

A TEORIA PROCEDIMENTALISTA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DE J. H. ELY

ANA LUIZA ALMEIDA FERRO

Promotora de Justiça do Estado do Maranhão

RESUMO: O presente artigo enfoca a teoria de interpretação constitucional de John Hart Ely, autor de tendência formalista, que defende uma forma de controle de constitucionalidade, de tom procedimentalista, justificada na própria natureza da Constituição dos Estados Unidos e no sistema americano de democracia representativa, orientada para questões de participação e não para os méritos substantivos da escolha política sob ataque, buscando a afirmação, pelas cortes em geral e especialmente pela Suprema Corte americana, dos direitos encontrados no próprio texto constitucional, dos que são pré-requisitos para a participação política e dos que estão incluídos entre aqueles que a maioria controladora assegurou para si.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; John Hart Ely; controle de constitucionalidade; participação política.

ABSTRACT: This article focuses on John Hart Ely's theory of constitutional interpretation. He is considered as a formalistic author, who proposes a form of procedural judicial review justified in the very nature of the American Constitution and in the American system of representative democracy, oriented to participation matters and not to the substantive merits of the political choice under attack, in the search of affirmation, by the courts in general and specially by the American Supreme Court, of the rights found in the very constitutional text, of those which are pre-requisites for political participation and of those included among those rights which the controlling majority has assured to itself.

KEY WORDS: Constitutional Law; John Hart Ely; judicial review; political participation.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A teoria geral de Ely. 3. A crítica à teoria. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

As reflexões sobre o Direito e a Justiça e as questões concernentes à definição dos rumos da hermenêutica constitucional sempre inspiraram e ainda inspiram diversos pensadores ao longo dos tempos. O edifício do conhecimento construído sob tais alicerces não é obra de poucos, porém de muitos arquitetos e artífices como Hans Kelsen, Niklas Luhmann, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, John Rawls, Konrad Hesse, Peter Häberle, Friedrich Müller, José Joaquim Gomes Canotilho, entre outras figuras de expressão. John Hart Ely é mais uma estrela dessa constelação, detentor de brilho próprio, cuja teoria de controle jurisdicional oferece importantes contribuições às temáticas da relação entre o Direito, a Política e a Justiça e da relação entre o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário, bem assim da moderna interpretação constitucional, reconhecidas no universo jurídico-acadêmico americano e mesmo internacional.

Ely, professor de Direito Constitucional falecido em 2003, é o quarto jurista americano mais freqüentemente citado de todos os tempos, segundo estudos publicados em janeiro de 2000, divulgados pelo *Journal of Legal Studies*, da Universidade de Chicago. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (pelo qual foi agraciado com o prêmio *Order of the Coif Triennial Book Award*, como melhor livro sobre direito publicado em 1980-82), *War and Responsibility* (1993) e *On Constitutional Ground* (1996) são seus principais trabalhos. A primeira obra mencionada constitui o livro jurídico mais citado desde 1978, tendo sido referido 1.460 vezes.¹

De tendência formalista, propugna uma forma de controle de constitucionalidade, justificada na própria natureza da Constituição dos Estados Unidos e no sistema americano de democracia representativa, orientada para questões de participação e não para os méritos substantivos da escolha política sob ataque. Na sua concepção, as cortes devem proteger os direitos identificados com alguma especificidade na Carta Constitucional como habilitados à proteção, em especial direitos de acesso político e direitos de igualdade. Sua teoria, de tom procedimentalista, invoca sempre a autoridade do texto e do contexto da Constituição, buscando a afirmação, pelas cortes em geral e particularmente pela Suprema Corte americana, dos direitos encontrados no próprio texto constitucional, dos que são pré-requisitos para a participação política e dos que estão incluídos entre aqueles que a maioria controladora garantiu para si. Conquanto concebida visando à realidade americana, a teoria, pela sua abordagem formal e procedimentalista, pode proporcionar significativas contribuições em outros universos, de características diversas, como o canadense, por exemplo, hipótese explicitamente sustentada pelo doutrinador na obra *On Constitutional Ground* (ELY, 1996, p. 18-24), ou mesmo como o brasileiro, em casos envolvendo, *exempli gratia*, discriminação racial.

¹ Cf. (UNIVERSITY OF MIAMI SCHOOL OF LAW, 2000). Essa mesma fonte informa que a obra *Law's Empire*, de Ronald Dworkin, ocupa o segundo lugar, com 904 citações.

É irrefragável que Ely é uma estrela de primeira grandeza do moderno mundo jurídico acadêmico e um importante escritor contemporâneo em teoria política do ponto de vista do Direito Constitucional americano. Para fins deste artigo, pretende-se apresentar um breve trabalho de exposição e compreensão dos principais pontos de sua teoria, como tributo e contributo aos estudos de Direito Constitucional Comparado. A análise do tratamento da matéria constitucional na doutrina e jurisprudência estrangeira pode fornecer contribuições relevantes para o enriquecimento do Direito Constitucional brasileiro e o aprimoramento da hermenêutica constitucional, respeitadas as naturais diferenças entre diferentes direitos. É o intercâmbio de idéias e experiências de países com tradições jurídicas e culturais distintas ou assemelhadas que prepara a colheita para o infante Direito Constitucional do futuro. Entretanto, é preciso que se sublinhe, tal não elide, antes reforça, a necessidade da construção de um caminho próprio para o Direito Constitucional pátrio e para a atuação de nossas cortes, em particular, *in casu*, o Supremo Tribunal Federal.

2. A teoria geral de Ely

Sugere o título da obra *On Constitutional Ground*, em grande medida, o seu conteúdo, a abordagem do autor e a própria natureza de sua teoria, exposta originalmente em *Democracy and Distrust*. O vocábulo *ground* tanto pode ser traduzido para o português como “terra”, “terreno”, “território”, “solo”, quanto como “base”, “fundamento”, entre outros significados. É que o livro cobre vários tópicos de interpretação constitucional: federalismo, separação de poderes, liberdade de expressão, liberdade religiosa, processo penal, discriminação racial, “devido processo substantivo” etc., contendo ensaios, artigos e outras peças de diversas fases da vida do autor, além de comentários explicativos e autobiográficos.² Está, pois, firmemente plantado em *solo* constitucional, em temática constitucional. Por outro lado, Ely deixa patenteado, no curso da obra, que a sua teoria de controle jurisdicional tem como *fundamento* inarredável a autoridade do texto e do contexto da Constituição.

Todavia, não se cuida simplesmente de um autor que discute temas do Direito Constitucional americano, sob um fundamento reconhecidamente constitucional.

² Assim caracteriza Barbara Perry (1997) a obra em apreciação: “ON CONSTITUTIONAL GROUND is an eclectic anthology with work that ranges from memoranda that Ely wrote to Chief Justice Earl Warren while serving as his law clerk in 1964-65, to scholarly law review articles from his student days and those produced during his many years as a law professor, to bureaucratic correspondence from his stint in the mid-1970s as the Department of Transportation’s General Counsel, to newspaper editorials written as a constitutional expert and concerned citizen. Thus the book contains something for everyone: students of law, political scientists, historians, and informed lay readers”. “ON CONSTITUTIONAL GROUND é uma antologia eclética com trabalho que varia desde memorandos que Ely escreveu para o Juiz-Presidente Earl Warren enquanto serviu como seu assessor em 1964-65, até resenhas jurídicas acadêmicas dos seus dias de estudante e aquelas produzidas durante seus muitos anos como professor de direito, até correspondência burocrática de sua parte na metade dos anos 70 como Advogado-Geral do Departamento de Transporte, até editoriais de jornal escritos na qualidade de experto constitucional e cidadão interessado. Dessa forma, o livro contém algo para todos: estudantes de direito, cientistas políticos, historiadores e informados leitores leigos.” (tradução nossa).

Por meio de sua teoria procedimentalista de interpretação constitucional, ele oferece às cortes um caminho próprio, coerente, em certa medida original, de proteção dos direitos assegurados a todos, mormente os de acesso e participação política e os de igualdade.

Principia Ely o livro *Democracy and Distrust* discutindo as duas correntes hermenêuticas dominantes, ou seja, o interpretativismo e o não-interpretativismo, identificando a primeira como “[...] indicando que juízes decidindo questões constitucionais devem se limitar a fazer cumprir normas que estão declaradas ou claramente implícitas na Constituição escrita”, ao passo que a segunda é conceituada como “o ponto de vista contrário de que as cortes devem ir além daquela série de referências e fazer cumprir normas que não podem ser descobertas dentro dos quatro cantos do documento”. (ELY, 2001, p. 1, tradução nossa).³

Para ele, nem o interpretativismo restrito a dispositivos constitucionais como unidades contidas em si mesmas, nem o não-interpretativismo apegado à afirmação dos valores fundamentais da sociedade exibem respostas hermenêuticas satisfatórias.

Apresenta o doutrinador, como um de seus argumentos na proposição de uma terceira e mais adequada opção, tanto em *Democracy and Distrust* quanto em *On Constitutional Ground*, uma nova leitura da Corte Warren, tida, por alguns, como “ativista”. O trabalho da Suprema Corte, consoante Ely, teria sido essa a lição basilar do Juiz-Presidente Warren, de quem o autor foi assessor, consiste não tanto em antecipar e criticar julgamentos de valor legislativos, contudo, principalmente, em proteger o maquinismo do processo democrático, com o escopo de evitar que seja dominado, que se torne o instrumento a serviço de um segmento privilegiado da sociedade. Uma preocupação com o *processo*, como um objetivo seriamente perseguido, pode seguir em direções inteiramente “ativistas”, sem que isso signifique a adoção de uma interpretação baseada em valores fundamentais da sociedade. Para Warren, esclarece Ely, os casos submetidos à Suprema Corte envolviam esforços dos *in's* no sentido de assegurar que os *out's* ficassem de fora do sistema.⁴ Sustenta o constitucionalista, por conseguinte, que a marca da Corte Warren foi exatamente a busca de objetivos de participação em relação a acesso ampliado a processos e benefícios do governo representativo:

³ “[...] indicating that judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written Constitution” [...] “the contrary view that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document”.

⁴ Ver Ely (1996, p. 4).

[...] parece estar entrando em foco que a busca destes objetivos 'participativos' de acesso ampliado a processos e benefícios do governo representativo, em oposição à insistência mais tradicional e academicamente popular sobre o requisito de uma série de bens ou valores substantivos particulares julgados fundamentais, foi o que marcou o trabalho da Corte Warren. (ELY, 2001, p. 74-75, tradução nossa).^{5, 6}

Aí se enquadram casos envolvendo discriminação racial e outros relacionados a questões de igualdade de proteção.

No cenário da teoria geral de Ely,⁷ iguais na "posição original" tentando formar um governo começariam da presunção de que nenhum dos valores de um adulto são deve contar mais ou menos do que os de outro, o que rapidamente levaria à conclusão de que questões públicas devem geralmente ser decididas pelo voto majoritário de tais pessoas ou seus representantes, mas com duas, talvez três, exceções:

- a) quando a maioria das pessoas vota para excluir outras tantas pessoas do processo ou, de outra maneira, para diluir a influência delas no dito processo;
- b) quando tal maioria decreta um regime regulatório para si e um outro, menos favorável, para uma ou outra minoria; ou
- c) quando outros constrangimentos colaterais parecem suficientemente importantes (e vulneráveis, conforme a opinião da maioria), de forma que os legisladores decidem, por voto supermajoritário, nomeá-los em um documento constitucional e desse modo torná-los imunes à retirada por algo inferior a um voto supermajoritário similar no futuro.⁸

Segundo Ely, o que *não* decorre daí é a conclusão de que deve ser também conferida uma licença aos juizes para criar ou "descobrir" mais direitos, não justificados pelas exceções "a" e "b" ou jamais constitucionalizados por uma supermaioria, e para protegê-los como se tal fossem. Pelo prisma do autor, a determinação de valores

⁵ "[...] it seems to be coming into focus that the pursuit of these 'participational' goals of broadened access to the processes and bounty of representative government, as opposed to the more traditional and academically popular insistence upon the provision of a series of particular substantive goods or values deemed fundamental, was what marked the work of the Warren Court".

⁶ Não nega Ely a sua admiração pela atuação do Juiz Warren, cuja preocupação teria sido com questões de processo, não simplesmente do processo penal, todavia, mais importante, igualmente do processo democrático. Daí a observação do autor de que Warren foi um verdadeiro democrata e de que viveu, no exercício de seu mister, *the American Dream*, isto é, o Sonho Americano. Cf. Ely (1996, p. 4).

⁷ Para um maior aprofundamento sobre a teoria geral de Ely, ver Ferro (2008, p. 25-49).

⁸ Cf. Ely (1996, p. 5).

deve ficar a cargo dos representantes eleitos, cabendo aos juízes interferir em caso de funcionamento deficiente do processo democrático.^{9, 10}

Parte o doutrinador do princípio de que, na Constituição, há dispositivos que ostentam uma certa amplitude de sentido, ou seja, que a Carta constitucional possui dispositivos cujo conteúdo não pode ser interpretado tão-somente pela sua linguagem ou por sua história legislativa. Na sua compreensão, o interpretativismo estrito é uma abordagem praticável somente nos casos mais literais. A propósito, expõe Sheldon Pollack:

Ely assim rejeita a premissa simplista de que o texto possui um sentido 'objetivo' ou 'raso', que a corte tem unicamente de desvendar ao interpretar a constituição. Ele tenta recuperar uma posição originalista, entretanto, ao se voltar para um interpretativismo revisado, no qual o sentido do texto pode ser derivado à luz de alguma compreensão geral do documento como um todo, ou, em suas palavras, em referência a 'uma inferência cujo ponto de partida, cuja premissa subjacente, é comodamente desvendável' na constituição. Esta versão qualificada do interpretativismo permite a Ely grande arbítrio ao

⁹ "Malfunction occurs when the *process* is undeserving of trust, when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system". (ELY, 2001, p. 103). "Mau funcionamento ocorre quando o *processo* é pouco digno de confiança, quando (1) os de dentro estão obstruindo os canais de mudança política para garantir que eles permanecerão dentro e que os de fora permanecerão fora, ou (2) embora a ninguém seja realmente negada uma voz ou um voto, representantes em débito com uma maioria efetiva estão sistematicamente pondo em desvantagem alguma minoria por causa de simples hostilidade ou de uma recusa preconceituosa em reconhecer aspectos comuns de interesse, e, em consequência disso, negando àquela minoria a proteção concedida a outros grupos por um sistema representativo." (tradução nossa).

¹⁰ Ressalta Nicole Wall (1980) que o doutrinador prossegue com sua crítica ao controle jurisdicional examinando o mau funcionamento governamental, que, evidentemente, "is what judicial review aims to remedy", ou seja, "é o que o controle jurisdicional visa remediar", na visão elyana. (tradução nossa). Conforme Ely, os representantes eleitos, que necessitam logicamente se preocupar com a continuação no mandato, são as últimas pessoas em quem se deve confiar quando a questão é a identificação de qualquer dessas situações de mau funcionamento do processo, ao contrário dos juízes indicados, que seriam relativos *outsiders* no sistema de governo americano e apenas muito obliquamente precisariam se preocupar com a permanência no cargo. Estes últimos, a quem não cabe o estabelecimento dos valores genuínos do povo, são então objetivamente postos na posição de avaliar pleitos de que os representantes eleitos, seja por obstruírem os canais de mudança, seja por agirem como partícipes da tirania da maioria, não estão representando os interesses daqueles os quais o sistema pressupõe que estão. Isto naturalmente não significa, admite o constitucionalista, que a avaliação desses magistrados estará desprovida de juízos subjetivos ou decisões baseadas em observação pessoal. Ver: Ely (2001, p. 103). O título da obra *Democracy and Distrust* traduz, indubitavelmente, a preocupação de seu autor com a construção de uma teoria procedimentalista de controle de constitucionalidade em harmonia com a natureza e as características da democracia americana, bem como a sua concepção a respeito do papel dos legisladores e dos juízes e de qual missão não deve ser confiada (*distrust*) aos primeiros, mas sim aos derradeiros.

decidir o sentido mais amplo do documento ou ao determinar que 'inferência' pode ser descoberta no texto. (POLLACK, 2003, tradução nossa).^{11, 12}

Democracy and Distrust é precisamente sobre como as cortes devem dar conteúdo a esses dispositivos (*Delphic provisions*) que demandam um esforço hermenêutico maior. É o mote para o desenvolvimento de sua *process jurisprudence*.

Critica Ely a Corte Burger porquanto, entre outros fatos, teria criado uma versão moderna da liberdade de contrato ao consagrar constitucionalmente o direito de ter um aborto, conquanto tal direito não esteja nem mesmo sugerido no documento constitucional.¹³ O doutrinador, todavia, declara-se favorável a que os meios políticos confirmem o referido direito às mulheres.¹⁴

No seu entender, as cortes devem proteger aqueles direitos que são designados com alguma especificidade no documento constitucional como habilitados à proteção. Quando os dispositivos constitucionais ostentam a mencionada abertura de sentido, *Democracy and Distrust* sugere duas respostas. A primeira consiste na necessidade de que as cortes protejam direitos de acesso político, como o direito ao voto, a concorrer à eleição, a se organizar politicamente, a se expressar etc. A segunda diz respeito à conclusão de que o dever dos representantes de representar todos os seus constituintes (eleitores) também implica alguns direitos de igualdade ou, em outros termos, direitos de várias minorias no sentido de não serem tratadas por um conjunto de regras diferentes daquelas que a maioria prescreveu para si mesma. Uma maioria não pode tratar várias minorias de modo pior do que trata a si mesma.¹⁵ Ely visualiza sua teoria como reação às maneiras nas quais o pluralismo fracassa em proteger minorias.¹⁶

¹¹ "Ely thus rejects the simplistic premise that the text possesses an 'objective' or 'plain' meaning which the court has only to uncover in interpreting a constitution. He tries to salvage an originalist position, however, by turning to a revised interpretivism in which the meaning of the text can be derived in light of some general understanding of the document as a whole, or, in his words, in reference to 'an inference whose starting point, whose underlying premise, is fairly discoverable' in the constitution. This qualified version of interpretivism permits Ely great discretion in deciding the broader meaning of the document or determining which 'inference' is discoverable in the text".

¹² Por outro lado, comenta ainda Sheldon Pollack (2003, p. 19), em crítica à teoria elyana, que a posição originalista inflexível é muito mais restritiva, procurando por algum sentido histórico perdido, porém recuperável, um sentido histórico que pode, em verdade, ser mais limitado que o sentido manifesto das palavras contidas no texto.

¹³ Cf. Ely (1996, p. 7).

¹⁴ Cf. Ely (1996, p. 7; 305).

¹⁵ A própria natureza dos dispositivos constitucionais é a base da argumentação de Ely. Pela sua ótica, a Constituição americana, a partir da sensata pressuposição de que uma efetiva maioria não ameaçará excessivamente seus próprios direitos, procurou assegurar, em lugar de uma estratégia geral que privilegiasse o enraizamento de uma série de direitos substantivos habilitados à proteção permanente, que uma tal maioria não trate sistematicamente outros de modo menos favorável do que trata a si mesma. Cf. Ely (2001, p. 100-101).

¹⁶ No concernente a esse aspecto do pensamento de Ely, sublinha Habermas (1997, p. 328): "Ely imprime um rumo procedimental inesperado à desconfiança liberal em relação a minorias tirânicas. Ele se inte-

São três os argumentos gerais de *Democracy and Distrust* para a forma de controle de constitucionalidade orientada para a participação (*'participation-oriented' form of judicial review*):¹⁷

- a) as espécies de direitos de que cuida o autor – direitos de acesso e direitos de igualdade – são aquelas cuja proteção menos deve ser confiada aos nossos representantes eleitos,¹⁸ os quais têm todo o incentivo para impedir o acesso de vários grupos insurgentes e dissidentes ao processo e para colaborar com uma maioria dominante, de feição a tyrannizar ou pelo menos discriminar certas minorias, de cujo apoio continuado eles não necessitam (porém a intervenção judicial não é justificada quando o escopo é a proteção de “valores fundamentais da sociedade”, receita favorita dos teóricos acadêmicos, pois se o que eles realmente desejam é o respeito aos “valores do povo”, é inegável que os representantes eleitos têm fortes incentivos para defini-los corretamente, assim possibilitando a sua reeleição);
- b) o objeto das preocupações gerais da Constituição são justamente as espécies de direitos indigidas, isto é, os direitos de acesso e de igualdade;¹⁹

ressa pelas limitações concretas do pluralismo formalmente permitido e utiliza a representação clássica da representação virtual, a fim de reclamar uma participação com igualdade de chances para as minorias tecnicamente representadas, porém, de fato, excluídas ou impedidas. O controle da gênese das normas deve estender-se à divisão de poderes entre executivo e legislação, e não apenas à implementação dos programas de leis através da administração, chegando até à inadmissível passividade de um legislador, que não esgota suas competências, delegando-as à administração”.

¹⁷ Conquanto reconheça que a participação em si, dependendo do enfoque, possa ser vista como um valor, Ely opõe a orientação voltada para a participação, como forma de controle jurisdicional, adequada na sua perspectiva, que se interessa por como são tomadas as decisões que produzem escolhas de valores e distribuem os custos e benefícios resultantes, à simples imposição de valores, para ele uma opção equivocada, indicando a designação de certos bens ou direitos como tão importantes que devem ser isolados de qualquer inibição que o processo político possa impor. Cf. Ely (2001, p. 75).

¹⁸ Em suas conclusões na obra *Democracy and Distrust*, defende Ely (2001, p. 183) que “constitutional law appropriately exists for those situations where representative government cannot be trusted, not those where we know it can”, ou seja, o “direito constitucional apropriadamente existe para aquelas situações em que o governo representativo não pode merecer confiança, não aquelas em que sabemos que ele pode”. (tradução nossa).

¹⁹ O doutrinador sustenta esta tese em diversas passagens do livro *Democracy and Distrust*, confirmando-a em *On Constitutional Ground*. No primeiro caso, vejam-se alguns exemplos. No Capítulo 4, intitulado *Policing the Process of Representation: The Court as Referee*, no item *The Carolene Products Footnote*, Ely se preocupa em diferenciar a sua forma de controle de constitucionalidade orientada para a participação do controle jurisdicional baseado na imposição de valores, aduzindo que, mesmo que “participação” seja considerada um valor, ela difere dos valores substantivos, dos “valores fundamentais da sociedade”, cuja proteção, pelo Poder Judiciário, ele combate. Argumenta o constitucionalista que os “valores” que a Corte deve perseguir são “valores de participação”, pois estes são os “valores” “[...] (1) with which our Constitution has preeminently and most successfully concerned itself, (2) whose ‘imposition’ is not incompatible with, but on the contrary supports, the American system of representative democracy, and (3) that courts set apart from the political process are uniquely situated to ‘impose’”. A tradução é: “[...] (1) com os quais a nossa Constituição [a americana] tem-se preocupado preeminentemente e com maior sucesso, (2) cuja ‘imposição’ não é incompatível com, mas pelo contrário sustenta, o sistema americano de democracia representativa, e (3) que as cortes postas à parte do processo político estão unicamente situadas para ‘impor’”. (ELY, 2001, p. 75, tradução nossa). No mesmo capítulo, mas já sob o abrigo do su-

c) a abordagem *representation-reinforcing* para o controle de constitucionalidade é mais consistente com a teoria democrática subjacente às instituições americanas.²⁰

gestivo item *The Nature of the United States Constitution*, Ely é ainda mais explícito sobre a sua posição de que o texto constitucional trata sobretudo de questões de processo, e não de preservação de determinados bens ou valores substantivos: “my claim is only that the original Constitution was principally, indeed I would say overwhelmingly, dedicated to concerns of process and structure and not to the identification and preservation of specific substantive values”, isto é, “minha pretensão é somente que a Constituição original foi principalmente, de fato eu diria esmagadoramente, dedicada a assuntos de processo e estrutura e não à identificação e preservação de valores substantivos específicos”. (ELY, 2001, p. 92, tradução nossa). No mesmo item, já quase ao final, o autor esclarece com maiores detalhes a finalidade prevalente da proteção de direitos insculpida no documento constitucional: “The general strategy has therefore not been to root in the document a set of substantive rights entitled to permanent protection. The Constitution has instead proceeded from the quite sensible assumption that an effective majority will not inordinately threaten its own rights, and has sought to assure that such a majority not systematically treat others less well than it treats itself – by structuring decision processes at all levels to try to ensure, first, that everyone’s interests will be actually or virtually represented (usually both) at the point of substantive decision, and second, that the processes of individual application will not be manipulated so as to reintroduce in practice the sort of discrimination that is impermissible in theory”. A tradução é: “A estratégia geral não tem sido portanto enraizar no documento uma série de direitos substantivos habilitados à proteção permanente. A Constituição, ao invés, procedeu da suposição absolutamente sensata de que uma efetiva maioria não ameaçará excessivamente seus próprios direitos, e procurou assegurar que uma tal maioria não trate sistematicamente outros de maneira menos favorável do que trata a si mesma – estruturando processos de decisão em todos os níveis para tentar garantir, primeiramente, que os interesses de todos serão realmente ou virtualmente representados (usualmente ambos) ao ponto da decisão substantiva, e segundo, que os processos de pleito individual não serão manipulados de feição a reintroduzir na prática o gênero de discriminação que é inadmissível na teoria” (ELY, 2001, p. 100-101, tradução nossa). Ely evidencia que alguns dispositivos constitucionais não obedecem a esse padrão, mas eles integrariam um grupo extraordinário, sendo produtos compreensíveis de circunstâncias históricas particulares (armas, religião, contrato, entre outros) e pouco numerosos. Seriam as exceções que confirmam a regra. Ver Ely (2001, p. 101).

²⁰ “The remainder of this chapter will comprise three arguments in favor of a participation-oriented, representation-reinforcing approach to judicial review. The first will take longer than the others, since it will necessitate a tour, albeit brisk, of the Constitution itself. What this tour will reveal, contrary to the standard characterization of the Constitution as ‘an enduring but evolving statement of general values’, is that in fact the selection and accommodation of substantive values is left almost entirely to the political process and instead the document is overwhelmingly concerned, on the one hand, with procedural fairness in the resolution of individual disputes (process writ small), and on the other, with what might capaciously be designated process writ large – with ensuring broad participation in the processes and distributions of government. [...] The other two arguments are susceptible to briefer statement but are not less important. The first is that a representation-reinforcing approach to judicial review, unlike its rival value-protecting approach, is not inconsistent with, but on the contrary (and quite by design) entirely supportive of, the underlying premises of the American system of representative democracy. The second is that such an approach, again in contradistinction to its rival, involves tasks that courts, as experts on process and (more important) as political outsiders, can sensibly claim to be better qualified and situated to perform than political officials”. Traduzindo, tem-se “O resto deste capítulo compreenderá três argumentos em favor de uma abordagem para o controle de constitucionalidade orientada para a participação, reforçadora da representação. O primeiro demorará mais que os outros, visto que necessitará de uma viagem, embora rápida, pela própria Constituição. O que esta viagem revelará, contrariamente à caracterização padrão da Constituição como ‘uma declaração duradoura mas evolutiva de valores gerais’, é que, na verdade, a seleção e acomodação de valores substantivos é deixada quase inteiramente para o processo político e, ao invés, o documento está esmagadoramente interessado, por um lado, em equidade processual na resolução

Relaciona o constitucionalista pelo menos quatro noções de democracia. Em três delas, assevera, a sua teoria procedimentalista encontra guarida.

A primeira é a concepção rousseauiana, pela qual a democracia aumenta a série de decisões significativas pelas quais o cidadão tem responsabilidade e assim aumenta suas oportunidades de se comportar de uma maneira moral, já que apenas quando alguém recebe autonomia ou controle sobre uma classe de decisões significativas, essa pessoa é colocada em uma posição em que tem a opção de se comportar moralmente. A implicação aqui, para Ely, seria um tipo de controle jurisdicional que aumenta as oportunidades dos cidadãos para participar da política e de decisões políticas e, tendo feito isso, deixa o produto das suas decisões só.

A segunda é a idéia de que a democracia é uma forma não usualmente estável de governo, de que, se a mudança é operada pacificamente pelo sistema, há menos chance de revolução violenta, gerando, para o doutrinador, em tese, um modo de controle jurisdicional que facilita a decisão popular e parece incompatível com qualquer veto judicial ou da elite com autoridade para frustrar tal decisão.

A terceira é a concepção traduzida na atitude, sintetizada por E. E. Schattschneider, de que democracia “[...] é um sistema político para pessoas que não têm certeza de que estão certas”, na qual dominam as rubricas da igualdade e do utilitarismo. Igualdade é vista no senso de que obviamente os indivíduos não são iguais em todos os aspectos, mas são iguais no que se refere ao direito comum de decidir qual é a correta política a ser adotada pelo governo. E utilitarismo corresponde, nesse contexto, à teoria que define como moral o curso de ação que conduz ao maior bem ou à maior felicidade do maior número de pessoas. Nessa parte, Ely elogia a teoria de interpretação constitucional propugnada por Michael Walzer em um artigo em *Political Theory*, argumentando que esta é similar àquela por ele proposta, uma que o articulista, um vigoroso porta-voz de uma perspectiva socialista, que oferece uma resposta às escolhas americanas de política pública, reconhece que não dispõe do direito de impor tal preferência sobre o resto das pessoas, mediante os julgamentos de juizes politicamente não responsáveis.

Já a quarta noção de democracia é problemática aos olhos do constitucionalista e seria a única que produziria uma forma de controle jurisdicional diferente daquela por este defendida. Ely considera que a idéia de que a “democracia é um sistema de governo que é apto a gerar leis do tipo x, e leis do tipo x são boas” tende a ser mais apropriada para o

de disputas individuais (*process writ small*), e, por outro, no que pode ser amplamente designado *process writ large* – em garantir ampla participação nos processos e distribuições do governo. [...] Os outros dois argumentos são suscetíveis de declaração mais breve mas não são menos importantes. O primeiro é que a abordagem reforçadora da representação para o controle de constitucionalidade, diferentemente da sua abordagem rival protetora de valor, não é inconsistente com, mas, ao contrário (e completamente de forma proposital), inteiramente sustentadora das premissas subjacentes ao sistema americano de democracia representativa. O segundo é que tal abordagem, de novo distintamente da sua rival, envolve tarefas que as cortes, como peritos em processo e (mais importante) como forasteiros políticos, podem sensatamente alegar de serem melhor qualificadas e situadas para desempenhar do que autoridades políticas”. (ELY, 2001, p. 87-88, tradução nossa). Ver também Ely (1996, p. 8).

exercício de uma ditadura oligárquica. Democracia, leciona, é uma espécie de governo não apropriada para a eficiente geração de leis de um certo tipo, pois as pessoas diferem e assim os produtos da democracia diferem igualmente.²¹ Justificado, destarte, na sua avaliação, o fato de sua teoria não se harmonizar com semelhante concepção de democracia.

Defende Ely o utilitarismo, porquanto uma teoria “utilitária” de democracia produz um tipo de controle de constitucionalidade que é mais rico no respeitante ao tema da igualdade do que aquele produzido por uma teoria de democracia voltada para uma “igualdade” pura, que se satisfaz com dar a cada qual um voto (nessa passagem, Ely

²¹ Cf. Ely (1996, p. 9-11). No tocante ao seu posicionamento de que uma concepção autenticamente democrática não admite a imposição da geração de leis de um certo tipo, em virtude das diferenças entre as pessoas e, por conseqüência, entre os produtos da democracia, e ainda a propósito do tom formalista de sua teoria voltada para a garantia de participação política e não para a imposição de “valores sociais fundamentais”, há que não olvidar que o positivismo relativista, na percepção de Hans Kelsen, propiciaria à pessoa a tomada de consciência de que a decisão da questão de saber o que é justo e o que é injusto depende da escolha da norma de justiça adotada como base do seu juízo de valor, ocasionando, como resultado, a possibilidade de respostas variadas e distintas. Cf. Kelsen (1998a, p. 114). É por isso que Hans Kelsen deixa assentado que uma teoria do direito positivista não sustenta a inexistência da justiça, mas que de fato são pressupostas muitas normas de justiça, diferentes umas das outras e possivelmente contraditórias entre si; e, principalmente, não contesta que toda ordem jurídica positiva pode ser apreciada ou valorada, conforme uma das diversas normas de justiça, como justa ou injusta, contudo insiste que tais critérios de medida possuem um caráter meramente relativo. Cf. Kelsen (1998a, p. 70). Por conseguinte, como entende ser a justiça uma idéia irracional e não poder subsistir justiça absoluta para um conhecimento racional, ele propugna ser esse problema insolúvel para o conhecimento científico. Abraçando, no atinente à questão do problema da justiça, um ponto de vista racional-científico, despido de caráter metafísico, e lembrando que existem muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si, de forma que nenhum destes exclui a possibilidade de um dos demais, Kelsen (1998a, p. 17-18) afirma que “então apenas nos será lícito conferir uma validade relativa aos valores de justiça constituídos através destes ideais”. Ver igualmente: Kelsen (1966, p. 43). Na primeira parte de *O problema da justiça*, Hans Kelsen descreve e analisa diferentes normas de justiça constitutivas de valores – salientem-se aqui, como exemplos mais significativos, a fórmula do *suum cuique*, a regra de ouro, o costume, o meio-termo aristotélico, o princípio retributivo, o imperativo categórico de Kant, o princípio de justiça comunista formulado por Marx, o preceito do amor ao próximo, os princípios de justiça da liberdade e da igualdade e a noção platônica –, explorando suas contradições e procurando demonstrar que nenhuma delas pode ser tida como preferível em cotejo com as demais, a partir de uma escolha científica. Ele taxativamente refuta a existência de um absoluto em geral e de valores absolutos em particular, optando pela afirmação apenas de valores relativos. Em derradeira análise, o autor identifica cientificidade com não-valoração, considerando de maneira não-valorativa uma teoria do valor de justiça. Cf. Kelsen (1998a, p. 16-66). Sobre as normas de justiça analisadas pelo jurista de Praga, ver também Kelsen (1998b, p. 1-25). Evidentemente, não há o intento de rotular Ely como kelseniano ou sua teoria como positivista, no melhor estilo do filósofo de Praga, o que não corresponderia à realidade e não faria jus à construção teórica de ambos. Deseja-se tão-somente destacar que o formalismo de Ely ostenta pontos em comum com o positivismo relativista de Hans Kelsen, sobretudo a respeito da compreensão do caráter relativo dos “valores fundamentais da sociedade”. Igualmente o tipo de controle de constitucionalidade orientado para a participação não é incompatível com a concepção kelseniana sobre a democracia. Segundo Hans Kelsen, “uma teoria científica da democracia só pode sustentar que essa forma de governo tenta pôr em prática a liberdade juntamente com a igualdade do indivíduo e que, se esses valores devem ser postos em prática, a democracia é o meio apropriado”, sendo que “a democracia é essencialmente um governo *do povo*”, de feição que “a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia.” (KELSEN, 2000, p. 142-143; 205).

lembra o famoso dito de John Stuart Mill: “[...] cada um deve contar por um, e ninguém por mais de um”). (ELY, 1996, p. 14, tradução nossa).²²

Bate-se o autor contra a proteção judicial, pela Suprema Corte, de direitos que não podem ser encontrados na Constituição, que não são pré-requisitos para a participação política e que não figuram entre aqueles que a maioria controladora assegurou para si. Para ele, os Estados Unidos são uma democracia exatamente porque, como sociedade, eles não acreditam que qualquer um deles tenha maior direito que qualquer dos outros deles para ditar o que é, enfim, importante. Então proclama o constitucionalista:

Assim eu digo às cortes: Façam cumprir aqueles direitos que inspiraram suficiente consenso popular para obter um lugar no documento [constitucional]. Façam cumprir aqueles direitos que são necessários para nos deixar todos livres e igualmente registrar as nossas preferências. Façam respeitar para as minorias aqueles direitos que a maioria considerou próprios para lhe ser assegurados. Façam cumprir todos esses direitos com todo o vigor que vocês possam reunir. Mas, além disso, vocês simplesmente não têm direito algum em uma democracia – não mais que filósofos ou professores de direito ou qualquer outro – de dizer para o resto de nós que nós nos enganamos e que vocês sabem mais. (ELY, 1996, p. 16, tradução nossa).^{23, 24}

No artigo escrito em 1986, intitulado *On Protecting Fundamental Interests and Powerless Minorities under the United States and Canadian Constitutions*, integrante do Capítulo 1 da obra *On Constitutional Ground*, Ely comenta os dispositivos entalhados no texto

²² “[...] each is to count for one, and none for more than one”.

²³ “Thus I say to courts: Enforce those rights that have inspired sufficient popular consensus to secure a place in the document. Enforce those rights that are needed to let us all freely and equally register our preferences. Enforce for minorities those rights that the majority has seen fit to guarantee for itself. Enforce all those rights with all the vigor you can muster. But beyond that, you simply have no right in a democracy – no more than philosophers or law professors or anyone else has – to tell the rest of us that we have made a mistake and that you know better”.

²⁴ O doutrinador compara o juiz ao árbitro, cuja função é “to intervene only when one team is gaining unfair advantage, not because the ‘wrong’ team has scored”, isto é, “intervir unicamente quando um time está ganhando vantagem injusta, não porque o time ‘errado’ marcou”. (ELY, 2001, p. 103, tradução nossa). Outra analogia a que recorre Ely é a de que a abordagem para a decisão judicial constitucional por ele apresentada assemelha-se a uma orientação para assuntos econômicos do tipo “antitruste” em contraste com aquela do tipo “regulatório”, de maneira que, em lugar de ditar resultados substantivos, apenas intervém quando o “mercado”, *in casu* o mercado político, está sistematicamente funcionando deficientemente. Para o autor, não é possível dizer razoavelmente que o governo está com “mau funcionamento” meramente porque ele algumas vezes produz resultados dos quais se discorda, conquanto fortemente, constituindo projeções equivocadas e ilusórias as pretensões de que o mesmo está alcançando resultados dos quais o “povo” discorda ou discordaria “se eles entendessem”. Cf. Ely (2001, p. 102-103). O constitucionalista igualmente explicita o posicionamento de que a abordagem na *linha representation-reinforcing* designa para os juizes um papel que eles estão visivelmente bem situados para preencher, não tanto por uma questão de perícia, mas de perspectiva. Cf. Ely (2001, p. 102).

constitucional americano e no canadense, quanto à interpretação a ser dada à questão do *due process of law*. Conforme ele, no caso americano, o sentido da expressão é procedimental, embora reconheça que tal tenha muitas vezes sido interpretada de forma extensiva, com uma leitura substantiva – equivocada, na sua ótica. E, no caso canadense, o dispositivo correspondente, conquanto seja, e aí por seus próprios termos, razoavelmente suscetível de uma leitura substantiva, a melhor solução, ainda assim, também hermeneuticamente coerente, seria, de idêntica maneira, a leitura apenas procedimental.²⁵ Já em *Democracy and Distrust*, Ely sustentara que identificar “princípios de justiça fundamental” substantivos é, senão uma tarefa impossível, pelo menos uma a que as cortes não devem se dedicar, pois não devem revogar o ato de legislaturas popularmente eleitas. Consoante ele, deve ser afastada a tentação de dar um conteúdo substantivo a “princípios de justiça fundamental”, isto é, de requerer não simplesmente que certos procedimentos sejam observados, porém igualmente que “princípios de justiça fundamental” substantivos sejam cumpridos.²⁶

²⁵ Cf. Ely (1996, p. 18-24). Para uma análise aprofundada das características da interpretação constitucional nos dois países, ou seja, Canadá e Estados Unidos, ver Pollack (2003).

²⁶ Ver, *exempli gratia*, Ely (2001, p. 75; 102-103; 181). Na percepção elyana, as liberdades civis estão mais protegidas dentro de uma orientação de controle jurisdicional voltada para o processo e a participação política do que em uma lógica dirigida para a imposição judicial de “valores fundamentais da sociedade”: “For reasons that are currently obscure, I went through a period of worrying that the orientation here recommended might mean less protection for civil liberties. (Of course it would deny the opportunity to create rights out of whole cloth: that is much of this point and strength. What I had in mind was the possibility that the *same* freedoms might systematically come out thinner if derived from a participational orientation than they would if protected on the ground that they are ‘good’.) Reflection has convinced me that just the opposite is true, that freedoms are more secure to the extent that they find foundation in the theory that supports our entire government, rather than gaining protection because the judge deciding the case thinks they’re important”. No vernáculo, tem-se: “Por razões que são correntemente obscuras, eu passei por um período de preocupação de que a orientação aqui recomendada pudesse significar menos proteção para as liberdades civis. (Naturalmente, ela negaria a oportunidade de criar direitos de todo o tecido: isso é bastante deste ponto e força. O que eu tinha em mente era a possibilidade de que as *mesmas* liberdades sistematicamente resultariam mais fracas se derivadas de uma orientação voltada para a participação do que elas ficariam se protegidas sob o fundamento de que são ‘boas’.) A reflexão me convenceu de que justamente o oposto é verdadeiro, de que as liberdades estão mais seguras à medida que elas encontram alicerces na teoria que sustenta o nosso governo como um todo, em lugar de lograr proteção porque o juiz decidindo o caso pensa que elas são importantes.” (ELY, 2001, p. 102, tradução nossa). Dworkin, autor comumente citado, de maneira opositiva, por Ely, em seus escritos, exibe entendimento bastante diverso sobre o papel do juiz – Hércules: “A Constituição, afinal, é um tipo de lei, e Hércules tem seu jeito de lidar com as leis. Interpreta cada uma delas de modo a, considerados todos os aspectos, fazer seu histórico chegar ao melhor resultado possível. Isso exige julgamentos políticos, mas estes são especiais e complexos e, de modo algum, iguais aos que faria se estivesse votando uma lei a respeito dos mesmos problemas. [...] Hércules serve a nosso propósito porque é livre para concentrar-se nas questões de princípio que, segundo o direito como integridade, formam o direito constitucional que ele aplica.” (DWORKIN, 1999, p. 453-454). E mais: “Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer. [...] Mas, se Hércules tivesse renunciado à responsabilidade que descrevi, que inclui a responsabilidade de decidir quando deve basear-se em suas próprias convicções sobre o caráter de seu país, teria sido um traidor, e não um herói da limitação judicial.” (DWORKIN, 1999, p. 476). Acerca da discussão de Dworkin sobre se os

3. A crítica à teoria

Sobre a teoria procedimentalista elyana, discorre Barbara Perry:

Fortalecendo a análise de Ely da maior parte da interpretação constitucional está a sua assim chamada doutrina do processo, proposta assaz completamente em seu livro de 1980. Oferecida como um critério para circunscrever o controle jurisdicional desagrilhado, Ely postula que os juízes devem unicamente exercer o seu derradeiro poder sobre a prerrogativa legislativa em casos envolvendo questões de participação política (particularmente por minorias marginalizadas) e não determinar os 'méritos substantivos da escolha política sob ataque' (1980, 181). Esta doutrina o leva a rejeitar a jurisprudência orientada para o resultado, com as suas inevitáveis conseqüências impostas judicialmente, carregadas de valores, quer se origine na esquerda ou direita do espectro político. Conseqüentemente, ele é tão contrário à decisão LOCHNER de 1905, quanto à decisão de 1973 em ROE, porque ambos os casos descobrem 'direitos' fantasmas no pretense componente substantivo da cláusula do devido processo. (PERRY, 1997, tradução nossa).^{27, 28}

Demonstra Habermas (1997, p. 326-330) simpatia por essa perspectiva procedimentalista, reconhecendo-lhe os méritos, embora não chegue exatamente a dela comungar. Em sua visão, o tribunal constitucional necessita examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Pelo prisma do doutrinador alemão, que defende que somente as condições processuais da gênese democrática das leis garantem a legitimidade do direito, esta concepção procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição, motivo pelo qual considera a discussão americana, por esse ângulo, mais fecunda que a alemã. Como exemplo, Habermas refere Ely, cujo ponto de vista cético buscaria aliviar a jurisprudência da orientação por princípios jurídicos de proveniência moral ou ética em geral. Ely, observa o filósofo germânico, parte da idéia de que a Constituição americana regula, em primeira ordem, problemas de organização e de procedimento, não sendo talhada para a distinção e implementação de valores fundamentais, de modo que a

juízes devem decidir casos valendo-se de fundamentos políticos, ver Dworkin (2000, p. 3-39).

²⁷ "Undergirding Ely's analysis of most constitutional interpretation is his so-called process jurisprudence, propounded most fully in his 1980 book. Offered as a criterion for circumscribing unfettered judicial review, Ely posits that judges should only exercise their ultimate power over legislative prerogative in cases involving questions of political participation (particularly by marginalized minorities) and not determine the 'substantive merits of the political choice under attack.' (1980, 181). This doctrine leads him to reject result-oriented jurisprudence, with its inevitable judge-imposed, value-laden outcomes, whether it originates on the left or right of the political spectrum. Consequently, he is as opposed to the 1905 LOCHNER decision as he is to the 1973 ruling in ROE because both cases discover phantom 'rights' in the alleged substantive component of the due process clause".

²⁸ Trata Ely (1996) especificamente da questão do chamado "devido processo substantivo" no Capítulo 8.

substância dessa Constituição não residiria em regulamentos materiais, e sim formais. Como resultado, se cabe à Suprema Corte zelar pela manutenção da Constituição, ela deve, “*em primeira linha*, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende a eficácia legislativa do processo democrático”, tendo em vista que o tribunal precisa adotar precauções, para que “permaneçam intactos os ‘canais’ para o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza”.²⁹

Em *Democracy and Distrust* e *On Constitutional Ground*, Ely, além de sua defesa apaixonada de uma interpretação constitucional alicerçada no processo e não em “valores sociais fundamentais”, desenvolve uma teoria algumas vezes conhecida como “nós-eles” (“*we-they*” theory), denotando que as classificações das quais as cortes deveriam mais suspeitar seriam aquelas que favorecem grupos que são dominantes na legislatura, ou seja, classificações que favorecem, no caso americano, brancos, homens, protestantes, heterossexuais ou, dito de outra forma, classificações que favorecem aqueles possuidores de qualquer característica compartilhada por muitos membros da legislatura, em virtude da tendência das pessoas, quiçá inconsciente, de aceitar generalizações que as tranquilizem de que os grupos aos quais pertencem são superiores.³⁰

Capta Habermas com propriedade essa face da teoria elyana, de preocupação com a proteção das minorias:

Nesta perspectiva, os direitos de comunhão e de participação, constitutivos para a formação democrática da vontade, adquirem um lugar privilegiado. E leis que discriminam minorias étnicas ou religiosas, grupos sociais marginalizados, homossexuais, aleijados, velhos, jovens, etc., pecam contra o princípio do tratamento igual, e não somente *do ponto de vista do conteúdo*. Sob o aspecto do procedimento, Ely entende as classificações implicitamente desiguais, de grupos que deveriam ser tratados de modo igual, como resultado de um processo político formado nas condições procedimentais democráticas. Por isso, o controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até à representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas. (HABERMAS, 1997, p. 327-328, grifo do autor).

²⁹ Cf. Habermas (1997, p. 326-327).

³⁰ Ver Ely (2001, p. 145-170). Ver igualmente Ely (1996, p. 271-272).

No sentir de Sheldon Pollack, Ely persegue um meio-termo entre a impraticabilidade do originalismo e as perigosas conclusões inferidas por um realismo judicial que declara que o texto significa unicamente o que a Suprema Corte diz que significa. Contudo, firma o primeiro, sustentar semelhante meio-termo é uma tarefa difícil. Por um lado, Ely admitiria a impossibilidade teórica do interpretativismo estrito; por outro, ele concluiria que a natureza ampla, sem limites fixos, de partes do texto convidaria e justificaria o exercício de arbítrio judicial na aplicação de critérios constitucionais. Portanto, Sheldon Pollack assim analisa, criticamente, a linha adotada por Ely: “Enquanto altamente crítico da Suprema Corte dos Estados Unidos pela espécie de controle jurisdicional exercida nos assim chamados casos de privacidade, a própria leitura de Ely da linguagem irrestrita no texto tende a sustentar a mais ruidosa abordagem não interpretativista da Corte” (Pollack, 2003, p. 19, tradução nossa).^{31,32} Ainda conforme o mesmo autor, Ely, a fim de se desembaraçar desse pântano de escolhas entre pontos de vista de interpretação textual rivais, admite que o problema é realmente o de apropriadamente determinar o papel da Suprema Corte como uma instituição política. Este sugeriria redefinir o papel da Suprema Corte como um tipo de supervisor da política eleitoral e *ombudsman* da democracia representativa. Todavia, ao fazê-lo, prossegue a crítica de Sheldon Pollack, Ely apresentaria pouca justificção para esta substituição em massa do republicanismo do século XVIII, que está no âmago do próprio documento constitucional, por uma democracia participativa igualitária.³³

Já a crítica de Habermas exibe como alvo a discordância de Ely no atinente à interpretação conduzida por princípios, conquanto, por outro lado, o filósofo alemão patenteie que o fato de Ely necessitar pressupor a validade de princípios e recomendar à corte uma orientação por princípios procedimentais munidos de conteúdo normativo não implica que os princípios que baseiam a força de legitimação da organização e do procedimento da formação democrática da vontade careçam de complementação mediante uma teoria substancial dos direitos:

Apoiado em tal compreensão procedimentalista da constituição, Ely deseja fundamentar ‘judicial self-restraint’. Em sua opinião, o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade, se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais. O ceticismo de Ely discorda, não somente de uma jurisprudência de valores, como também de uma interpretação dirigida por princípios, no sentido da interpretação construtiva de Dworkin. Ora, tal atitude não é conseqüente, na medida em que Ely tem que pressupor a validade de princípios e recomendar ao tribunal uma orientação por princípios procedimentais dotados de conteúdo normativo.

³¹ “While highly critical of the U. S. Supreme Court for the kind of judicial review exercised in the so-called privacy cases, Ely’s own reading of the open-ended language in the text tends to support the Court’s most blatant non-interpretivist approach”.

³² Ainda anota Sheldon Pollack (2003, p. 19) que essa abordagem não interpretativista está distintamente em desavença com o tipo de controle jurisdicional exercido na busca do interpretativismo.

³³ Cf. Pollack (2003, p. 19).

O próprio conceito do procedimento democrático apóia-se num princípio de justiça, no sentido do igual respeito por todos [...]. Porém disso não resulta, de forma nenhuma, que os princípios que fundamentam a força de legitimação da organização e do procedimento da formação democrática da vontade não sejam suficientemente informativos devido à sua natureza procedimental e que tenham que ser completados através de uma teoria substancial dos direitos. (HABERMAS, 1997, p. 328-329)³⁴

Também frisa Habermas que a sua conclusão quanto à necessidade de afirmação dos princípios tampouco conduz ao desaparecimento de outros argumentos para o enfoque cético com respeito ao tribunal. Registra o doutrinador germânico, em tom de concordância, que o ceticismo elyano “volta-se, com razão, contra uma *compreensão paternalista* do controle jurisdicional da constitucionalidade”, a qual possui como fator alimentador “uma desconfiança amplamente difundida entre os juristas contra a irracionalidade de um legislador que depende de lutas de poder e de votações emocionais da maioria”, expressando tal interpretação que “uma jurisdição juridicamente criativa do tribunal constitucional justificar-se-ia a partir de seu distanciamento da política, bem como a partir da racionalidade superior de seus discursos profissionais”.³⁵

4. Considerações finais

Não é, de fato, facilmente atingível o meio-termo proposto por Ely. E igualmente é verdade que a teoria elyana não prescinde, consoante Habermas, de uma orientação por princípios, ainda que procedimentais, quer o autor os identifique como princípios, quer não. No entanto, apesar de sua perspectiva excessivamente formal, sobriamente questionada pelo filósofo germânico, Ely põe à disposição das cortes uma opção coerente e até certo ponto original de interpretar a Constituição, assentando que sua abordagem procedimentalista tem como fundamento a autoridade da Carta Magna americana, do seu texto e contexto. Examina exaustivamente os seus dispositivos para propagar a sua tese de que ela se preocupa maiormente com questões de

³⁴ A propósito da posição do filósofo sobre a questão dos princípios, veja-se ainda a seguinte passagem: “Ora, a representação *unidimensional* do direito, como um sistema de regras destituído de princípios, impõe a seguinte conclusão: colisões entre regras geram uma indeterminação da situação jurídica, que só pode ser superada decisionisticamente. Entretanto, quando se admite princípios – e a justificação da aplicação de normas à luz de princípios – e se os reconhece como componentes *normais* do discurso jurídico, não temos mais o problema do fechamento do sistema de regras, nem o da não-solucionabilidade de conflitos de regras” (HABERMAS, 1997, p. 259). O comentário se refere ao positivismo.

³⁵ Cf. Habermas (1997, p. 329). E continua o filósofo, em acolhimento da oposição de Ely a uma *compreensão paternalista* do controle jurisdicional da constitucionalidade, distinguindo os discursos jurídicos dos políticos: “De fato, os discursos jurídicos podem pretender para si mesmos uma elevada suposição de racionalidade, porque discursos de aplicação são especializados em questões de aplicação de normas, sendo por isso institucionalizados no quadro da clássica distribuição de papéis entre partidos e um terceiro imparcial. Pela mesma razão, porém, eles não podem *substituir* discursos políticos, que são talhados para a fundamentação de normas e determinações de objetivos, exigindo a inclusão de todos os atingidos” (HABERMAS, 1997, p. 329-330).

processo, relacionadas com os direitos de acesso e de igualdade – maiormente, não exclusivamente –, e não com a imposição de valores ou princípios fundamentais consagrados por uma determinada sociedade, em determinada época, em caráter prevalente.³⁶

Embora propugne que vários direitos não expressamente referidos na Constituição devam receber proteção constitucional em face do seu papel de preservar abertos os canais da mudança política,³⁷ é cristalino o seu entendimento de que as cortes não devem assumir uma posição que implique a usurpação da função das legislaturas e a conseqüente imposição de valores sociais, considerados fundamentais.³⁸ Se ele se aproxima de alguma corrente, é a do interpretativismo,³⁹ porém formulado em novos termos, inovadores termos, e não do não-interpretativismo,⁴⁰ como parece sugerir Sheldon Pollack.

Não lhe falta, deve ser notado, esforço de fundamentação para a asserção de que sua abordagem *representation-reinforcing* para o controle de constitucionalidade é mais consistente com a teoria democrática subjacente às instituições americanas. Quiçá pudesse ter mergulhado ainda mais profundamente no mar das origens da democracia americana, entretanto suas investigações parecem exibir força

³⁶ Ver Ely (2001, p. 88-104).

³⁷ Cf. Ely (2001, p. 172).

³⁸ Explica Nicole Wall (1980) acerca do pensamento elyano: “Interpretivism is judges’s practice of ruling constitutional matters based upon what is explicitly outlined in the constitution. Noninterpretivism implies that judges may go beyond what is stated in the document in order to best interpret law. Ely critiques both, for he feels interpretists follow too closely the original intent of the Founding Fathers and noninterpretivists rely too heavily on the integration of personal values. However, both views, says Ely, are inconsistent with democratic theories of American government”. Em português, registra-se: “O interpretativismo é a prática dos juízes de decidir matérias constitucionais com base no que está explicitamente delineado na constituição. O não-interpretativismo implica que juízes possam ir além do que está declarado no documento a fim de interpretar a lei da melhor maneira. Ely critica ambos, pois sente que os interpretativistas seguem muito rigorosamente o intento original dos Pais Fundadores e os não-interpretativistas fiam-se excessivamente na integração de valores pessoais. Contudo, ambas as perspectivas, diz Ely, são inconsistentes com as teorias democráticas do governo americano.” (tradução nossa).

³⁹ A certa altura de suas reflexões, Ely confidencia: “On my more expansive days, therefore, I am tempted to claim that the mode of review developed here represents the ultimate interpretivism”. A tradução é: “Nos meus dias mais expansivos, portanto, fico tentado a alegar que o modo de controle de constitucionalidade aqui desenvolvido representa o interpretativismo definitivo” (ELY, 2001, p. 87-88, tradução nossa).

⁴⁰ Quanto ao não-interpretativismo, cumpre consignar, todavia, que essa linha hermenêutica hoje dispõe de numerosos e fiéis seguidores, precisamente pelas razões combatidas por Ely. Leciona Eduardo Slerca sobre o entendimento de J. J. Gomes Canotilho: “Conforme lembrado por J. J. Gomes Canotilho, as correntes interpretativistas *consideram que os juízes, ao interpretar a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos* [já que] *o papel do rule of law não pode transmutar-se ou ser substituída* [sic] *pela law of judges* [enquanto] *as posições não interpretativistas defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem ‘valores e princípios substantivos’ – princípios da liberdade e da justiça – contra atos da responsabilidade do legislativo em desconformidade com o ‘projeto’ da constituição*, terminando o fecundo autor por concluir que a posição não interpretativista amolda-se melhor à Constituição como sistema aberto de regras e princípios por ele defendido.” (SLERCA, 2002, p. 65).

argumentatória suficiente para tornar a sua teoria procedimentalista coerente com sua tese de que é consistente com a teoria democrática, em qualquer de suas feições, que inspira as instituições americanas. A maior pedra no seu caminho aparentemente habita em outras searas: Ely parece partir da pressuposição questionável de que a sociedade ostenta um ponto ótimo de funcionamento, cabendo à Suprema Corte tão-somente atuar quando há empecilhos à democracia ou, em suas palavras, em casos de *malfunction* (mau funcionamento) no sistema.⁴¹ É incontestável um determinado tom funcionalista em sua teoria, com suas implicações teórico-práticas. De qualquer forma, questionáveis ou não os seus pressupostos, isto não lhe tira os méritos de preocupação com uma interpretação constitucional que assegure a todos direitos de participação política e de igualdade e permita aos tribunais e, sobretudo, à Suprema Corte, o relevante papel de protetor das minorias, dentro de uma lógica procedimental. São esses méritos e virtudes que sobressaem da aplicação de sua teoria⁴² a temas como a separação de poderes, a discriminação racial, o processo penal e o “devido processo substantivo”, tornando Ely, na atualidade, um dos mais prestigiados constitucionalistas do universo jurídico americano e um jurista respeitado no mundo, com indubitáveis contribuições aos estudos de Direito Constitucional Comparado.

5. Referências bibliográficas

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Original: *Law's Empire*, 1986).

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Original: *A Matter of Principle*, 1985).

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. 13. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

ELY, John Hart. *On Constitutional Ground*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Interpretação constitucional: a teoria procedimentalista de John Hart Ely*. Belo Horizonte: Decálogo, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. (Biblioteca Tempo Universitário 101).

KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁴¹ Ver Ely (2001, p. 103).

⁴² Para um maior aprofundamento sobre a aplicação da teoria de Ely, ver: Ferro (2008, p. 51-105).

_____. *Justicia y derecho natural. Crítica del derecho natural*. Trad. de Elias Diaz. Madrid: Taurus, 1966. (Original: *Le droit naturel*, 1959).

_____. *O problema da justiça*. Trad. de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a. (Original: *Das Problem der Gerechtigkeit*, 1960).

_____. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b. (Original: *What is justice?*, 1957).

PERRY, Barbara A. Review. *On Constitutional Ground* by John Hart Ely. Princeton: Princeton University Press, 1996. 507 p. *The Law and Politics Book Review*, An Electronic Periodical Published by The Law and Courts Section of The American Political Science Association, v. 7, n. 2, p. 58-61, Feb. 1997. Herbert Jacob, Founding Editor. C. Neal Tate, University of North Texas, Editor. Disponível em: <<http://www.unt.edu/lpbr/subpages/reviews/elyy96.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2002.

POLLACK, Sheldon D. *Constitutional Interpretation from Two Perspectives: Canada and the United States* in *Liberal Constitutionalism in Canada and the United States*. Stephen L. Newman, editor. Albany: State University of New York Press, forthcoming 2003. College of Business & Economics. University of Delaware. Disponível em: <<http://www.buec.udel.edu/pollacks/Down.../Con%20Interpretation-US%20and%20Canada.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2002.

SLERCA, Eduardo. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

UNIVERSITY OF MIAMI SCHOOL OF LAW. News. Sept. 2000. Prof. John Hart Ely Is 4th Most Cited Legal Scholar Ever; His Book Is Most Cited Legal Work Of Past 2 Decades. Disponível em: <<http://www.law.miami.edu/news/92.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2002.

WALL, Nicole. Review. *Democracy and Distrust* by John Hart Ely. Cambridge: Harvard University Press, 1980. Personal web.syr.edu Home Pages. Syracuse University. Computing and Media Services (CMS). Disponível em: <<http://web.syr.edu/~ntwall/review1.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2002.

Artigo recebido em: 13/11/2009

Artigo aprovado em: 29/04/2010