de fato, desempenhar um papel importante em melhorar, em vez de enfraquecer, o desempenho constitucional democrático geral - mesmo em face do desacordo razoável, no estilo Waldron, sobre o escopo e conteúdo dos direitos constitucionais.¹⁹³

¹⁹³ Cf. Samuel Issacharoff, *Constitutional Courts and Democratic Hedging*, 99 GEO. L.J. 961 (2006).