UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FLÁVIA DANIELLE SANTIAGO LIMA

ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: uma proposta de delimitação do debate

Tese de Doutorado

Recife
2013

FLÁVIA DANIELLE SANTIAGO LIMA

ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: uma proposta de delimitação do debate

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito
Linha de pesquisa: Estado, Constitucionalização e Direitos Humanos

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

Recife

2013

Catalogação na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

L732a Lima, Flávia Danielle Santiago
Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate / Flávia Danielle Santiago Lima. – Recife: O Autor, 2013.
300 folhas.

Orientador: Gustavo Ferreira Santos.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Direito constitucional. 2. Controle da constitucionalidade. 3. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). 4. Revisão judicial. 5. Democracia. 6. Brasil. [Constituição (1988)]. 7. Decisões judiciais. 8. Poder judiciário e questões políticas. 9. Direito - Filosofia. 10. Soberania. 11. Poder judiciário - Brasil. I. Santos, Gustavo Ferreira (Orientador). II. Título.

342.81CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2013-022)

Flávia Danielle Santiago Lima

"Ativismo e Autocontenção no Supremo Tribunal Federal: Uma Proposta de Delimitação do Debate"

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.
Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito
Orientador: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos

A banca composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

Menção geral: _____

Prof. Dr. Gustavo Just da Costa e Silva (Presidente- UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (1º Examinador – UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Bruno César Machado Torres Galindo (2º Examinador – UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rego Feitosa (3º Examinador – UFRN)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel (4º Examinador – UNICAP)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Recife, 15 de fevereiro de 2013.

Vice-Coordenadora: Profa. Dra. **Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza**

Para Leandro, cujo amor e apoio são essenciais.

Para Ruth e Raphaella, sempre inspiradoras.

AGRADECIMENTOS

A todos aqueles que colaboraram, direta ou indiretamente, para a realização deste trabalho.

'*Under no system can the power of courts go far to save a people from ruin; our chief protection lies elsewhere. If this be true, it is of the greatest public importance to put the matter in its true light.*'
James B. Thayer. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. 1893.

RESUMO

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate. 2013. 300f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

A presente tese estuda o debate abrangido pelas expressões ativismo e autocontenção judicial enquanto construções teóricas relacionadas ao exercício do controle de constitucionalidade pelos tribunais - especialmente o Supremo Tribunal Federal. Para tal fim, identifica duas perspectivas, complementares, na abordagem do tema: na primeira, ativismo e autocontenção correspondem às prescrições da teoria jurídica no conflito entre revisão judicial e democracia (soberania popular e poderes majoritários), caracterização em que se remete à doutrina norte-americana; na segunda, ativismo e autocontenção descrevem as respostas das cortes às demandas, objeto de estudos compartilhado pelas Teorias Positiva (política) e Normativa (jurídica), cuja apreciação depende das peculiaridades de cada abordagem. Na conjunção dos eixos analíticos, os termos serão analisados como representações das relações que o tribunal estabelece com a doutrina jurídica, que atribui os contornos para sua atividade, e com as instâncias de poder estatal, a explicitar seus sentidos e a validade desta discussão para a Teoria Constitucional. Por último, a partir das conclusões alcançadas, será analisado o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, através do modelo institucional atribuído à corte, do discurso jurídico produzido em torno da sua atividade – com a caracterização de seu ativismo - e das decisões prolatadas.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Autocontenção judicial. Controle de constitucionalidade. Doutrina jurídica. Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Activism and self-restraint at Supremo Tribunal Federal: a proposal of debate´s delimitation. 2013. 300f. Doctoral Thesis (PhD of Law) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

The present thesis studies the debate hosted by the terms judicial activism and judicial self-restraint as theoretical constructions related to the exercise of judicial review by the courts - particularlly by the Supremo Tribunal Federal. For this purpose, two complementary perspectives to the theme will be identified: first, activism and self-restraint as prescriptions of the Legal theory to the conflict between Judicial Review and Democracy (popular sovereignty and majoritarian powers), characterization that refers to the American doctrine; second, activism and self-restraint describe the responses of the courts to the lawsuits, which are studied by Positive (Politics) and Normative (Legal) Theories, whose appreciation depends on the peculiarities of each approach. Then, by comparing the analytical axes, the terms will be analyzed as representations of the relations that the courts establish with the legal doctrine, that assigns the contours to their activity, and with the instances of State power, in order to clarify their significations and to show the validity of this discussion to the Constitutional Theory. At last, based on the achieved conclusions, it will be analyzed the judicial review performed by the Supremo Tribunal Federal, based on the institutional model assigned, on the legal reasoning produced around its activity - with the characterization of its activism - and on the decisions handed down.

Keywords: Judicial activism. Judicial self-restraint. Judicial review. Legal theory. Supremo Tribunal Federal

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACLU	*American Civil Liberties Union*
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
AI	Agravo de Instrumento
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
Art.	Artigo
CF-88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DEM	Democratas
DJU	Diário de Justiça da União
EC	Emenda Constitucional
HC	*Habeas Corpus*
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
Min	Ministro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PFL	Partido da Frente Liberal
PSV	Proposta de Súmula Vinculante
RCl	Reclamação Constitucional
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
SUS	Sistema Único de Saúde
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 14

PARTE I
CORTE E DOUTRINA JURÍDICA: ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO COMO NOÇÕES CONTINGENTES NA TEORIA CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I
SOBERANIA POPULAR E CONSTITUCIONALISMO NO ARRANJO POLÍTICO-JURÍDICO NORTE-AMERICANO: DE *MARBURY v. MADISON* A CORTE LOCHNER 24
1.1 Soberania popular e constitucionalismo no arranjo político-jurídico "federalista" 25
1.2 A implementação da revisão judicial e as "questões políticas": de *Marbury v Madison* a *Scott v Sanford* 31
1.3 Deferência aos ramos de governo e presunção de constitucionalidade na transição para o século XX: a proposta de James Bradley Thayer 37
1.4 Os expoentes da auto-restrição na Corte Lochner: a atuação dos Juízes Holmes, Brandeis e Frankfurter na Suprema Corte 41

CAPÍTULO II
A CORTE WARREN E A TEORIA CONSTITUCIONAL POSTERIOR: DA DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA À CORTE GUARDIÃ DOS DIREITOS E DOS PROCESSOS DEMOCRÁTICOS 51
2.1 A transição para uma "Teoria Constitucional": "neutralidade" e metodologia no trabalho de Herbert A. Wechsler 52
2.2 A solução da dificuldade contramajoritária em Alexander Bickel: a importância das virtudes passivas na atuação da Suprema Corte 56
2.2.2 "TENSÃO LINCOLNIANA" E VIRTUDES PASSIVAS: A CORTE E O COLÓQUIO DE PRINCÍPIOS 59
2.2.3 OBSESSÃO CONTRA MAJORITÁRIA X ARTE DA PRUDÊNCIA? 63
2.3 Desconfiança dos processos de representação e a virada democrático-procedimental de John Hart Ely 68
2.3.1 POR UMA NOVA TEORIA DO *JUDICIAL REVIEW*: A CORTE COMO AFIANÇADORA DA DEMOCRACIA NOS PROCESSOS POLÍTICOS 68
2.3.2 GARANTIA DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E REPRESENTAÇÃO DE GRUPOS MINORITÁRIOS: A INTERPRETAÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS 74
2.3.3 DOS PRESSUPOSTOS ÀS CONSEQÜÊNCIAS DA PROPOSTA DE ELY: A CORTE PODE PROMOVER PARTICIPAÇÃO E REFORÇAR REPRESENTAÇÃO? 77

CAPÍTULO III
O MINIMALISMO DE CASS SUNSTEIN: O USO CONSTRUTIVO DO SILÊNCIO COMO ESTRATÉGIA DA CORTE PARA A DEMOCRACIA DELIBERATIVA 80
3.1 Pressupostos da democracia deliberativa e minimalismo: permissão e promoção do diálogo político 81
3.2 Argumentos teóricos incompletos e uso construtivo do silêncio como estratégias decisórias para o consenso 85
3.3 Minimalismo processual e substancial: da estreiteza e superficialidade aos compromissos normativos da democracia deliberativa 89

3.4 Para além do minimalismo racional: vontade da maioria x perfeccionismo na interpretação constitucional 94
3.5 Descrição, prescrição ou estratégia? Por uma avaliação do potencial democrático-deliberativo do minimalismo judicial 99
3.6 Por um espaço adequado de exercício da revisão judicial: conformação judicial, promoção democrática e interpretação 106

PARTE II
A CORTE ENTRE ESTRATÉGIA POLÍTICA E CRÍTICA JURÍDICA: ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO COMO DESCRIÇÕES DO EXERCÍCIO DA FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

CAPÍTULO IV
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E RESPOSTA JUDICIAL: UMA INCURSÃO PELA TEORIA POSITIVA 110
4.1 Das condições institucionais às repercussões no comportamento dos atores políticos e jurídicos: uma aproximação à judicialização da política 111
4.2 Expansão mundial e aprofundamento dos processos de judicialização da política: dos ciclos de constitucionalização 115
4.3 Das explicações para os processos de constitucionalização às interações entre as forças políticas: o ativismo judicial entre otimismo e pessimismo 119
4.4 Uma aproximação aos estudos sobre comportamento das cortes na *Judicial Politics*: modelo atitudinal, estratégico e institucionalismo histórico 126
4.4.1 MODELO ATITUDINAL E PREVISIBILIDADE: O PAPEL DAS IDEOLOGIAS NO COMPORTAMENTO JUDICIAL 128
4.4.2 A CORTE E SEU CONTEXTO INSTITUCIONAL: NOTAS SOBRE O MODELO ESTRATÉGICO 131
4.4.3 ABORDAGENS INSTITUCIONAIS: PELA CONJUNÇÃO DE ASPECTOS POLÍTICOS E JURÍDICOS 135

CAPÍTULO V
DAS MÚLTIPLAS DIMENSÕES DO ATIVISMO: UMA ANÁLISE JURÍDICO-POLÍTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS, DA ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS E DAS CORTES CONSTITUCIONAIS 140
5.1 Da origem do termo às perspectivas de estudo: uma aproximação ao ativismo judicial 141
5.2 Das diversas dimensões do ativismo judicial: política, metodológico-interpretativa e institucional 145
5.3 Neutralidade judicial e preferências individuais no processo decisório: o ativismo partidário e ideológico nos EUA 149
5.4 Por uma "adequada prestação jurisdicional": desconhecimento dos precedentes, *judicial legislation* e métodos "aceitáveis" de interpretação constitucional 153
5.5 A corte constitucional e suas relações com as instâncias de poder: ativismo institucional ou contramajoritário 160

CAPÍTULO VI
DA DELIMITAÇÃO DO ATIVISMO E DA AUTOCONTENÇÃO ENQUANTO PRESCRIÇÕES E DESCRIÇÕES DA TEORIA CONSTITUCIONAL 166
6.1 Ideologia política e crítica acadêmica: um obstáculo à cientificidade do debate acadêmico sobre ativismo judicial? 167
6.2 "Ciclos" da Teoria Constitucional: entre objetividade acadêmica e contingência histórica na definição dos critérios para a atuação judicial 171

6.3 Por uma dimensão "neutra" da discussão do ativismo e da autocontenção: um retorno à pesquisa quantitativa? 177
6.4 Da multiplicidade à operatividade: uma proposta de delimitação do ativismo e autocontenção enquanto prescrições e descrições da Teoria Constitucional 184

PARTE III
PARA ALÉM DA EMANCIPAÇÃO CONSTITUCIONAL? O ATIVISMO INSTITUCIONAL E METODOLÓGICO DO STF NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

CAPÍTULO VII
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: UMA APROXIMAÇÃO AO MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E AO STF 187
7.1 Judicialização da política e ativismo judicial no Brasil: uma distinção necessária 188
7.2 Das condições institucionais: o controle de constitucionalidade dentre as atribuições do "múltiplo" STF 193
7.3 Como o STF responde às demandas? Uma incursão pela pesquisa empírica sobre a atuação da Corte no controle de constitucionalidade abstrato 198
7.3.1 Da prevalência das questões processuais sobre as decisões de mérito 200
7.3.2 Controle da Administração Pública e das normas dos legislativos estaduais: o STF se aproxima de um Conselho de Estado? 203
7.3.3 O STF e suas relações com Executivo Federal e Congresso Nacional: uma corte deferente? 206
7.4 Como interpretar os dados? Uma defesa da análise dos processos decisórios do STF 209

CAPÍTULO VIII
DO ENGAJAMENTO ACADÊMICO À CRÍTICA JUDICIAL: O DEBATE JURÍDICO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL DO STF 213
8.1 Da reticência ao engajamento acadêmico pela pauta redistributiva da CF-88 213
8.2 "Neoconstitucionalismo à brasileira": linhas gerais de um movimento jurídico-ideológico 217
8.3 Democracia, separação de poderes e parâmetros normativos: linhas gerais do debate entre ativismo e autocontenção no Brasil 222
8.4 Das manifestações de ativismo do STF: entre casos e tendências 230

CAPÍTULO IX
CORTE E DOUTRINA JURÍDICA: UMA ANÁLISE METODOLÓGICO-INSTITUCIONAL DAS MANIFESTAÇÕES ATIVISTAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 236
9.1 Arbitramento de conflitos políticos e criação judicial do direito: o STF avança sobre o Legislativo? 237
9.2 Ativismo frente ao Poder Executivo: intervenção, crítica acadêmica e racionalização no controle judicial das políticas públicas 250
9.3 Ativismo jurisdicional e seletividade: abstrativização do controle difuso e centralização de competências decisórias no STF 254
9.4 O STF e as "questões morais controvertidas": ausência de deferência e maximalismo judicial 264

CONCLUSÕES 275

REFERÊNCIAS 281

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo atual adquiriu seus contornos iniciais nos Estados Unidos do século XIX, quando a Suprema Corte, no célebre caso *Marbury v. Madison*, estabeleceu a premissa da hegemonia da constituição como norma estruturadora da produção do direito. Nos países filiados à tradição romano-germânica, a redemocratização da Europa após a Segunda Grande Guerra introduziu outra faceta deste arranjo, respaldado na positivação de valores morais nos textos constitucionais e na aposta nas potencialidades da jurisdição – e dos tribunais constitucionais - para a garantia do acordo firmado.

Com o sucesso dessas experiências, cogita-se um novo modelo – a "democracia judicial" ou "juristocracia"[1] - , amparado na supremacia constitucional e na revisão judicial de legislação, que se tornou um fenômeno globalizado, uma fórmula acolhida nos mais distintos ordenamentos. A transformação das cortes numa parte crucial do sistema político de diversos países, porém, é cercada de divergências. Sobre a atuação do poder judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, pairam dúvidas acerca da sua compatibilidade com o princípio democrático[2], dos riscos representados pela interferência na atuação dos poderes majoritários – legitimados pelos critérios da democracia representativa e por serem dotados de estrutura e meios técnicos para consecução de suas funções constitucionais - e, por fim, dos métodos e formas empregados para atingir suas finalidades.

Da relevância pública das instituições judiciais, tem-se que as referidas objeções não mais se restringem aos juristas e aos acadêmicos das diversas áreas de conhecimento que compartilham desse intrigante objeto de estudos. Com efeito, a expansão do discurso jurídico é descrita, nos meios de comunicação, por um conceito operacional acadêmico – a judicialização da política – ao passo que as decisões quanto às demandas encaminhadas são eventualmente retratadas como exercício de ativismo judicial.

No Brasil, verifica-se processo semelhante.

---

[1] HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006, p. 727.

[2] As diferentes teorizações acerca da democracia parecem trazer, cada uma, um parâmetro para a aferição da função da jurisdição constitucional e algumas privilegiam a busca pela potencialidade neste instrumento para o fortalecimento dos elementos democráticos num desenho institucional. A avaliação de uma contradição entre democracia e constitucionalismo - e, por conseguinte, da jurisdição constitucional, vai além do reconhecimento das credenciais elitistas e contramajoritárias desta concepção e depende da definição do tipo de democracia que se tem em referência. Como lembra Boaventura de Sousa Santos, a expressão democracia, hoje, abrange diversos modelos e práticas - representativa, participativa, deliberativa - a configurar uma "demodiversidade". SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

O Supremo Tribunal Federal integra, hoje, a vida política brasileira. Suas decisões são debatidas pelos agentes políticos e se converteram num importante tópico de discussões na opinião pública. Na academia, o reconhecimento da judicialização da política e a imputação de um ativismo judicial ao tribunal – fenômenos comumente identificados – é uma abordagem freqüente. Há uma vasta produção literária que estabelece uma espécie de consenso de que o Poder Judiciário – e mais especificamente, seu órgão de cúpula – encaminha-se para um protagonismo frente aos poderes majoritários.

Assim, questiona-se a atuação do Supremo Tribunal Federal, por uma "indevida" intervenção nas funções legislativa e executiva, em detrimento da distribuição constitucional de competências, pela centralização da interpretação em prejuízo dos demais órgãos jurisdicionais e pelo potencial lesivo que esta representa para o incipiente arranjo democrático. Em contrapartida, a previsão do art. 102 da Constituição de 1988, que atribui ao Tribunal a guarda de seus conteúdos, e a própria doutrina jurídica, que – sobretudo nos anos 1990 e 2000 – convoca(va) a instituição para o exercício das suas competências, sob o discurso da efetividade constitucional, justificariam a assunção de novos papéis pela instituição.

Como diagnóstico – ou solução - desta complexa equação, exsurge a discussão em torno de duas "posturas" antagônicas que podem ser atribuídas ao judiciário: autocontenção ou ativismo judicial. Ao invés de esclarecimento, contudo, os referidos termos evocam as controvérsias em torno do exercício da jurisdição constitucional e provocam mais dúvidas que consensos.

O presente trabalho se propõe a investigar a possibilidade de delimitação das expressões ativismo e autocontenção judicial enquanto construções teóricas relacionadas ao exercício da revisão judicial pelos tribunais encarregados do controle de constitucionalidade - no caso brasileiro, o STF.

Ao final, pretende responder às seguintes questões:

(a) O que representam as noções de ativismo e autocontenção judicial?

(b) Qual a utilidade destas definições para o debate constitucional?

(c) Quais são (seriam) as características do "ativismo" do Supremo Tribunal Federal?

Para tal fim, proponho (i) uma incursão pela doutrina norte-americana, na qual a discussão sobre o tema alcança proporções inimagináveis em outros ordenamentos, e (ii) a aproximação dos debates entre juristas e cientistas políticos, que compartilham deste importante objeto de estudos, para (iii) a partir da descrição e análise da atuação do Supremo

Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade ulterior a 1988, confrontar a validade das sugestões que pretendo fornecer para a delimitação dos termos.

A hipótese geral é que o ativismo e a autocontenção judicial são representações das relações em que um tribunal se insere – com as instâncias de poder estatal, mas também com a doutrina jurídica que atribui os contornos para sua atividade.

É de se destacar que a grande discussão em torno do ativismo judicial – e eventualmente, da autocontenção – poderia comprometer a necessária originalidade do tema. A Tese inova pelo caminho que propõe e pelos objetivos designados: rever os pressupostos jurídicos do debate, delimitar as discussões albergadas por estes termos, avaliar o potencial explicativo das citadas categorias, a partir do emprego, pela doutrina jurídica brasileira, dessas noções na análise do Supremo Tribunal Federal e mais, vislumbrar quais as contribuições que essas constatações podem oferecer para a Teoria Constitucional.

Ressalto que a judicialização da política foi objeto da minha Dissertação de Mestrado, defendida em 17.03.2006. Naquela oportunidade, caracterizei um processo de encaminhamento de demandas políticas ao Judiciário, com a redefinição do sempre almejado – e pouco constatado – equilíbrio entre os poderes no Brasil, em decorrência da previsão institucional e da incorporação do discurso jurídico às dinâmicas dos atores políticos – potencializados por uma doutrina jurídica que via no Direito e suas instituições um caminho para "efetivação das promessas modernas".

O reconhecimento da crescente influência do Tribunal na vida brasileira desde então, o acréscimo e fortalecimento de novos institutos do controle de constitucionalidade, aliados às novas condições políticas, trazem distintos contornos a este processo. Retomo o debate e as constatações daquele trabalho são um ponto de partida para um objeto de estudos mais complexo e ambicioso: as respostas do tribunal constitucional - e sua "aceitabilidade" ou não – ou seja, o debate entre ativismo e autocontenção, em suas dimensões prescritiva e descritiva.

É importante ressaltar que a discussão em torno do ativismo e autocontenção transcende a análise jurídica, sendo compartilhada também pelos cientistas políticos – ou pela Teoria Positiva e Normativa. Esta se encarrega da prescrição sobre os critérios a serem observados nas decisões e posturas do judiciário na sua atuação; aquela questiona os fatores que motivam os juízes a decidir os casos e quais forças influenciam seus julgados, ao levar em consideração o exercício de uma atividade política.

Diante da interdisciplinariedade do objeto, a sugestão é aproveitar as explicações sobre o comportamento judicial e o estudo, através de dados empíricos, dos processos políticos pelos quais as cortes são constituídas e suas decisões produzidas e aplicadas,

fornecidas pela *Judicial Politics* - ramo que insere entre Direito e Política, mas comumente representa os dois, numa abordagem dependente do formato do tribunal e do contexto dos casos apreciados[3].

Seguramente, a aproximação entre abordagens distintas está sujeita a questionamentos, por ambos os espectros. Há ampla literatura na defesa da conjunção destas análises, que não constitui propriamente uma "novidade"; sempre ocupada, contudo, das repercussões, para cada disciplina, desta interdisciplinaridade[4].

Meu objetivo, com o estudo da Teoria Positiva, é compreender melhor as possibilidades de exercício da fiscalização de constitucionalidade e, por conseguinte, os fatores que permitem a afirmação do ativismo e da autocontenção judicial. Tento, deste modo, converter uma dificuldade[5] – o estudo dessas questões, em outra disciplina, sob pressupostos distintos – num elemento importante da Tese: contribuir para o debate jurídico sobre as relações que os magistrados estabelecem com as outras instituições estatais.

Nesta interação, também serão expostos os dados coletados em algumas pesquisas quantitativas e qualitativas, oriundas dos estudos sobre judicialização da política no Brasil

---

[3] Esse ramo específico era anteriormente conhecido como *Public Law* e, em virtude do deslocamento para o estudo dos tribunais, juízes e outros atores do meio judicial, hoje é denominado de *Judicial Politics.* WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.) **The Oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 9; 20. Essa interação é antiga. Segundo Martin Shapiro, a corrente da autocontenção judicial colaborou com a Jurisprudência Política, ao reconhecer que a corte tem um objeto político que deve estar restrito a política. Existem, ainda, outras contribuições doutrinárias no universo da Ciência Política e do Direito Constitucional, que mostram uma tendência de incluir a análise política na discussão das questões constitucionais. Tal relação, todavia, não é pacífica, tendo-se como exemplo a noção de neutralidade, de difícil assimilação pelos cientistas políticos. SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 24.

[4] BAILEY, Michael A.; MALTZMAN, Forrest. Does legal doctrine matter? Unpacking law and policy preferences on the U.S. Supreme Court. **American Political Science Review**, v. 102, n. 3, p. 369-384, aug. 2008, p. 370-2. Segundo Friedman, o problema para que os normativistas aceitem esta abordagem conjunta é que um dos principais motes do sistema constitucional é a separação da teoria da política. Mas em noções como independência judicial e separação de poderes, por exemplo, a interação se mostra necessária. FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, p. 257-337, dec. 2005, p. 258; 260. Em ambos os trabalhos, Friedman propõe uma agenda de interação, e sugere que os cientistas políticos utilizem-se das informações e dados fornecidos pelos juristas, que podem ajudá-los no estabelecimento de hipóteses e na análise dos resultados das pesquisas realizadas. Há uma tendência recente entre os juristas norte-americanos de buscar elementos da pesquisa na Ciência Política, e, dentre outras colaborações, o desenvolvimento de pesquisas empíricas no Direito Constitucional. De todo modo, aqui serão primariamente expostas as vantagens que a interação pode oferecer aos juristas, e não o inverso, considerando que o presente trabalho volta-se a Teoria Geral da Constituição. FRIEDMAN, Barry. Taking law seriously. **Perspectives on Politics**, v. 4, n. 2, p. 261-276, Jun. 2006. FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, p. 257-337, dec. 2005, p. 337. No Brasil, as sugestões são acolhidas por Luís Roberto Barroso. BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em 12 fev 2012.

[5] Sou consciente das dificuldades implicadas numa abordagem indisciplinar. Como alerta Friedman, "*at best, interdisciplinary work, done poorly, teaches us nothing, or nothing of value. At worst, it can lead to more confusion than illumination*". FRIEDMAN, Barry. Taking law seriously. **Perspectives on Politics**, v. 4, n. 2, p. 261-276, jun. 2006, p. 261.

produzidos nos últimos anos. Não procedi à investigação empírica, mas pretendo aproveitar as informações relatadas por outros pesquisadores, para interpretá-las, considerando que o presente trabalho é jurídico – e teórico - voltado especificamente ao Direito Constitucional e à Teoria da Constituição, ainda que na tênue distinção entre este ramo e a Política Constitucional.

Na abordagem das contribuições da Teoria Constitucional acerca da revisão de constitucionalidade – ou seja, na prescrição de um ativismo ou da autocontenção, direciono os estudos – como dito - para o debate jurídico estadunidense. Ao invés de buscar as citadas definições em diversos ordenamentos, com seus modelos institucionais específicos e teorizações próprias, nos quais a discussão é recente ou pouco relevante, preferi concentrar-me num sistema que se ocupa desse tema há mais de um século. Pareceu-me adequado, num trabalho que vislumbra a interação entre doutrina constitucional e corte como um dos aspectos mais relevantes dessas descrições, encarregar-me de um ordenamento específico[6], cujos aportes teóricos são influentes em todo o mundo.

A pretensão não é transplantar formatos, tampouco afirmar que aquele debate acadêmico é aplicável - inadvertidamente - ao contexto jurídico e político brasileiro. Por isso, levo em consideração a distinção entre as espécies de controle de constitucionalidade - abstrato/ europeu-kelseniano ou concreto/norte-americano - e a caracterização de um "modelo híbrido" no Brasil, após a Constituição de 1988; e, ainda, a proximidade da tradição jurídica brasileira com o direito continental, percebida na influência da doutrina ibérica[7], na (re)construção da dogmática brasileira após a Nova Carta. O trabalho norteia-se pela preocupação com o esclarecimento das peculiaridades institucionais e pressupostos teóricos de cada discussão.

---

[6] Embora não seja um trabalho de Direito Comparado, tem-se o engajamento na proposta de um contextualismo, como define Mark Tushnet, na compreensão de que o Direito Constitucional é "profundamente incorporado nos contextos institucional, doutrinário, social e cultural de cada nação", de modo que qualquer análise deve ter foco específico nos aspectos doutrinários e institucionais de teorias próprias. TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 10.

[7] A inserção da CF-88 na chamada "terceira onda de judicialização" - decorrente da redemocratização posterior a períodos autoritários – assim como a Constituição Portuguesa de 1976 e Constituição Espanhola de 1978, a necessidade de construção de uma dogmática adequada às características desses textos expansivos e a proximidade linguística colaboram para essa influência. Destaque-se, por fim, a nítida inspiração alemã nas construções desses sistemas. Mas o direcionamento à doutrina estadunidense não é propriamente uma novidade na doutrina brasileira. A implementação do STF nas últimas décadas do século XIX marcou uma forte influência de construções como a *political questions* e o tema da aplicabilidade das normas constitucionais. Verifica-se uma nova tendência, nas contribuições de autores como John Hart Ely, Bruce Ackerman, Cass Sunstein e Ronald Dworkin, que foram incorporadas à discussão acadêmica brasileira. Gustavo Ferreira Santos, após expor as linhas gerais dos pressupostos formais construídos pela legislação e pela atividade da corte norte-americana, visualiza as repercussões destes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas alterações nas regras do

Se a amplitude do tema pesquisado pode ser vista como uma vantagem, esta é acompanhada de uma dificuldade: a eleição dos marcos teóricos do trabalho.

Para a caracterização da autocontenção e ativismo judicial como prescrições da doutrina jurídica, optei por determinados autores, representantes de fases e debates específicos desenvolvidos em função da atividade da Suprema Corte dos Estados Unidos, para caracterizar o importante processo de construção teórica e interação com o tribunal para, ao final, articular os argumentos em prol de uma ou da outra postura.

Foram selecionadas as contribuições de juristas cujas concepções são importantes na compreensão do instituto da fiscalização de constitucionalidade e válidas em qualquer ordenamento, resguardadas as peculiaridades de cada sistema jurídico[8]. A análise que vou oferecer dos autores volta-se aos aspectos de suas obras relacionados com a idéia de restrição judicial ou de afirmação desta atividade, mas explicitarei seus pressupostos e as circunstâncias em que foram construídas, as críticas que lhes são dirigidas e a receptividade na academia, sem prejuízo das inevitáveis considerações críticas.

Num segundo momento, em que me dedico às descrições das respostas judiciais, passo ao mapeamento das classificações e conceitos para explicitação das relações mantidas pela Corte. Tentarei isolar as contribuições peculiares do sistema estadunidense, em prol da delimitação das discussões abrigadas sob os termos autocontenção e ativismo, de modo a torná-las válidas para outras situações.

Ao final, o resgate do debate brasileiro sobre ativismo judicial será feito a partir das prescrições no Direito Constitucional pátrio – com especial atenção aos autores que colaboraram na concepção de um aparato técnico aplicável à interpretação da Constituição de 1988 ou daqueles cujos textos são representativos da visão de que o Supremo Tribunal Federal seria ativista. Mantendo as opções descritas anteriormente, também serão expostos os resultados e observações das pesquisas realizadas sobre o mencionado Tribunal.

O trabalho é estruturado em Três Partes, sem prejuízo da distribuição entre Capítulos – cada uma delas conta com Três Capítulos referentes ao seu objeto específico.

A **Parte I** se dedica à caracterização do ativismo e da autocontenção judicial como prescrições da doutrina jurídica, que se ocupa da fixação de parâmetros conformadores da atividade dos juízes na fiscalização de constitucionalidade, construções amparadas na

---

controle de constitucionalidade brasileiro. SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 172, p. 45-55, 2006, p. 48-55.

[8] Devo ressaltar que "escolas hermenêuticas" típicas daquele sistema, como o originalismo, o interpretativismo e outros, foram deixados de lado, precisamente pela preocupação acima justificada.

interação entre corte e tribunal. As teorias analisadas têm como ponto em comum a aceitação da revisão judicial e buscam um espaço adequado para o exercício dessa atividade[9].

Minha hipótese é que, da preocupação democrática e da necessidade de conformação entre os poderes, os juristas constroem argumentos que pretendem nortear os tribunais no exercício do controle de constitucionalidade. Estas "técnicas" podem ser interpretadas como "estratégias", que conciliariam a revisão judicial com uma dada concepção de democracia. São contingentes, pois surgem como respostas teóricas às decisões da Suprema Corte – e espelham, ainda, as contribuições da Teoria Geral do Direito num dado momento.

Como introdução ao problema, resgatarei no **Capítulo I** a contraposição entre constitucionalismo e soberania popular nos debates "federalistas", que mostram uma indefinição sobre o papel do tribunal no arranjo jurídico-político formatado na Constituição Norte-Americana. Posteriormente, com a concretização da revisão judicial (atribuída à decisão de *Marbury v. Madison*), exponho as teorias que forneceram os fundamentos para sua atividade ainda nos primórdios do século XX, representadas pelo trabalho de James B. Thayer, e seus parâmetros de deferência e presunção de constitucionalidade. Suas contribuições repercutiram na atividade de juristas declaradamente influenciados por sua obra, quando atuaram perante a Suprema Corte, que também a reinterpretaram e estabeleceram novos critérios para o exercício da limitação – ou auto-restrição.

No **Capítulo II**, exponho os esforços para compreensão da revisão judicial, após as inovações empreendidas pelos julgados da famosa Corte Warren. Consolidada a possibilidade de uma corte comprometida com uma agenda liberal-igualitária, os autores levam em consideração o déficit democrático desta atividade e apresentam novas soluções.

Herbert Wechsler caracteriza a transição para as novas teorizações, numa interessante tentativa de estabelecer cânones metodológicos que, se observados pelo tribunal, poderiam imunizá-lo da censura doutrinária. Alexander Bickel destaca-se pela proposta de um tribunal fomentador de um debate público (como um "colóquio de princípios") e que, no exercício da prudência, desempenha suas "virtudes passivas". John Hart Ely, no início dos anos 1980, ao adotar uma perspectiva procedimental da democracia, traz uma original inversão: sua corte, ao invés de contramajoritária, torna-se uma guardiã da democracia, por promover os processos deliberativos e reforçar a representação política, na defesa de uma "pauta" de direitos voltada a esses fins.

[9] Por isso, importantes contribuições e críticas atuais – como o "constitucionalismo popular", de Larry Kramer ou a proposta de Mark Tushnet – não serão objeto de estudo específico neste capítulo. Devo destacar que o presente trabalho parte da noção de que autocontenção e ativismo judicial – enquanto contribuições da Teoria Normativa - referem-se à incessante busca pela legitimidade e funcionalidade das cortes para o concerto político.

O **Capítulo III** reproduz o debate atual sobre o papel da jurisdição constitucional e como representante das novas construções, elegi o trabalho de Cass R. Sunstein e seu "minimalismo", reconhecido como um dos mais consistentes esforços de conformação da revisão judicial. A conjunção dos aspectos institucionais e decisórios, permeada por considerações atinentes ao papel da fiscalização de constitucionalidade no espectro político, torna seu estudo importante na compreensão da perspectiva de autocontenção judicial. A proposta de inserção num projeto mais complexo – a versão deliberativa da democracia fortalece seus pressupostos – fazem a discussão do seu trabalho particularmente interessante[10].

O estudo do minimalismo - com aportes da perspectiva que lhe é contraposta, o perfeccionismo[11] – e das críticas dirigidas a esta sugestão permitem finalizar a Parte I como um bom diagnóstico do debate jurídico atual, assentado no importante paradigma hermenêutico, para as compreensões em torno do ativismo e da autocontenção.

A **Parte II** se refere ao ativismo e seu correlato como descrições da atividade judicial, um objeto de estudos que é compartilhado por juristas e cientistas políticos. A partir da conjunção entre as explicações fornecidas por estas disciplinas, pretendo "mapear" as diversas dimensões de debate abrangidas por estas expressões. Minha hipótese consiste na possibilidade de que, dos aportes de ambas as perspectivas de estudo – a Teoria Normativa (Jurídica) e a Teoria Positiva (Política) sobre a jurisdição constitucional - delimitar a discussão desenvolvida sob os termos e assegurar sua operatividade para a Teoria Constitucional.

No **Capítulo IV**, caracterizo o parâmetro explicativo da judicialização da política, que permite definir as linhas gerais do processo de expansão das cortes e de seu aparato teórico – o constitucionalismo – em todo o mundo. Pontifico, ainda, a necessidade de observar as características de cada sistema político e jurídico, que definem a relevância e intensidade

---

[10] SUNSTEIN, Cass R.. Beyond judicial minimalism. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 432, p. 01-25, set. 2008, p. 827. Assim, em detrimento do elevado grau de abstração das aspirações coletivas traduzidas nas constituições, cabe às cortes, no exercício da revisão judicial, "dizer nada mais que o necessário para justificar um resultado, (...) deixando o máximo possível não decidido". Esta postura "minimalista" é defendida, com a proposta de que os juízes somente se utilizem da "grande teoria" na medida em que esta é necessária para resolver a controvérsia posta à sua apreciação. SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 3-4.

[11] O perfeccionismo é representado nas teorias que pretendem empreender uma melhor compreensão da constituição, em que as decisões judiciais, apoiadas em considerações abstratas, amplas e profundas, almejam alcançar uma solução adequada da questão constitucional, a ser observada nas interpretações futuras sobre o tema. Esse perfeccionismo, no plano decisório, daria margem a um "maximalismo" oposto às pretensões minimalistas. SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 5-15. SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 23.

deste processo nos contextos específicos[12]. Neste universo, destacam-se as respostas judiciais – ou ativismo – cujos modelos explicativos, na *Judicial Politics*, serão objeto de análise mais detida.

No **Capítulo V**, fixada a interdiscplinariedade do objeto de estudos, proponho uma aproximação entre as distintas perspectivas de abordagem e a descrição dos múltiplos sentidos da expressão ativismo judicial.

No **Capítulo VI**, enfrento os obstáculos à cientificidade e operatividade da contraposição entre ativismo e autocontenção para, em seguida, cogitar seu potencial explicativo da atividade de revisão judicial desempenhada pelos tribunais. Delimitado um objeto de estudos, discuto as contribuições que as prescrições e descrições representadas por estes termos podem fornecer para a Teoria Constitucional.

A **Parte III** da Tese se dedica à discussão em torno do ativismo e da autocontenção no Brasil, a partir da atuação do Supremo Tribunal Federal. O objetivo é confrontar minha proposta com a avaliação doutrinária em torno de uma expansão ou interferência do tribunal no controle de constitucionalidade – concentrado e difuso.

No **Capítulo VII**, descrevo as linhas gerais da judicialização da política brasileira, diante das previsões da CF-88 e do fortalecimento das instituições jurídicas, com especial atenção à configuração institucional do STF e às pesquisas empíricas já desenvolvidas quanto à sua atividade.

No **Capítulo VIII**, caracterizo o debate da teoria jurídica brasileira sobre a atuação do STF, que culmina com a avaliação de um ativismo do tribunal, a partir dos "eixos" analíticos sob os quais estruturei a Tese: na identificação da dimensão prescritiva e, posteriormente, na dimensão descritiva.

Por fim, no **Capítulo IX**, analiso julgados tidos como representativos da consolidação de um ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, para constatar se a delimitação do ativismo procedida corresponde à apreciação acadêmica do tema e, ao final, responder às indagações propostas.

Neste momento, o leitor já deve ter percebido algumas opções estilísticas.

A escolha da primeira pessoa do singular – pouco comum na produção acadêmica jurídica brasileira – deve-se à necessidade de distinguir as oportunidades em que estabeleço um juízo pessoal sobre a teorização ou informação descrita. A profusão de fontes citadas

[12] WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.) **The Oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 9; SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 24.

corrobora a opção, numa inegável pretensão estratégica: distanciar minha contribuição ao tema dos entendimentos já estabelecidos por outros membros da comunidade acadêmica.

É de se observar, ainda, a preferência pelo sistema completo de citações, que permite a rápida consulta à fonte citada e o constante recurso aos "rodapés explicativos", utilizados para esclarecer ou pontificar aspectos importantes dos temas discutidos e das obras citadas, mas subsidiários aos argumentos desenvolvidos.

Num trabalho largamente amparado na literatura em inglês, optei pela tradução dos textos ao português quando transcritos no corpo do texto, para facilitar a leitura. Estas versões são de minha responsabilidade. Nos rodapés, contudo, as reproduções de documentos históricos ou de trechos de livros e artigos especialmente interessantes foram citadas no idioma original. As expressões em língua estrangeira foram destacadas em itálico, e o mesmo ocorre com os aspectos que pretendo salientar; já os termos específicos utilizados pelos autores e títulos de obras estão entre aspas.

PARTE I

CORTE E DOUTRINA JURÍDICA: ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO COMO NOÇÕES CONTINGENTES NA TEORIA CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I

SOBERANIA POPULAR E CONSTITUCIONALISMO NO ARRANJO POLÍTICO-JURÍDICO NORTE-AMERICANO: DE *MARBURY v. MADISON* A CORTE LOCHNER

Sumário: 1.1 Soberania popular e constitucionalismo no arranjo político-jurídico "federalista". 1.2 A implementação da revisão judicial e as "questões políticas": de *Marbury v Madison* a *Scott v Sanford.* 1.3 Deferência aos ramos de governo e presunção de constitucionalidade na transição para o século xx: a proposta de James Bradley Thayer. 1.4 Os expoentes da auto-restrição na Corte Lochner: a atuação dos Juízes Holmes, Brandeis e Frankfurter na Suprema Corte

Como introdução às teorizações sobre a jurisdição constituicional, pretendo situar, no presente capítulo, a contraposição entre constitucionalismo e soberania popular na formação jurídica norte-americana, potencializada com a anunciada possibilidade de intervenção judicial nas decisões dos representantes dos ramos de governo majoritários em *Marbury v. Madison,* e as primeiras contribuições em torno da racionalização desta atividade.

Consolidado o exercício da fiscalização de constitucionalidade, as preocupações da doutrina estadunidense no início do século XX voltaram-se à noção de auto-restrição, aqui representada pelo trabalho de James B. Thayer, no estabelecimento de parâmetros como a deferência às decisões dos demais poderes e o reconhecimento de uma presunção em torno de sua constitucionalidade.

Depois dos episódios do período do *New Deal, as* contribuições do autor reverberaram na atividade de juristas declaradamente influenciados por sua obra, quando atuaram perante a Suprema Corte, como os famosos Oliver Wendell Holmes Jr., Louis Brandeis e Felix Frankfurter, que também formularam novos critérios para o exercício da

limitação judicial. Ao final, a ideia é mapear os diversos argumentos em prol da restrição judicial, contemporâneos à introdução do controle de constitucionalidade.

1.1 Soberania popular e constitucionalismo no arranjo político-jurídico "federalista"

A Revolução Norte-Americana corresponde ao processo de ruptura da então colônia com a metrópole inglesa e formação de uma nova "nação", a partir um arranjo político-jurídico inovador. Inicialmente, a Declaração de Independência de 1776 fundamentou-se politicamente na afirmação da soberania popular contra a "tirania" e as violações aos direitos do homem, e no direito de auto-imposição de uma constituição. Na segunda fase, o desafio era estruturar o novo equilíbrio de forças e os diversos interesses que estas representavam no texto constitucional vindouro.

No conjunto de artigos publicados na imprensa de Nova York, posteriormente compilados sob o título "O Federalista", Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, influentes na luta pela Independência, defendiam veementemente uma nova ordem jurídica, que apresentaria maiores vantagens – econômicas e administrativas - do que a estrutura confederativa então vigente.

A influência de John Locke era evidente, com a perspectiva de um contrato social, que estruturasse as relações entre os cidadãos e estabelecesse seu consentimento ao governo, fundamentado no governo do povo. Esse acordo não estava imune a riscos, como o representado pelas "facções", compreendidas como os grupos de cidadãos que agiriam sob o "impulso comum" ou "interesses" contrários aos "desejos permanentes e coletivos da sociedade" e outros agrupamentos.

A noção de soberania popular, porém, impunha a manutenção de todos os grupos políticos como condição necessária para a democracia. A "solução" apresentada por James Madison era simples: controlar os males que as facções poderiam ocasionar à sociedade.

Nesta construção, os meios políticos de canalização das expectativas de diversos grupos na vontade estatal – representação popular e governo – deveriam ser continuamente limitados por princípios fundamentais assegurados na Constituição. A deliberação constituinte, desapegada de interesses momentâneos e direcionada às grandes questões da nação, forneceria a base para o exercício dos poderes constituídos.

A vontade popular – atual e futura – para não ser eclipsada pelas paixões da política ordinária, vincular-se-ia às decisões expostas na constituição, assegurada pelos institutos

relacionados à estrutura do governo, como separação de poderes, federalismo, bicameralismo, representação popular e outros. Esta fórmula, portanto, seria apta a garantir a sobrevivência de todos os grupos, mas restringir os efeitos "nocivos" que alguns destes podem trazer ao sistema político.

Para James Madison, a supremacia legislativa fortaleceria a instituição frente aos demais poderes, situação arriscada quando os parlamentares olvidassem de seu papel representativo e se vissem como o próprio povo, submetendo o executivo e o judiciário à sua "tirania" [13].

Inevitável constatar, da leitura do clássico, a desconfiança quanto ao legislativo - instituição fundamental no acordo político inglês - e das maiorias políticas representadas em uma de suas câmaras.

Por isso, autores como Roberto Gargarella interpretam que o constitucionalismo, nesta preocupação com o exercício da deliberação através da representação, exprime uma concepção de pressupostos conservadores e elitistas. No século XVIII, as assembléias locais, influenciadas por pequenos proprietários endividados, dentre outros fatores, em conseqüência das guerras de independência, passaram a emitir papel-moeda, o que permitia a quitação dos débitos juntos aos credores. Como medida adicional, algumas passaram a estabelecer multa para os que não aceitassem essa forma de pagamento, como ocorreu em Rhode Island. Para Alexander Hamilton, esses episódios denotariam um "despotismo da legislatura", com o risco de que os parlamentares se convertessem em "ditadores perpétuos".

Somadas a essas questões fáticas, ter-se-iam "fundamentos filosóficos elitistas", na idéia de que alguns princípios políticos não seriam perceptíveis aos cidadãos comuns - as 'verdades primárias', defendidas por John Locke -, além da percepção da irracionalidade das decisões coletivas.

Deste modo, o constitucionalismo norte-americano, em sua origem, estaria amparado na noção de que alguns indivíduos teriam as virtudes necessárias para tomar as decisões justas em nome coletivo. Haveria, ainda, a premência de assentar uma "igualdade de condições" entre as maiorias políticas (representadas no legislativo) e as minorias (constituída pelos proprietários ou credores) no governo[14].

---

[13] HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: UNB, 1984, p. 142-154. As idéias de Madison foram expostas no Federalista n.º 9 e n.º 10.

[14] GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno** – sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996, p. 12-ss.

Alexander Hamilton, no Federalista n.º 78, partindo das mesmas premissas, propõe um remédio "controverso", ainda que não totalmente desconhecido[15]: a possibilidade de que os juízes, amparados na defesa dos valores fundamentais da Constituição, pudessem anular os atos legislativos que a contrariasse. Tem-se, assim, a garantia futura de que a vontade do poder constituinte se sobreporia a qualquer eventual maioria que intentasse pôr em risco o acordo constitucionalizado[16].

Com amparo nestes fundamentos, a prática política americana assumiu a primazia dos conteúdos constitucionais como parâmetro jurídico, a condicionar toda a produção normativa estatal, que passa a dever-lhe consonância. Com o estabelecimento do sistema de freios e contrapesos, o Poder Judiciário também se responsabilizava pela limitação dos abusos dos legisladores, a restabelecer, quando necessário, a estrutura prevista na lei maior[17].

Aventou-se o instituto da revisão judicial; justificou-se essa hipótese na constituição, mas não havia uma expectativa de que a Suprema Corte implicasse em risco aos demais poderes, tampouco ao sistema político. É o que se infere da famosa expressão de Alexander Hamilton, de que o "judiciário será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição"[18].

---

[15] Scwartz noticia que, embora não fossem exprimidas nos termos de uma alegação de inconstitucionalidade nos moldes hoje conhecidos, no período de 1780 a 1787, havia casos em alguns estados em que se aventava a hipótese de que o judiciário exercesse seu poder para apreciar a constitucionalidade de atos legislativos. Assim, havia precedentes como em *Holmes v Walton* (New Jersey, 1780); *Commonwealth v Caton* (Virginia, 1782); *Rutgers v Waddington* (New York, 1784), causa em que Alexander Hamilton atuou, na qual um estatuto estadual foi anulado por sua desconformidade com os tratados; *Bayard v Singleton* (North Carolina, 1987), em que se afirmou que nenhuma norma poderia alterar ou violar a constituição, que permaneceria "*in full force as the fundamental law of the land*". Os precedentes pré-constitucionais sofreram revezes, como a Resolução da Assembléia de New York, que limitava o poder das cortes. Interessante notar que o argumento contrário a esta atuação referia-se ao receio de comprometimento da segurança jurídica e, em conseqüência, do exercício do direito de propriedade, além da liberdade. SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 7-10.

[16] HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: UNB, 1984, p. 580-583.

[17] Fundamental, a partir da leitura feita pelo jurista argentino desse processo, lembrar que este arranjo era dependente da confiança depositada nos membros do judiciário para o desempenho deste papel "garantidor". Essa confiança é creditada a certos fatores, como a formação de seus membros, e questões institucionais, como a garantia de estabilidade e o processo seletivo distinto daquele ocorrido nos demais poderes, dentre outros. GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno** – sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996, p. 12-37.

[18] No original, "*Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The executive not only dispenses the honours, but holds the sword of the community; the legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated; the judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither Force nor Will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments."(…)"This simple view of the matter suggests several important consequences. It proves incontestably that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power;* that it can never attack with success either of the other two; and that all possible care is*

O arranjo político-jurídico da nova democracia assentou-se em duas perspectivas "contrastantes": soberania popular e constitucionalismo. Interessa notar que "O Federalista" não oferece uma resposta única quanto ao futuro papel dos juízes e da própria Constituição naquele sistema[19]. Mas defensores e detratores do texto aprovado concordavam num ponto: a revisão judicial seria uma importante característica da nova ordem[20].

Em verdade, os autores divergem quanto aos pressupostos, meios e conseqüências daquele que Stephen Holmes define como um grande "paradoxo": a exigência de que os cidadãos restrinjam sua capacidade de influir no debate político para assegurar sua constante participação nas esferas decisórias[21].

Na leitura de Robert McCloskey, esta contradição acabaria por "mover" o direito constitucional e a própria noção de soberania nos EUA. A soberania popular representa a vontade dos cidadãos, na visão de um estado ativo (positivo); ao passo que a lei fundamental se refere aos limites, que remete ao lado restritivo (negativo) do embate político. Essas noções, ao invés de "fundidas" na constituição, na idéia de que esta sugere uma limitação da vontade popular, parecem ter sido reverenciadas paralelamente na história política daquele país. Isso justificaria a manutenção conjunta de instituições voltadas a ideais distintos – parlamentos e tribunais – que representariam o "dualismo da mente política americana". Conforme o autor, essa propensão de manter simultaneamente perspectivas "opostas" ajudaria a explicar o fortalecimento da própria Suprema Corte naquele sistema[22].

Bruce Ackerman, por sua vez, rejeita a "tensão" entre soberania popular e revisão judicial, em seu grandioso projeto - que integra História, Ciência Política e Filosofia - que

---

requisite to enable it to defend itself against their attacks. It equally proves, that though individual oppression may now and then proceed from the courts of justice, the general liberty of the people can never be endangered from that quarter: I mean, so long as the judiciary remains truly distinct from both the legislature and the executive." HAMILTON, Alexander. The Federalist, n.º 78. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. Disponível em: http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=788&chapter=108713&layout=html&Itemid=27. Acesso em: 18 jun 2012.

[19] MCCLOSKEY, Robert G. **The american Supreme Court**. 5.ed. revisada por Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010 (*kindle* - posição 205/5399). Sunstein resgata, a partir de uma idealização, a diversidade das concepções acerca do direito constitucional e de suas instituições garantidoras. SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. Princeton: Princeton University Press, 2009 (*kindle*, posição - 143/4418).

[20] SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 12.

[21] HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (orgs.). **Constitucionalismo y democracia**. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262, p. 220.

[22] Esse paradoxo é exemplificado no episódio conhecido pelo *Court Packing*, em que a população, embora insatisfeita com as decisões que invalidavam políticas do *New Deal*, apoiaram a Suprema Corte diante da tentativa do então Presidente Franklin Roosevelt de interferir em sua atividade. MCCLOSKEY, Robert G. **The american Supreme Court**. 5.ed. revisada por Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010 (*kindle* - posição 202/5399)

reinterpreta a experiência constitucional daquele sistema. Nesta extensiva representação, a Constituição é "dualista", por ser democrática e também se encarregar dos direitos. Mas o povo é a fonte de direitos, e não a Constituição, tida pelo autor como uma obra sujeita ao processo histórico, cuja função é, mais que solucionar conflitos, assegurar que as decisões políticas do povo sejam consideradas no futuro. Essa cidadania publica é fundamental, a conclamar as pessoas a essa construção, no que denomina de "constitucionalismo patriótico". Na sua visão, a democracia não se esgota na vontade dos representantes no legislativo - por vezes denominados de "elite política de Washington"[23].

Sua perspectiva "dualista" depende da distinção entre decisões rotineiras, cujos encarregados são os representantes do povo e os agentes estatais, e grandes decisões - as "transformações no sistema" – que podem ser empreendidas unicamente pelo povo ("*we, the people*"). São identificados três grandes momentos fundamentais na construção dos EUA, pois permitiram que a Constituição - em suas novas versões - chegasse até os dias atuais: "Fundação" (na década de 1780), "Reconstrução" (após a Guerra Civil, nos anos 1860) e o "New Deal" (nos anos 1930). A vontade popular, nessas situações, depende de "condições especiais" para se manifestar e somente pode ser assegurada mediante um processo dialético de decisão.

Por isso, nos momentos de transformação, a Suprema Corte não pode "desconhecer" esses acontecimentos, mas tem como função forjar uma síntese interpretativa dos valores constitucionais do povo, para assegurar que sua identidade política seja renovada. O Tribunal, nesse modelo, presta-se a garantir as decisões populares, quando declara a inconstitucionalidade de uma norma. Nos momentos ordinários, portanto, a revisão judicial marca a ausência de autogoverno do povo [24].

Como observa Keith Whittington, o autor não questiona a denominada "supremacia judicial", pois confere às cortes a autoridade na interpretação da Constituição, que pressupõe ser fiel ao seu texto; tampouco formula uma teorização elaborada acerca dessa atividade hermenêutica[25]. Mas a construção de Ackerman, nesse sentido, é capciosa: considerando que a Constituição espelha a vontade popular, afastado está o conflito entre democracia e

---

[23] ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12-17.
[24] ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 169-176.
[25] WHITTINGTON, Keith E. **The political foundations of judicial supremacy**: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 45-ss.

direitos[26]. Sem esse processo de interação constante, porém, qualquer controle sobre agentes eleitos seria antidemocrático, como acreditam os defensores de uma concepção que o autor denomina de "democracia monista" – cujos pressupostos se dispõe a combater[27].

Não por acaso, os autores que Ackerman aponta como representantes desse modelo monista, preocupados com a contradição entre soberania popular (democracia) e constitucionalismo (revisão judicial), como James B. Thayer, Alexander Bickel, John Hart Ely e outros[28], construíram teorizações voltadas à limitação judicial – cujas linhas gerais serão analisadas neste e no próximo capítulo.

Essa distinção pode ser creditada, ainda, aos "projetos acadêmicos" destas correntes. Ackerman fornece uma interpretação do processo político norte-americano, ao passo que os autores relacionados à auto-restrição possuem objetivo distinto: partem da crítica, mas oferecem a alternativa de limitação do exercício do controle.

A busca por um "papel adequado" à fiscalização de constitucionalidade nos EUA permanece até hoje, nessa dificuldade de conciliação entre a soberania popular e o constitucionalismo, que teria no Poder Judiciário uma de suas instituições garantidoras. Em detrimento da aceitação da revisão judicial, seu exercício nunca foi imune das críticas dirigidas à possibilidade de interferência na vontade popular[29].

De todo modo, a convivência entre os dois soberanos daquele sistema político – o Parlamento e o Judiciário - é creditada à noção que cada um deles teria do "significado da auto-restrição", na visão de que o Direito Constitucional, como a Política, é a "ciência do possível"[30].

---

[26] Havendo uma "desconexão" momentânea, compete à corte integrar as vitórias pretéritas com as novas soluções, como ocorreu no conhecido rodapé do caso "Carolene Products", que fundamentou a reconstrução do papel do tribunal rumo às "conquistas" da Corte Warren, como será exposto. ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 165-167.

[27] ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 11.

[28] ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 9.

[29] FRIEDMAN, Barry, The history of the countermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy. **New York University Law Review**, p. 1-240, mai 1998, p. 24.

[30] MC CLOSKEY, Robert G. **The american Supreme Court**. 5.ed. revisada por Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, (*kindle* – posição 294/5399).

1.2 A implementação da revisão judicial e as "questões políticas": de *Marbury v Madison* a *Scott v Sanford*

A Constituição dos EUA é caracterizada por certa indefinição, pois oriunda de um processo em que as decisões "firmes" sobre questões substantivas foram preteridas - salvo algumas palavras sobre representação e tráfico de escravos, por exemplo - em função da necessidade de se obter apoio dos delegados de estados tão diversos como Massachusetts e Georgia. Além da vagueza de seus dispositivos materiais, as próprias instituições não estavam precisamente caracterizadas. Como nota McCloskey, o exato poder da Suprema Corte frente aos demais departamentos e às outras instâncias do Poder Judiciário era obscuro[31].

No que se refere à fiscalização de constitucionalidade, o texto não contém norma específica que assegure às cortes federais o poder de revisão judicial, mas traz a previsão geral da jurisdição sobre os casos em que são debatidas suas normas, as leis norte-americanas e os tratados, em seu *Article* VI. Desta hipótese, extraiu-se a possibilidade do controle jurisdicional numa cláusula de "supremacia judicial" [32].

Em conformidade com a Constituição, o estabelecimento normativo da Suprema Corte ocorreu em 1789, com a promulgação do *Judiciary Act*, que previu sua composição – então, com cinco *Associate Justices* e o *Chief Justice* - e definiu algumas regras sobre sua jurisdição, garantindo-lhe a revisão dos julgados das cortes federais e estaduais quando apreciassem legislação federal, na *Section* 25[33].

---

[31] MCCLOSKEY, Robert G. **The american Supreme Court**. 5.ed. revisada por Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010 (*kindle* - posição 118 a 142/5399)

[32] Fixada, como ponto de partida, a separação de poderes e a necessidade de independência entre estes - especialmente entre Executivo e Judiciário - não há muitos registros de debate sobre o papel deste na Convenção. A proposta de uma Suprema Corte Federal teria sido adotada sem discussão prévia, salvo sobre o agente político responsável pelas indicações e as atribuições do Judiciário Federal. SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 11-12.

[33] SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 14. "*Section 25. And be it further enacted, That a final judgment or decree in any suit, in the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had, where is drawn in question the validity of a treaty or statute of, or an authority exercised under the United States, and the decision is against their validity; or where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised under any State, on the ground of their being repugnant to the constitution, treaties or laws of the United States, and the decision is in favour of such their validity, or where is drawn in question the construction of any clause of the constitution, or of a treaty, or statute of, or commission held under the United States, and the decision is against the title, right, privilege or exemption specially set up or claimed by either party, under such clause of the said Constitution, treaty, statute or commission, may be re-examined and reversed or affirmed in the Supreme Court of the United States upon a writ of error, the citation being signed by the chief justice, or judge or chancellor of the court rendering or passing the judgment or decree complained of, or by a justice of the Supreme Court of the United States, in the same manner and under the same regulations, and the writ shall have the same effect, as if the judgment or decree complained of had been rendered or passed in a circuit court, and the proceeding upon the reversal shall also be the same, except that the Supreme Court, instead of remanding the cause for a final decision as before provided, may at their discretion, if the cause shall have been once remanded before, proceed*

A imprecisão do papel a ser ocupado pela Suprema Corte, já presente na Constituição e supostamente reforçado pelo *Judiciary Act*, repercutiu nos seus primeiros anos de funcionamento. Alguns relatos ajudam a ilustrar a pouca relevância do tribunal no período de sua instauração, como a recusa de alguns indicados, que preferiram manter-se em outros cargos, e a saída de alguns de seus membros para ocupar postos políticos – como o *Chief Justice* John Jay, que se afastou para ser Governador de Nova York. Na mudança do governo para Washington, por exemplo, não houve uma preocupação específica com a construção de um prédio para a corte, que fixou sua sede em espaço cedido pelo Senado - o sótão, onde funcionou até 1935[34].

Neste contexto, a atuação do tribunal, em seus primeiros anos, foi tímida. Tendo sido acometida ao Judiciário uma função jurídica, restrita à solução dos "*cases"* e "*controversies"*, a afirmação de um poder inegavelmente político, como o exercício da revisão judicial, dependia da manifestação de astúcia dos membros da Suprema Corte.

A institucionalização do controle de constitucionalidade – com a fixação de seus fundamentos - ocorreu em 1803[35], com o célebre caso *Marbury v Madison*, em que o *Chief Justice* John Marshall resolveu a contenda referente à nomeação de William Marbury como juiz federal. Tratava-se, como mostra a historiografia constitucional, da indicação pelo ex-presidente John Adams de diversos de seus correligionários do partido federalista à magistratura ao final do seu mandato. Após assumir a presidência, Thomas Jefferson determinou ao Secretário de Estado James Madison que suspendesse a nomeação de Marbury.

Após longo e rumoroso processo judicial, em que Marbury exigia a confirmação de sua nomeação, a Suprema Corte acabou por solucionar a contenda, ao assentar que Jefferson não tinha direito de negar posse ao autor. O Tribunal, contudo, não poderia conceder o remédio jurídico pleiteado, pois suas atribuições foram conferidas pelo parlamento,

---

to a final decision of the same, and award execution. But no other error shall be assigned or regarded as a ground of reversal in any such case as aforesaid, than such as appears on the face of the record, and immediately respects the before mentioned questions of validity or construction of the said constitution, treaties, statutes, commissions, or authorities in dispute." ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Judiciary Act of 1789, 24 de setembro de 1789. Disponível em: http://www.constitution.org/uslaw/judiciary_1789.htm. Acesso em: 1 nov 2012.

[34] MCCLOSKEY, Robert G. **The american Supreme Court**. 5.ed. revisada por Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010 (*kindle,* posição 118/5399); SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 33; BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 11-ss.

[35] Há uma tendência em relativizar a importância de *Marbury v Madison* como decisão inaugural da revisão judicial nos EUA, pois já havia precedentes no sentido da afirmação da declaração de inconstitucionalidade dos atos dos outros ramos de governo em outras cortes. FRIEDMAN, Barry. The history of the countermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy. **New York University Law Review**, p. 1-240, mai. 1998, p. 99.

extrapolando as competências originárias previstas na Constituição, somente alteráveis por emenda.

A relevância do caso justifica-se pela fundamentação da sua decisão, segundo a qual, na ocorrência de conflito entre a Constituição e outra norma inferior, aquela deve prevalecer. Na construção de John Marshall, a supremacia constitucional se ampara no *Article VI*, que afirma que a "Constituição e as leis complementares" são "lei suprema do país", "ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de quaisquer dos Estados". Seria função do Poder Judiciário, quando provocado a resolver uma lide e alegada a inconstitucionalidade de certa norma prejudicial ao exame do mérito, solucionar tal questão, decisão que teria efeito apenas entre as partes do processo[36].

Na fundamentação da decisão, ao afastar a solução do mérito da demanda, consignou que questões de "natureza política" ou aquelas que - segundo a Constituição e as leis – estão submetidas ao Executivo, não poderiam ser tomadas naquela Corte[37]. Para resolver tais questões, confiava na possibilidade de estabelecimento de critérios para selecionar os casos – e os aspectos - submetidos à apreciação do tribunal[38], fixando as linhas gerais daquela que foi posteriormente conhecida como *political question doctrine*, de inegável repercussão na atividade posterior do tribunal[39], cujas implicações são discutidas até hoje.

Ao longo dos anos, fala-se na existência de múltiplas noções sob a denominação da teoria das questões políticas. Para Mark Tushnet, a doutrina abrange a decisão acerca da possibilidade de que um determinado ramo político interprete a constituição ("*does the Constitution give a political branch the final power to interpret the Constitution?*")[40]. Outros defendem uma versão substancial ("*meaningful political question doctrine"*), que compreende

---

[36] Marshall se utilizou justamente da argumentação de Hamilton (Federalista nº. 78) na fundamentação do emblemático precedente. SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 13.

[37] Marbury vs Madison: *""Questions, in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court."; "[i]f some acts be examinable, and others not, there must be some rule of law to guide the court in the exercise of its jurisdiction*". Conforme relatou Louis Henkin, "*in cases where "the executive possesses a constitutional or legal discretion, nothing can be more perfectly clear than that [his] acts are only politically examinable"*. HENKIN, Louis. Is there a "political question" doctrine? **The Yale Law Journal**, v. 85, n. 5, apr.1976, p. 597-625, p. 622-23.

[38] SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political question doctrine. **John Marshall Law Review**, v. 37, p. 441-480, 2004, p. 441.

[39] Para Chemerinsky, é possível catalogar categorias gerais (sete, na verdade) tradicionalmente vistas como questões políticas: forma republicana de governo, processo eleitoral, política externa, processo legislativo, ratificação do processo de emendas constitucionais, questões relativas à separação de poderes e o processo de "impeachment". CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional law** - principles and policies, 2a ed. New York: Aspen Law, 2002, p. 130.

[40] TUSHNET, Mark. Law and prudence in the law of justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine. **North Carolina Law Review**, v. 80, p. 1203-1235, 2002, p. 1207.

que seu texto atribui aos poderes Executivo e Legislativo a autoridade final para fixar o significado de algumas previsões constitucionais[41].

A própria Suprema Corte, numa decisão de 1962 (*Baker v. Carr*), procedeu à sistematização dos critérios para sua aplicação[42], alvo de profunda crítica teórica[43] e que não parece ter servido como um efetivo critério de restrição para sua atuação.

A partir dos anos 1970, cogita-se o descrédito da teoria das questões políticas. Em clássico artigo de 1976, Louis Henkin afirmava que a doutrina não desempenhava um papel relevante na jurisprudência da Corte, constituindo tão somente um conjunto de princípios "óbvios" de interpretação, como a necessidade de que os tribunais aceitem as decisões dos poderes políticos em suas respectivas áreas ou a impossibilidade de estabelecimento de limites à atividade destes quando não expressos na constituição[44]. Mark Tushnet, na apreciação da defesa do emprego da teoria na obra de Alexander Bickel, ainda nos anos 60, afirmam seu "desuso" - e de outras "doutrinas de justiciabilidade"- pois voltadas a questões superadas no debate jurídico[45]. Por fim, a surpreendente decisão do Tribunal em *Bush v. Gore* – contenda tipicamente política – possivelmente respaldada na compreensão de que todos os ramos de governo possuem competência para decidir as questões substantivas constitucionais, teria enfraquecido ainda mais a teorização[46].

Ao assentar que não caberia a Suprema Corte tratar de questões políticas, a decisão do *Judge* Marshall foi norteada por uma inegável contenção, em virtude da negativa da ordem

---

[41] HENKIN, Louis. Is there a "political question" doctrine? **The Yale Law Journal**, v. 85, n. 5, p. 597-625, apr.1976, p. 599.

[42] *"1. "Textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department;" as an example of this, Brennan cited issues of foreign affairs and executive war powers, arguing that cases involving such matters would be "political questions"; 2. "A lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it;"; 3. "The impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion;"; 4. "The impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government;"; 5. "An unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made;"6. "The potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question."* CHOPER, JESSE H. The political question doctrine: suggested criteria. **Duke Law Journal**, v. 54, p. 1457-1523, 2005, p. 1458-9.

[43] TUSHNET, Mark. Law and prudence in the law of justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine. **North Carolina Law Review**, v. 80, 2002, p. 1203-1235, p. 1207.

[44] "*That "[t]he courts are bound to accept decisions by the political branches within their constitutional authority,", "[t]he courts will not find limitations or prohibitions on the powers of the political branches where the Constitution does not prescribe any."* HENKIN, Louis. Is there a "political question" doctrine? **The Yale Law Journal**, v. 85, n. 5, apr.1976, p. 597-625, p. 599.

[45] TUSHNET, Mark. Law and prudence in the law of justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine. **North Carolina Law Review**, v. 80, 2002, p. 1203-1235, p. 1205.

[46] Essa constatação, todavia, é lamentada por Rachel Barkow, pois o emprego da noção poderia fortalecer a corte para a solução de questões constitucionais. BARKOW, R. More Supreme than court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy. **Columbia Law Review**, v. 102, n. 2, mar. 2002, p. 237-336. Em sentido diverso, há quem defenda sua centralidade para a adjudicação constitucional, pois é utilizada como critério para as decisões do tribunal, ainda que de forma não expressa ("*the secret political question*

pleiteada. O indeferimento do pedido – na ausência de conseqüências imediatas - permitiu que o julgado fosse assimilado pela opinião pública e pelos demais agentes políticos. Por isso, pode-se afirmar que a noção de auto-restrição – aqui representada no afastamento da apreciação de questões sujeitas aos demais poderes – é contemporânea ao estabelecimento da própria revisão judicial.

Esse significado de contenção comporta, em contrapartida, duas ironias. A fiscalização de constitucionalidade, estabelecida em *Marbury v. Madison,* é um fato político que mereceu uma resposta "política" da Suprema Corte – a ausência de ordem específica, fundamentada justamente na impossibilidade de interferência em questões políticas. Nesse contexto, a *political question doctrine* é um engenhoso instrumento, pois o estabelecimento de critérios prévios e sua aplicação acabam por ratificar a autoridade judicial. Isto porque uma de suas interpretações se refere ao afastamento da demanda, mas também pela possibilidade de que o próprio Judiciário tenha a prerrogativa de determinar a quem pertence o poder decisório sobre um dado tema[47].

Traçados, assim, os parâmetros do *judicial review*, na sua forma difusa, que inaugurou as bases jurídicas para a intervenção de uma instância de poder até então apartada dos grandes embates políticos. Ao mesmo tempo, se o debate sobre a contrariedade aos princípios democráticos estava consolidado, após o referido julgado a questão tomou maior repercussão, ao anunciar a viabilidade concreta de invalidação da vontade popular[48].

A fundamentação de não interferência em *Marbury v. Madison*, contudo, não imunizou a Corte dos revezes dos atores políticos. Estabeleceu-se uma tensão entre Marshall – que empreendia um trabalho de fortalecimento do judiciário - e o então presidente Thomas Jefferson, cujos partidários controlavam Executivo e Legislativo, que acabou por fixar importantes traços da relação entre os poderes na democracia norte-americana – o departamentalismo, por exemplo – durante o processo de "Fundação"[49].

---

doctrine"). SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political question doctrine. **John Marshall Law Review**, v. 37, p. 441-480, 2004, p. 442-445.

[47] CHOPER, JESSE H. The political question doctrine: suggested criteria. **Duke Law Journal**, v. 54, p. 1457-1523, 2005, p. 1462.

[48] Na interpretação de Ackerman, a decisão de Marshall pode ser interpretada à luz da sua visão de uma democracia dualista, pois este compreendia o *status* superior da constituição como "lei maior em virtude da sua promulgação efetivada pelo povo", numa perspectiva "preservacionista", até um momento posterior em que "um movimento constitucional possa emendar a lei suprema" – os momentos excepcionais. Não por acaso, o autor rejeita os argumentos "monistas típicos", como a faceta contramajoritária da corte, mas também afasta fundamentos comuns de defesa do controle, como a possibilidade de que a corte compreenda "leis da natureza, da razão ou da justiça". ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 99.

[49] Com efeito, a decisão de Marshall veio no meio de uma disputa complicada sobre o Judiciário Federal - na qual o próprio juiz estaria envolvido, pois foi um Federalista posteriormente indicado para a Corte. Consciente

Posteriormente, após as ofensivas dos poderes políticos contra o Judiciário– notadamente o Federal - e o descumprimento de decisões da Suprema Corte[50], o longo período de Roger Taney (1836-1864) à frente do Tribunal foi caracterizado pela adoção da perspectiva da auto-restrição em sua atividade[51].

Como exceção, em 1857, a Suprema Corte tomou uma das mais polêmicas decisões de sua história, ao apreciar uma demanda cujo tema de fundo era o debate sobre a escravidão. O famoso caso *(Dred) Scott v Sandford* culminou com a declaração de inconstitucionalidade do chamado Compromisso do Missouri, acordo celebrado no Congresso Nacional entre os grupos contrários e favoráveis à escravidão, que estabelecia uma linha divisória entre os estados e territórios em que esta era admitida ou não. Na argumentação do tribunal, o Congresso não disporia de autoridade para proibir a escravidão nos territórios, pois a questão se referia ao direito de propriedade sobre esses indivíduos.

Assentou-se, ainda, que os indivíduos trazidos da África ao território norte-americano como escravos (e seus descendentes – escravizados ou não) não poderiam ser reconhecidos como cidadãos americanos nos termos do *Article III*, tampouco estavam protegidos pela Constituição, que versava sobre a igualdade das "pessoas humanas", o que excluiria aqueles de "raça africana", que não poderiam ser sujeitos de direitos (*sic*).

Questiona-se, hodiernamente, as razões que levaram os membros da Corte à declaração de inconstitucionalidade do próprio Compromisso do Missouri, para além da demanda individual posta à apreciação – a argumentação de Dred Scott, por sua liberdade, referia-se à questão inter territorial, pois viveu parte de sua vida em áreas em que a escravidão era proibida. A apreciação de um tema de inegável impacto social é creditada, dentre outros

---

dos riscos de que o Secretário de Estado resistisse ao cumprimento da decisão de nomeação de Marbury, Marshall afirmou que o Judiciário não teria esse poder, "*because of the explicit assignment of original jurisdiction to the Supreme Court by Section 13 of the Juduciary Act of 1789 went beyond the enumerated assignment of that jurisdiction in Article III of the constitution*". Por isso, essa tentativa seria inconstitucional, de modo que não cabia ao Judiciário expedir o *mandamus.*. Assim, *Marbury v Madison* seria um jogo em que a corte e Jefferson "ganharam". A corte julgou inconstitucional um ato do congresso, e produziu um resultado que interessava a Jefferson, de modo que não haveria problemas com seu cumprimento. Referido padrão, como visto, estabeleceu-se nas primeiras décadas de afirmação da revisão judicial nos EUA, e também foi comprovado com o apoio ao poder federal em outras ocasiões GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in asian cases. New York: Cambridge University Press, 2003 (*kindle*, posição 1073-1095/4023). ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 99-102.

[50] POSNER, Richard A. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59, n. 1, p. 1-24, 1983, p. 12.

[51] Credita-se à auto-restrição da corte – e sua não interferência - um período de grande expansão corporativa na história daquele país. SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 102-3.

fatores, à crença de seus membros na conversão da querela política numa questão jurídica e na sua conseqüente resolução pela via judicial[52].

A interferência nesta intrincada questão política provocou uma ampla reação pública, que abalou a credibilidade da Suprema Corte[53], cuja composição, à época da decisão, era majoritariamente sulista. Referido julgado é apontado como um dos fatores propulsores da sangrenta Guerra de Secessão (1861-1865), que culminou com a morte de mais de 900 mil pessoas e alterou toda a percepção posterior da atuação de Roger Taney frente ao tribunal[54].

1.3 Deferência aos ramos de governo e presunção de constitucionalidade na transição para o século XX: a proposta de James Bradley Thayer

Em que pese o abalo da sua credibilidade após a Guerra Civil Americana, a Suprema Corte, no período pós-Reconstrução, desempenhou importante papel ao intervir na legislação regulatória sobre a economia, com amparo na Décima Quarta Emenda e sua Cláusula do Devido Processo. O tribunal notabilizou-se por frequentemente julgar inconstitucionais os atos de controle da concorrência ou "antitruste", principalmente quanto à regulação da atividade ferroviária, em franca expansão[55].

No contexto de fortalecimento da crítica à revisão judicial, o artigo de James Bradley Thayer, "*The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law"*, fundamenta a racionalização da atividade da Corte e sua compatibilização com as prerrogativas dos demais ramos de governo. Referido texto é apontado como um dos precursores do debate

---

[52] Esta atuação teria ocorrido em resposta ao clamor público para que a corte solucionasse a questão da escravidão. Noticia-se, inclusive, que o Presidente recém-eleito James Buchanan chegou a se comunicar com um dos juízes, manifestando seu interesse em pôr fim ao controverso embate político sobre o tema. SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 106-113.

[53] A polêmica decisão acarretou a perda de confiança do público na Suprema Corte, relação que já estaria estremecida pelos desgastes com poderes majoritários no período da "democracia jeffersoniana". Entretanto, a noção de supremacia constitucional já estava consolidada naquele momento, de modo que não se esgrimiu o "argumento contramajoritário" contra a atuação da corte. FRIEDMAN, Barry. The history of the countermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy. **New York University Law Review**, p. 1-240, May 1998, p. 199-213. Para Lawrence Baum, o descrédito teria sido maior nos estados abolicionistas do norte dos EUA. BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 20-22.

[54] O *Chief Justice* era considerado um magistrado à altura do cultuado Marshall e contava, à época, com grande aprovação pública, que se estendia à corte. SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 105.

[55] Esse entendimento foi assentado em julgados com em *Slaughter-House* (1873), os *Granger Cases* (1871) e *Santa Clara County v Southern Pacific Railroad* (1886). SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 156-165.

acadêmico sobre a autocontenção judicial[56], por ter fornecido alguns dos mais conhecidos argumentos nesse sentido.

Na construção de um papel adequado para os tribunais[57], Thayer parte da "excepcionalidade" da revisão judicial, atividade que não encontrava paralelo em outras democracias consolidadas à época. Nos EUA, o poder de declarar a inconstitucionalidade, como "mera inferência" amparada no multiciado *Article VI*, é produto de uma construção jurisprudencial, sob a qual os legislativos teriam apenas uma autoridade delegada e, portanto, limitada, sob a Constituição[58].

As restrições constitucionais, para serem operacionalizadas, passam a ser vistas como direitos a serem aplicados pelos juízes, que possuem o dever de anular os atos contrários aos seus mandamentos. A interpretação expressada em *Marbury v. Madison* é criticada por Thayer, por entender que esta passa ao largo das peculiaridades da Constituição, tratando-a como qualquer outra norma, numa interpretação freqüente às situações ordinárias[59].

A revisão judicial, ademais, deve ser exercida num ambiente que leve em consideração o concerto constitucional entre os ramos de governo. Neste plano, a função acometida ao Judiciário seria unicamente a aplicação das normas, o que exclui sua atuação quando referida aos atos puramente políticos ou que denotem exercício de discricionariedade. A distribuição entre os poderes do governo em três departamentos impediria os juízes de privar outro departamento de sua função apropriada ou limitá-lo no espaço adequado de exercício de suas funções.

Por reconhecer a necessidade de observância das competências constitucionais, dessa configuração Thayer retira as características da atividade jurisdicional no controle dos demais

---

[56] O ineditismo do trabalho de Thayer é objeto de questionamentos; todavia, seu esforço de sistematização dos argumentos correntes no debate político, e a ampla repercussão de suas idéias justificam sua escolha para o início do capítulo. Para Larry Kramer, Thayer era um, dentre diversos autores de sua época, que tentava restaurar a perspectiva "jeffersoniana" da revisão judicial. Nesse sentido, a preocupação central do seu trabalho seria relembrar que a autoridade principal para interpretação das constituições restava fora das cortes. KRAMER, Larry D. Judicial supremacy and the end of judicial restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 621-634, jun. 2012, p. 628.

[57] Segundo Sunstein, Thayer enfatizaria dois pontos na sua perspectiva de auto-restrição, que não negava, aprioristicamente, a revisão judicial: a falibilidade dos juízes e a possibilidade de que os juízes interfiram e maculem os processos democráticos. SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes**: why extreme right-wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005, p. 46.

[58] THAYER, James B. The The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, oct. 1893, p. 129-130.

[59] "*The people, it was said, have established written limitations upon the legislature; these control all repugnant legislative Acts; such Acts are not law; this theory is essentially attached to a written constitution; it is for the judiciary to say what the law is, and if two rules conflict, to say which governs; the judiciary are to declare a legislative Act void which conflicts with the constitution, or else that instrument is reduced to nothing. And then, it was added, in the Federal instrument this power is expressly given."* THAYER, James B. The The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, oct. 1893, p. 138-9.

poderes, especialmente na tarefa de revisão judicial. Para o autor, cabe à instituição fixar os limites externos da ação legislativa razoável; estes limites não poderiam ser ultrapassados pelos demais poderes sem violar a Constituição. Isto porque o mérito, a razão e a competência das decisões constitucionais são atribuídos ao Legislativo e ao Executivo[60].

Nesta distribuição, a função de promulgar as normas e, nesta atividade, interpretar a lei fundamental, afetando todo o país, pertence ao Legislativo. Salvo quando uma pessoa pretende levar seu interesse individual sobre esta interpretação à Corte e, nestes casos, esta somente deve fiscalizar a constitucionalidade dos atos diante do caso concreto, e não para anular leis, competência atinente ao Parlamento. Essa atuação posterior fortalece o argumento de limitação judicial no questionamento da legislação, pois, para Thayer, se o Judiciário constituísse uma instância efetiva de controle, poderia fazê-lo preventivamente – hipótese, como se sabe, não admitida naquele sistema.

É da atipicidade do controle e da análise de sua inserção no universo dos ramos de governo que Thayer fornece sua contribuição para a discussão sobre o exercício da auto-restrição judicial. Reconhece limites constitucionais para a interferência dos juízes, sob os quais o exercício da fiscalização das leis deve ser restrito, norteado por "regras de administração", que correspondem à noção de respeito, mas também de deferência ao legislador representante do povo[61].

A revisão judicial não se referiria à mera operação lógica para inferir a inconstitucionalidade de um ato, afirmando que o legislador cometeu um erro. Por admitir que as normas constitucionais são vagas e abrem espaço para interpretações diversas, as complexas exigências de governo permitem diversas decisões, inconstitucionais para uns, mas constitucionais para outros. Assim, há situações que demandam uma margem de escolha e julgamento, nas quais o tribunal deve resguardar-se em seu próprio critério de constitucionalidade e levar em conta a atuação permitida pela Constituição ao departamento encarregado de atuar quanto ao tema. A ausência de critérios para apreciação redunda na presunção de que as decisões dos outros ramos são constitucionais.[62]

Essa pressuposição é fundamental para a construção do argumento do "*clear mistake"*, ao determinar que, apenas quando a corte depara-se com um erro claro ("*a very clear one"*), diante do qual não se tenha escolha, salvo a declaração de sua

[60] THAYER, James B. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, oct. 1893, p. 148-9.
[61] THAYER, James B. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, oct. 1893, p. 136-8.

inconstitucionalidade ("*that is not open to rational choice"*), é que lhe cabe interferir na atuação do departamento legislativo.

A incompatibilidade com a Constituição deve ser manifesta, e somente nestas situações de inequívoco erro é possível a anulação da lei, pelo que se fortalece a comentada presunção em torno da constitucionalidade das normas. A função da Corte não é estabelecer o verdadeiro significado da Constituição, mas decidir se a legislação é compatível com o texto ou não.[63]

Na dúvida sobre sua constitucionalidade, a norma deve permanecer, situação em que os juízes não se manifestaram sobre essa compatibilidade, mas somente mantiveram a determinação do legislador, em sua forma e substância[64].

No enquadramento da Corte nesse concerto político, não se aborda especificamente o tema da legitimidade democrática da revisão judicial. Ao final de seu artigo, Thayer alertava que o exercício da intervenção jurisdicional em desconformidade com os parâmetros expostos poderia trazer um risco ao sistema. Isto porque os legisladores, confiantes na correção posterior da revisão judicial, tenderiam a não se preocupar com questões constitucionais. Em contrapartida, se o judiciário limitasse suas interferências, os legisladores atuariam com maior acuidade, como ocorreria em outros sistemas em que não havia tal instituto, como o inglês[65].

Ainda na crítica à prática judicial, em trabalho posterior, alerta para perigo mais grave causado pela interferência, que chama de "influência conservadora", na legislação: a possibilidade de afetar a experiência política, a educação moral e o estímulo do povo, que perderia seu interesse em discutir as questões e corrigir seus próprios erros e de seus representantes[66].

---

[62] THAYER, James B. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, oct. 1893, p. 144.

[63] "*In the class of cases which we have been considering, this ultimate question is not what is the true meaning of the constitution, but whether legislation is sustainable or not."* THAYER, James B. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, oct. 1893, p. 149- 150.

[64] Para Thayer, o amparo constitucional da atuação parlamentar atribui uma presunção ao trabalho do legislador, que entende ser assemelhada, no que se refere ao controle judicial, com o respeito que este defere às decisões do Tribunal do Júri. THAYER, James B. The The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, oct. 1893, p. 148-150, p. 150; 146. É de se destacar que Thayer entende que as opiniões do Poder Judiciário quanto aos demais departamentos de governo não constituem exercício de atividade jurisdicional e, por conseguinte, não estão dotadas de autoridade. A atuação entre os poderes, numa mesma esfera federativa, deve ser coordenada, mas a interpretação da constituição, enquanto atividade política, pertence aos "grandes departamentos". Por isso não cabe aos juízes interferirem nessas decisões; devem ater-se à aplicação dos métodos e princípios convenientes a sua tarefa, considerando a possibilidade de afetar, ainda que secundariamente, a condução política do governo. (p. 153)

[65] THAYER, James B. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, oct. 1893, p. 155-6.

[66] THAYER, James B.. John Marshall. Boston: Houghton Mifflin, 1901, p. 106 *apud* KELLOGG, Frederic R.. **Oliver Wendell Holmes, Jr., legal theory, and judicial restraint**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 5.

Infere-se, portanto, que o autor antecipou uma preocupação preponderante na doutrina constitucional do século XX: a noção de "paternalismo judicial" [67]. Àquela época, o processo de interferência judicial já teria ido muito longe, pois a instituição agiria como se representasse um modelo de Constituição e governo, cuja justa e verdadeira interpretação poderia ser imposta aos demais departamentos[68].

1.4 Os expoentes da auto-restrição na Corte Lochner: a atuação dos Juízes Holmes, Brandeis e Frankfurter na Suprema Corte

As noções de limitação da revisão judicial presentes no trabalho de Thayer não eram inéditas na doutrina estadunidense, mas suas considerações influenciaram sobremaneira a discussão acadêmica sobre a atuação da Suprema Corte nas primeiras décadas do século XX.

O artigo mais famoso de Thayer, cujos termos gerais foram expostos acima, foi escrito nos primórdios daquela que foi posteriormente conhecida como Era Lochner (1890-1939), que caracterizou um período de intensa crítica acadêmica à Suprema Corte, que constantemente anulava a normatização dos órgãos majoritários[69].

No ambiente jurídico, o debate era direcionado à invalidação da legislação e ao conjunto de princípios que o tribunal entendia serem decorrentes da Constituição e de suas emendas. Assim, os historiadores entendem que haveria uma valorização da idéia de liberdade contratual em detrimento de outros fatores e fundamentos constitucionais[70].

De todo modo, a crítica atingiu seu ápice no controle das políticas do *New Deal*, pois suas decisões de inconstitucionalidade alcançaram as conquistas dos movimentos populistas e progressistas, no seu interesse de melhorar as condições de trabalho e os salários dos

---

[67] DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya Gaspareto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 459-473.

[68] ''*The judiciary now speaks as representing a paramount constitution and government, whose duty it is, in all its departments, to allow to that constitution nothing less than its just and true interpretation; and having fixed this, to guard it against any inroads from without"*. THAYER, James B. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, oct. 1893, p. 154.

[69] A descrição da Suprema Corte norte-americana será feita a partir das suas "eras" – a denominação de determinados períodos da atividade do tribunal, pelo *Chief Justice* em exercício (Warren, Rendquist) ou por determinada decisão, que espelha a orientação de sua jurisprudência (como na Era Lochner). Para cada "era", são atribuídas características específicas, oriundas um conjunto de fatores como: perfil ideológico-teórico dos seus *Judges*, as questões submetidas à apreciação e, evidentemente, o ambiente econômico, social e político em que a corte estava inserida.

[70] MCCLOSKEY, Robert G. **The american Supreme Court**. 5.ed. revisada por Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010 (*kindle* – posição 1071-1085/5399)

trabalhadores comuns, promover reformas sociais (regulação do trabalho infantil, imposição de regras quanto à saúde e segurança) e controlar as práticas comerciais monopolistas[71].

O tribunal passou a ser questionado por seu conservadorismo. Na verdade, já havia uma impressão de que a proteção da livre iniciativa mostrava uma atuação favorável às elites econômicas norte-americanas; contudo, o "bloqueio" judicial das iniciativas de proteção aos desfavorecidos naquele período teria sido a confirmação deste argumento[72]. A auto-restrição não teria encontrado ressonância na atividade da Corte naquele período; justamente o oposto[73]. Mas alguns importantes expoentes da defesa da limitação judicial, cujos trabalhos acadêmicos e votos dissidentes são constantemente mencionados nos trabalhos sobre o tema, atuaram no tribunal naquele período. Em comum, eram declaradamente influenciados por Thayer[74].

a) Oliver Wendell Holmes Jr. e seu voto dissidente em *Lochner v. New York*

A nomeação do importante professor Oliver Wendell Holmes Jr., em 1902, para a Suprema Corte, levou aspectos das teses minimalistas do período para o tribunal[75], noção que já caracterizava sua atuação como magistrado, no período em foi *Associate Justice* (1882-1899) e *Chief Justice* (1899-1902) da Suprema Corte de Massachusetts.

Embora conhecido como um expoente da auto-restrição, a atividade de Holmes como magistrado é interpretada como uma oportunidade de experimentação do seu sofisticado projeto teórico, que compreendia a Teoria do Direito como um processo de investigação crítica, a envolver um alto grau de cautela, de perspectiva, de aprendizagem. Assim, seus

---

[71] FRIEDMAN, Barry. The history of the countermajoritarian difficulty, part three: the lesson of Lochner. **NYU Law School**, Public Law Research Paper, n. 24, p. 1-100, set. 2000, p. 11-16.

[72] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 172.

[73] Em sentido diverso, para McCloskey, a oposição entre a atuação do legislativo e a invalidação das suas escolhas não teria sido tão freqüente como apregoado pela literatura crítica dos anos 1920 e 1930. Assim, não haveria propriamente um direcionamento da Suprema Corte em torno de uma "tirania judicial". MCCLOSKEY, Robert G. **The american Supreme Court** – Fifth Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, (*kindle* – posição 1397/5399).

[74] Como apontam os comentaristas constantemente citados neste capítulo, havia uma grande conexão entre os autores, inclusive pessoal, o que denotaria um senso de continuidade entre os trabalhos dos contemporâneos Thayer, Holmes, Frankfurter e Brandeis. Cf. por todos, MENDELSON, Wallace. The influence of James B. Thayer upon the work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. **Vanderbilt Law Review**, n. 31, p. 71-x, 1978, p. 74-ss.

[75] Como aponta Mendelson, a influência era expressa pelo próprio Holmes, que entendia que Thayer havia explicitados os pontos de vista que ele anteriormente utilizava implicitamente na interpretação da questões constitucionais enquanto magistrado. "*I agree with it (Thayer's essay on Constitutional Law) heartily and it makes explicit the point of view which I implicitly have approached the constitutional questions upon which I have differed from some of the other judges".* MENDELSON, Wallace. The influence of James B. Thayer upon the work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. **Vanderbilt Law Review**, n. 31, p. 71-x, 1978, p. 73.

julgamentos espelhavam um complexo conjunto de pontos de vista – consistentes numa teoria da história – que buscava empreender no direito.

No seu clássico livro "*The Common Law"*, Holmes trazia a idéia de que a intervenção e a solução judicial podem ser ilegítimas, pois a prerrogativa final de interpretar e aplicar os direitos constitucionais é associada a uma concepção falha do Direito[76].

A impressão de Holmes como um dos baluartes da restrição judicial na Suprema Corte consolidou-se porque ele foi um dos quatro *Judges* dissidentes na controversa decisão *Lochner v. New York, de* 1905, em que a Corte julgou inconstitucional norma que restringia a carga de trabalho para as mulheres[77], oportunidade em que esgrimiu argumentos em torno da limitação judicial, naquele que é apontado como o mais importante voto dissidente da história da Suprema Corte[78].

Barry Friedman sumarizou o voto de Holmes, que partiu da máxima "as proposições gerais não decidem casos concretos", em quatro argumentos principais: (a) o caso era decidido com base numa teoria econômica não compartilhada por grande parte do país – o *laissez-faire*; (b) a decisão naquele caso era contrária a outros julgamentos do próprio tribunal, o que reforçaria a crítica já recorrente de incoerência na atuação da Corte; (c) ainda que reconhecida a "liberdade contratual", esta deveria ser confrontada com o princípio majoritário, compreendido como o direito da maioria de converter suas decisões em direito; (d) a presunção da validade da norma não poderia ser afastada, a menos que se possa dizer que "um homem racional e justo necessariamente admitiria que o estatuto proposto violaria os princípios fundamentais que tenham sido entendidos pelas tradições do nosso povo e da nossa lei" [79].

O mérito do voto, por se opor à liberdade contratual defendida pela maioria do tribunal, é objeto de grandes elogios. Para Barry Friedman, entretanto, a argumentação dirigia

---

[76] A identificação do sistema de *Common Law* com a experiência, numa das frases mais citadas da sua obra, mostram o compromisso do Justice Holmes com uma perspectiva mais profunda do que a mera restrição judicial. KELLOGG, Frederic R.. **Oliver Wendell Holmes, Jr., legal theory, and judicial restraint**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 15-6. Holmes era um ferrenho crítico do "formalismo jurídico" e questionava a possibilidade de que os juízes se afastassem das suas preferências políticas. POSNER, Richard A. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59, n. 1, p. 1-24, 1983, p. 9.

[77] FRIEDMAN, Barry. The history of the countermajoritarian difficulty, part three: the lesson of Lochner. **NYU Law School**, Public Law Research Paper, n. 24, p. 1-100, set. 2000, p. 1-4.

[78] SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 196.

[79] Os argumentos são ilustrados nestas frases de impacto, constantemente mencionadas nos manuais: "[*t]his case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain"; "the Fourteenth Amendment does not enact Mr. Herbert Spencer's Social Statics.", "The right of a majority to embody their opinions in law."; "it can be said that a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and of our law"; "[a] reasonable man might think it a proper measure on the score of health"*. FRIEDMAN, Barry. The

uma crítica ao método decisório dos demais julgadores, pois erigiram uma proposição geral acerca da liberdade contratual para, na sequência, decidir sobre a razoabilidade da lei.

Segundo Holmes, as questões constitucionais deveriam ser submetidas a um teste objetivo de sua constitucionalidade e de seus fundamentos ("*and invoked a community standard"*)[80]. O jurista partia da noção "thayeriana" de deferência ao legislador, mas nesta e em outras decisões, avançou em outro argumento para a "conformação" judicial: o "teste do homem razoável" [81].

Tem-se um aspecto posteriormente integrado ao debate sobre a fiscalização de constitucionalidade: a acusação de que os juízes atuam de forma inapropriada, quando não reconhecem que a norma apreciada é fruto da vontade da maioria, uma expressão da opinião dominante. Essa noção ganhou força durante a Era Lochner[82], e por isso Holmes seria um precursor do "argumento contramajoritário"[83]. Para Cass Sunstein, Holmes encamparia um exacerbado majoritarismo – superior ao de Thayer – que refletiria sua visão de que a Constituição dos EUA reconhece a "incrível diversidade da América", em que novas idéias e novos compromissos sociais surgirão[84].

Seu voto também expõe o reconhecimento da falibilidade dos juízes, que não representariam numerosos interesses sociais e políticos como os parlamentares[85] e deveriam, ainda, "compreender suas limitações intelectuais" (*sic*), recusando-se a impor qualquer concepção pessoal às normas oriundas do processo legislativo democrático[86].

---

history of the countermajoritarian difficulty, part three: the lesson of Lochner. **NYU Law School**, Public Law Research Paper, n. 24, p. 1-100, set. 2000, p. 62-ss.

[80] KELLOGG, Frederic R.. **Oliver Wendell Holmes, Jr., legal theory, and judicial restraint**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 150-151.

[81] Afirma-se, por isso, que Holmes, diversamente de Thayer, possuía certa desconfiança da atividade legislativa, especialmente das leis "liberais" (antitruste e outras normas reguladoras da economia). POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 526.

[82] O voto de Holmes era freqüentemente mencionado pelos opositores da atuação da Suprema Corte perante o *New Deal*, sendo considerado o "hino dos liberais" naquele período; posteriormente, também fortaleceu a crítica – "conservadora" - quanto aos inovadores aportes da Corte de Earl Warren. MCCLOSKEY, Robert G. **The american Supreme Court**. 5.ed. revisada por Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010 (*kindle* – posição 4042-ss/5399)

[83] Friedman relativiza a originalidade da construção, ao lembrar que a noção contramajoritária não surgiu com Holmes, que apenas a expôs. Afirma, ainda, que os demais dissidentes de Lochner encetariam a mesma preocupação. Todavia, a notabilidade de Holmes teria fortalecido o argumento. FRIEDMAN, Barry. The history of the countermajoritarian difficulty, part three: the lesson of Lochner. **NYU Law School**, Public Law Research Paper, n. 24, p. 1-100, set. 2000 p 60-61.

[84] SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes**: why extreme right-wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005, p. 48.

[85] Para Posner, Oliver Holmes, um conhecido darwinista, via a política como o "*locus*" da vitória do mais poderoso, ainda que imerecida. Neste processo estavam incluídas, certamente, a política e a legislação. O juiz não deveria intervir porque, cedo ou tarde, perderia. POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 527.

[86] KELLOGG, Frederic R.. **Oliver Wendell Holmes, Jr., legal theory, and judicial restraint**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 110.

Como exceção, interessa notar que Oliver Holmes parecia mais inclinado a rever suas posições quanto à auto-restrição diante de casos em que eram debatidos direitos como a liberdade de expressão e *habeas corpus* – admite-se que, nessas hipóteses, entendia válida a atuação judicial[87].

b) Louis Brandeis e o teste de razoabilidade da legislação

Louis Brandeis, que ingressou no Tribunal em 1916 e atuou até 1939, aderiu à presunção de constitucionalidade das normas, que não poderiam ser anuladas em casos duvidosos, de sorte que o Tribunal deveria se restringir aos casos em que sua atuação era "claramente exigida".

Advogado experiente e famoso[88], uma das suas contribuições à prática forense consiste na apresentação de "memoriais" perante a Suprema Corte, em que apresentava e tentava comprovar suas teses através de argumentos técnicos e científicos, com a juntada de estatísticas, opiniões de especialistas no tema, testemunhos de cidadãos e outros meios. Esses documentos, posteriormente conhecidos como "*Brandeis Briefs",* permitiam que os juízes tomassem conhecimento de informações extrajurídicas, que os ajudariam a formar seu entendimento[89].

Já na sua atuação enquanto magistrado, Brandeis também observava a necessidade de que o tribunal decidisse as causas apenas após proceder a um "teste da razoabilidade", avaliação submetida à pesquisa empírica ou à verificação das chances da norma alcançar a finalidade pretendida na legislação[90].

---

[87] POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 526. Portanto, em alguns casos compreendia ser viável a expansão da revisão judicial, diversamente da noção de Thayer, que defendia – inequivocamente – a necessidade de sua limitação. POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 288.

[88] Brandeis notabilizou-se por sua atividade na defesa da liberdade de expressão e de causas sociais (ações contra as grandes corporações, os monopólios, corrupção pública, e defesa dos direitos dos trabalhadores). Por isso, era conhecido como o "advogado do povo", pois atuou em algumas causas sem cobrar honorários. Por sua militância e por outros fatores, embora fosse um famoso jus, sua nomeação foi tida como uma surpresa, que enfrentou forte oposição dos republicanos no Senado e da própria *American Bar Association* por sua ligação com determinados setores. SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford University Press, 1995, p. 215.

[89] As cópias de alguns dos mais importantes *Brandeis Briefs* foram trazidas ao público no sítio eletrônico da Universidade de Louisville. "The Brandeis Brief -- in Its Entirety". Disponível em: http://www.law.louisville.edu/library/collections/brandeis/node/235.

[90] Interessante notar que Posner atribui a necessidade de justificativa da razoabilidade de uma decisão, através dos *Brandeis Briefs*, por exemplo, ao fato de que o *Judge* provinha da advocacia. Nisso, distinguia-se de Holmes, com ampla experiência no Judiciário Federal, cujas decisões eram amparadas em precedentes e doutrinas, fontes mais respeitadas entre os magistrados. POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 530.

Fiel à perspectiva de auto-restrição, defendia que, se não houvesse pesquisa sobre o tema ou se os fatos não apontassem em sentido contrário ao objetivo da norma, a Corte não disporia de fundamentos para rejeitá-la[91]; se a norma fosse "irrazoável", a partir destes parâmetros, o juiz poderia ter menos "escrúpulos" em julgar sua inconstitucionalidade. Por seu apego aos fatos, Brandeis é visto como um introdutor das Ciências Sociais no processo judicial[92].

Suas decisões eram respaldadas precipuamente nos fatos relacionados ao tema sob apreciação, análise que é utilizada até hoje[93]. Ao lançar mão de outros aspectos para a abordagem das questões constitucionais, Brandeis parecia consciente das diferenças entre as matérias submetidas à Suprema Corte no início do século XX – com normas interventoras nas relações econômicas e sociais - e os temas tradicionalmente apreciados pelos juízes.

Tentava afastar a visão de que a nova legislação do *New Deal* tinha que ser compatibilizada com a interpretação do "*laissez faire"*. Para isso, defendia que a legislação regulatória seria necessária à "preservação e desenvolvimento da liberdade".

Tais considerações certamente se afastam de um ideal restritivista, por avaliarem, por exemplo, os benefícios sociais alcançados pela norma. Em conseqüência, constantemente afirmava a existência de um poder estatal para, "através da experimentação, remodelar as práticas econômicas e as instituições para a transformação social e necessidades econômicas"[94]. Seu apego aos fatos, além da defesa apaixonada da liberdade de expressão e do direito de privacidade[95], geravam comentários de seu contemporâneo de Corte e amigo

91 A ausência de fundamentos daria margem à conclusão espelhada numa das frases mais importantes atribuídas ao jurista, posteriormente mencionada no trabalho de Alexander Bickel: "*the most important thing we do is not doing*". BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 71.

92 MENDELSON, Wallace. The influence of James B. Thayer upon the work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. **Vanderbilt Law Review**, n. 31, 1978, p. 71-x, p. 78.

93 SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford University Press, 1995, p. 216.

94 A manutenção de algumas normas, especialmente da legislação estadual, era o exemplo desta técnica, no reconhecimento de que estas por seu campo reduzido, permitiriam a experimentação da validade de algumas das políticas adotadas. Neste sentido, Holmes e Brandeis atuavam em "sintonia" enquanto contemporâneos na Suprema Corte. Na classificação de Richard Posner, Brandeis teria abraçado a terceira forma de auto-restrição, com o emprego de " técnicas" que permitiam a corte evitar ou postergar decisões quanto a determinados temas. Algumas dessas noções - inexistentes na constituição e criadas pelos juízes norte-americanos, como frisa o autor - foram criadas pelo próprio jurista. POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 528. Destaque-se que, posteriormente, alguns desses institutos (*standing*, *ripeness* e outros) foram denominados, por Alexander Bickel, de "virtudes passivas", cuja identificação pelo autor é celebrada como uma das principais contribuições de sua obra.

95 POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 527-8.

Oliver Holmes, que afirmava que Brandeis era um advogado das causas e não um jurista neutro (*sic*)[96].

c) Felix Frankfurter: o maior expoente da auto-restrição da história da Suprema Corte

Felix Frankfurter, respeitado jurista progressista e professor da Universidade de Harvard, ingressou no tribunal em 1939, após o episódio conhecido como *Court Packing*, tentativa do Presidente Franklin D. Roosevelt de alterar a composição da corte, contrária à legislação do *New Deal*, de sorte a obter maioria.

Com efeito, o Presidente enviou ao Legislativo, o *Judicial Procedures Reform Bill of 1937,* que, dentre uma série de medidas para tornar o Judiciário Federal mais eficiente, criava uma nova vaga na Corte correspondente a cada juiz que, após chegar aos 70 anos, permanecia em serviço. Haveria um limite de seis novas vagas, suficientes para se alcançar a maioria no tribunal, que contava com seis juízes acima da mencionada idade (*court packing*). O Congresso alterou o projeto de reforma quanto a este ponto, após a reação adversa do público norte-americano. De todo modo, posteriormente, um dos juízes mais "moderados" reviu seu posicionamento ("*switch in time that saved nine*") e, num período de dois meses, a Corte julgou constitucional importante programa do pacote de reformas econômicas.

Ainda que mal sucedido, o projeto marcou o ápice, naquela década, da crescente tensão entre os poderes majoritários e o Tribunal, impasse que somente foi "solucionado" com a mudança de entendimento deste. Nomeado justamente por Roosevelt, de quem era amigo e conselheiro, Frankfurter destacou–se como um dos mais notórios expoentes da restrição judicial na história da Suprema Corte[97].

Sua concepção do papel da revisão judicial era respaldada no trabalho de Thayer, a quem denominava de "grande mestre do Direito Constitucional"[98]. O jurista comungava do mesmo respeito pela figura do legislador, cuja atividade entendia que deveria ser mantida pelo Tribunal, e seguiu à risca a noção do *clear mistake*, ao entender que somente deveria haver

---

[96] MENDELSON, Wallace. The influence of James B. Thayer upon the work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. **Vanderbilt Law Review**, n. 31, 1978, p. 71-x, p. 76-77, 74.

[97] Esse dado é comprovado por autores que analisam o comportamento individual dos juízes da Suprema Corte, ainda que se afirme que não há um juiz "totalmente" conforme às prescrições da auto-restrição. CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **Measuring judicial activism**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 29-ss.

[98] O *Justice* constantemente exortava seus colegas a ler o conhecido artigo de 1893, por ser uma grande guia para todos os interessados na compreensão da função do tribunal. KECK, Thomas M..**The most activist Supreme Court in history**: the road to modern judicial conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 25; MENDELSON, Wallace. The influence of James B. Thayer upon the work of Holmes, Brandeis and Frankfurter. **Vanderbilt Law Review**, n. 31, 1978, p. 71-x, p. 74.

intervenção quando a inconstitucionalidade fosse evidente, em qualquer interpretação razoável que se fizesse.

Apegou-se, então, ao exame criterioso das formalidades processuais – desenvolvendo técnicas agrupadas sob a denominação de *political questions* – e na defesa da ampla discussão na Corte como meio para se alcançar decisões. Seu restritivismo, porém, parecia relativizado quando referente à garantia da Quarta Emenda e da Cláusula de Proteção.

Adicionou um novo elemento limitador da fiscalização judicial: a busca de precedentes que apresentem semelhança com a legislação submetida a julgamento. Se existentes precedentes favoráveis à constitucionalidade, esta dubiedade beneficiaria a manutenção da norma. Este argumento foi empregado em diversas oportunidades, para amparar decisões que rejeitavam a alegação de inconstitucionalidade. Porém, os comentaristas afirmam não ser possível definir, do desempenho do magistrado no tribunal, um critério coerente na compreensão de questões fundamentais para a apreciação destes precedentes, tais como relevância, período decorrido desde sua fixação, instância judicial que originou a decisão utilizada para afastamento da dúvida sobre a compatibilidade com a constituição e outros[99].

Antes de atuar perante a Corte, o jurista havia fundado a *American Civil Liberties Union* (ACLU) e manifestava-se publicamente contra a pena de morte, o que lhe garantia o rótulo de liberal. Todavia, no exercício de sua atividade como *Justice*, tomou posições conservadoras em casos anti-comunismo e questões trabalhistas, em detrimento de suas inclinações políticas. Referidas decisões são creditadas à preferência pela auto-restrição[100] e à compreensão de que um ativismo geraria riscos para o tribunal e, em maior grau, para a democracia norte-americana. Mesmo quando o tribunal firmou entendimento pela defesa das minorias, nos primórdios da Corte Warren, Frankfurter manteve-se fiel ao seu entendimento, espelhados em votos dissidentes da maioria.

Essa coerência em torno da limitação judicial nos vinte e três anos (1939-1962) que serviu perante a Corte, associada à influência sobre outros juízes e grande popularidade no meio jurídico, torna suas decisões uma referência obrigatória nos trabalhos que estudam as repercussões das teorizações sobre a restrição judicial na atuação dos tribunais no exercício da revisão de constitucionalidade.

---

[99] POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 530;545.

[100] BAILEY, Michael A.; MALTZMAN, Forrest. **The constrained court:** law, politics, and the decisions justices make. Princeton: Princeton University Press, 2011, (*kindle*, posição 1458/4367)

d) O legado de Thayer e dos juízes da Corte Lochner para as teorias da autocontenção

Desta exposição, observa-se que o trabalho de Thayer representou um marco introdutório da noção de racionalização da revisão judicial de constitucionalidade, com a determinação de parâmetros a serem observados pelos juízes, sempre em deferência aos poderes ou, como preferia o autor, aos departamentos eleitos. As competências dos ramos de governo, explícitas ou não, são visualizadas como uma moldura para a atuação judicial, que deve estar adequada ao sistema de separação de poderes norte-americano.

Os juízes por ele inspirados, colegas ou ex-alunos na *Harvard Law School*, adicionaram novos elementos à sua construção sobre a limitação judicial, mas tomavam a necessidade de conformação da fiscalização da constitucionalidade como um ponto de partida para sua atuação.

Tem-se uma concepção inicial de auto-restrição, representada, em acordo com Richard Posner, por três significados principais: (1) a noção de que os juízes são aplicadores do direito, mas não o produzem (perspectiva legalista-formalista); (2) a necessidade de deferência a outros agentes políticos (modéstia, competência institucional e outros); e (3) a perspectiva de juízes altamente relutantes em declarar inconstitucionais atos do legislativo e executivo[101]. As dimensões da auto-restrição apresentariam contradições entre si, mas constituem facetas da tentativa de oferecer parâmetros para a atuação judicial. Esse modelo é identificado justamente na proposta thayeriana, cujas contribuições são fundamentais para essa pretensão. Neste sentido, visualiza-se uma contradição entre a primeira e a terceira dimensões, considerando que é possível que a compreensão normativa impeça ou dificulte a caracterização de uma autocontenção judicial[102]. Este parâmetro de auto-restrição demandaria que o juiz não possuísse uma teorização clara de interpretação constitucional. Isto porque, se presente uma dada construção, esta o impediria de manter a norma ainda quando vislumbrasse sua inconstitucionalidade, como sugere o autor[103].

---

[101] POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 521.

[102] "*Skeptics of judicial competence often are strict constructionists, in the sense of hewing close to the semantic surface of statutes.11 They are type (1) restraintists, defining their role in a way that enables them to apply the law with confidence ("plain meaning"). That is not the character of the Thayerians either; they were, as we'll see, loose constructionists. And they were not necessarily modest. Their emphasis was not on the inability of judges to understand difficult cases and devise effective remedies, but on the legislature's superior competence, in the sense either of legitimacy or of ability, or both, to legislate with a free hand."* POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 524.

[103] POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 538. Em tentativa anterior de estabelecer um significado mais preciso sobre a auto-restrição judicial, o autor já vislumbrava sua incompatibilidade coma perspectiva formalista, que rejeitaria o elemento criativo da construção judicial. Esta não forneceria os elementos necessários para solucionar casos, mas uma

Em que pese sua relevância, todavia, esta escola surgiu quando não havia um método próprio para a interpretação constitucional. Os argumentos de conformação judicial representados nesta fase inicial, em noções como "erros claros", "neutralidade", dúvidas razoáveis e outros, devem ser contextualizados com as preocupações da Teoria Jurídica no período em que surgiram. Em contrapartida, alguns dos teóricos que defendem a auto-restrição, hoje, são influenciados por suas idéias, compartilhando sua defesa do Parlamento, mas sem a pretensão de "melhorar" a atuação legislativa[104].

maneira equivocada de descrever o processo judicial, cuja função seria mascarar o exercício do poder. POSNER, Richard A. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59, n. 1, p. 1-24, 1983, p. 20.

[104] Destaque-se que este argumento mais tarde foi desenvolvido a partir da análise de Adrian Vermeule. POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 522-524.

CAPÍTULO II

A CORTE WARREN E A TEORIA CONSTITUCIONAL POSTERIOR: DA DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA À CORTE GUARDIÃ DOS DIREITOS E DOS PROCESSOS DEMOCRÁTICOS

Sumário: 2.1 A transição para uma Teoria Constitucional: "neutralidade" e metodologia no trabalho de Herbert A. Wechsler. 2.2 A solução da dificuldade contramajoritária em Alexander Bickel: a importância das virtudes passivas na atuação da Suprema Corte. 2.2.1 Para além do contra majoritarismo: a corte como guardiã dos princípios duradouros. 2.2.2 "Tensão lincolniana" e virtudes passivas: a corte e o colóquio de princípios. 2.2.3 Obsessão contramajoritária x arte da prudência? 2.3. Desconfiança dos processos de representação e a virada democrático-procedimental de John Hart Ely. 2.3.1 Por uma nova teoria do *judicial review*: a corte como afiançadora da democracia nos processos políticos. 2.3.2 Garantia da participação política e representação de grupos minoritários: a interpretação dos valores constitucionais. 2.3.3 Dos pressupostos às conseqüências da proposta de Ely: a corte pode promover participação e reforçar representação?

Após um período de conformação e de relativa restrição na apreciação da constitucionalidade dos atos dos demais poderes (anos 1930-1940), a Suprema Corte tornou-se famosa por seu "ativismo" liberal, a caracterizar uma das fases emblemáticas de sua longa história – e talvez, do próprio constitucionalismo - com grandes repercussões para a "formação" de uma Teoria Constitucional.

A famosa Corte do *Chief Justice* Earl Warren (1953-1969) assumiu um papel protagônico na defesa das liberdades civis (liberdades de expressão e religião), na garantia dos acusados em processo criminal e, principalmente, na proteção do princípio do tratamento igualitário contra as normas de segregação racial. O reconhecimento das desigualdades sociais e raciais gerou a validação das políticas antidiscriminação, permitindo a seus defensores afirmar que o tribunal conduziria a nação a uma "nova democracia de direitos norte-americana".

A partir de então, assentou-se a legitimidade da fiscalização de constitucionalidade, com o reconhecimento do papel político da Suprema Corte. A doutrina ocupa-se, a partir de então, em definir o que os tribunais podem fazer, reconhecidas as limitações para o exercício de seu poder[105] e seu relevante papel no concerto político.

[105] SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 23.

Como representantes dessas novas construções teóricas, o presente capítulo se propõe a analisar os trabalhos de Herbert Wechsler, Alexander Bickel e John Hart Ely, que identificaram e apresentaram soluções para as mais controversas questões em torno da revisão judicial, de inegável influência para a compreensão do instituto.

2.1 A transição para uma "Teoria Constitucional": "neutralidade" e metodologia no trabalho de Herbert A. Wechsler

A nova faceta da revisão judicial nos EUA estava anunciada na nota de rodapé de um julgado de 1938 (*United States v. Carolene Products*), em que a Corte decidiu pela constitucionalidade de uma norma de saúde pública que proibia as companhias de diluir leite em outros produtos. O *Chief Justice* Harlan Fiske Stone levantou a necessidade de novas *constitucional foundations* para amparar a proteção judicial das liberdades individuais e os direitos das minorias. Em 1954, teve-se mais um prenúncio da "revolução de direitos" vindoura: a célebre e polêmica decisão de *Oliver Brown et al. v. Board of Education of Topeka* (Kansas) - ou simplesmente *Brown v. Board of Education* - em que foi julgada a inconstitucionalidade da política de segregação racial nas escolas[106].

Em 1959, Herbert A. Wechsler publicou seu texto "*Toward Neutral Principles in Constitutional Law"*[107], que desempenha interessante papel na transição doutrinária e também jurisprudencial entre a primeira fase da Corte Warren e sua virada em torno de um "ativismo" mais acentuado, nas decisões dos anos 60.

Neste momento, o recurso à "metodologia" pode ser interpretado como uma tentativa de conciliação da crítica acadêmica – dirigida à fundamentação do caso *Brown*, por exemplo – com a "nova dimensão da fiscalização constitucional do pós-guerra", em que a revisão judicial já parecia melhor assimilada pelos juristas[108].

Em seu trabalho mais conhecido, o autor mostra-se disposto a enfrentar o que denominava de maior problema do Direito Público à época: o papel da Suprema Corte e dos

[106] Este julgado é amplamente referendado como exemplo proteção de minorias, e um marco na garantia das liberdades civis. BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 23.
[107] WECHSLER, Herbert. Toward neutral principles of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959.
[108] FRIEDMAN, Barry. The history of the countermajoritarian difficulty, part three: the lesson of Lochner. **NYU Law School**, Public Law Research Paper, n. 24, p. 1-100, set. 2000, p. 198.

demais tribunais, na tradição jurídica, e sua atividade de manutenção, interpretação e desenvolvimento da Constituição[109].

Wechsler afirma não ter dúvidas sobre o papel dos tribunais na defesa da Constituição, que decorre da cláusula de supremacia - o multicitado *Article VI*[110]. Reconhece que o desenvolvimento do sistema jurídico aumenta as oportunidades de intervenção judicial. Por isso, defende o estabelecimento de critérios para a atuação das cortes, que devem funcionar como *Courts of Law* e não interferir nos demais ramos, atuando como um terceiro órgão legislativo. Para o autor, não há dúvidas sobre a prioridade do Parlamento, que dispõe de uma "mão maior"[111].

Para identificar as peculiaridades da função judicial frente à atividade legislativa, Wechsler recorre aos princípios, com o reconhecimento das diferenças entre juristas e políticos quando os utilizam como critério decisório. Se na política os princípios são utilizados como "ferramenta manipulativa", espera-se coisa distinta dos juízes, de sorte que os tribunais devem atuar como um "poder nu" no exercício da sua função[112].

Assim, passa à caracterização do papel desempenhado pela razão e pelos princípios na atuação judicial, que se assenta na sua "neutralidade"[113]. Diante da relevância da função de aplicação da Constituição, as decisões de princípios são aquelas amparadas em todos os aspectos jurídicos do caso que, em sua generalidade e neutralidade, transcendem qualquer resultado imediato envolvido. A virtude ou demérito de uma decisão deriva das razões em que se fundamenta e de sua adequação para manter a ordem de valores ali representada[114].

---

[109] Como lembra Sunstein, no âmbito da interpretação, a crítica às decisões "liberais" da Corte Warren fortaleceu três aportes distintos - tradicionalismo, populismo e cosmopolitismo – que pressupõem a noção de que, se muitas pessoas pensam algo, essa visão deve ser respeitada e levada em consideração ("*many minds argument*"). Embora representem tradições distantes e controversas entre si, a perspectiva de que não é possível fundamentar o resultado da interpretação na intenção do constituinte ou do legislador unifica as três correntes. SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 37.

[110] O autor reconhece a crítica que constituía o fundamento da teoria de Thayer sobre a revisão judicial, o fato de que, nos "Federalistas", Alexander Hamilton não mencionou expressamente a tão propalada cláusula de supremacia. WECHSLER, Herbert. Toward neutral principles of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959, p. 1-5.

[111] WECHSLER, Herbert. Toward neutral principles of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959, p. 5.

[112] WECHSLER, Herbert. Toward neutral principles of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959, p. 15.

[113] Não posso deixar de salientar que essa exposição se faz no plano das idéias dos autores descritos e sua relevância para a conformação da atividade judicial. Sou consciente das implicações do debate sobre neutralidade na Teoria Geral do Direito, na Hermenêutica Jurídica e na Ciência Política, no que concerne à construção dessas disciplinas no sentido de desvendar essa pretensão e sua inviabilidade.

[114] WECHSLER, Herbert. Toward neutral principles of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959, p. 16-9.

O autor reconhece que a auto-restrição, assentada nesta "neutralidade", é importante sempre que a Corte for impor a "ordem de valores" constitucional aos poderes Executivo e Legislativo. A força da revisão judicial, porém, não restringe à limitação de seu exercício, mas no modo, na fundamentação e conseqüente conformidade das decisões prolatadas[115]. Por esse motivo, interpreta-se que a neutralidade, em seu trabalho, representa a pretensão de consistência com as decisões proferidas anteriormente[116].

Sua questão é apreciar e fixar os parâmetros para o exercício da revisão judicial[117], que vinculariam os próprios doutrinadores, uma vez que, respeitados esses critérios, os comentaristas teriam o dever de apoiar a Corte. Wechsler desvenda, assim, a profunda relação entre o exercício da atividade judicial e a doutrina constitucional[118].

Dessa construção, o autor passa à análise de *Brown v. Board of Education*, em que foi decidida a inconstitucionalidade das políticas de segregação racial nas escolas. O autor avalia as críticas mais freqüentes, à época, sobre a decisão e as confronta com sua interpretação dos contornos da atividade judicial no exercício da fiscalização de constitucionalidade.

A decisão unânime da referida ação coletiva não seria censurável, segundo Wechsler, pelos critérios comumente expostos pela doutrina, apegada ao papel dos precedentes como fonte de direito. Isto porque a decisão em referência derrubou um precedente de 1896 (*Plessy v. Ferguson*), que havia permitido a distinção entre crianças negras e brancas nas escolas públicas.

De acordo com a concepção de revisão judicial defendida pelo autor, o condenável é a fundamentação do julgado, amparada naquilo que denomina consistir na "suposição" de que as crianças negras são prejudicadas por este sistema. Referido argumento é reputado como problemático, porque se afasta das considerações unicamente jurídicas[119]. Para o autor, a questão poderia – e, portanto, deveria - ser resolvida pela negativa de igualdade (*equality*),

---

[115] WECHSLER, Herbert. Toward neutral principles of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959, p. 25.
[116] POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 9.
[117] WHITTINGTON, Keith E. Herbert Wechsler's complaint and the revival of grand Constitutional Theory. **University of Richmond Law Review,** n. 34, p. 509-543, may. 2000, p. 514.
[118] WECHSLER, Herbert. Toward neutral principles of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959, p. 11.
[119] A suposição de que se valeu a Suprema Corte foi justificada em relatos assemelhados aos chamados *Brandeis Briefs*, cuja apreciação foi incorporada à prática do tribunal pelo *Judge* Louis Brandeis, um dos expoentes da auto restrição.

quanto a uma minoria não dominante politicamente, que não optou pela segregação que lhe foi dirigida[120].

Em sua proposta metodológica, as decisões devem obedecer a critérios de princípio e consistência. O último aspecto demanda a existência de, ao menos, duas decisões que guardem coerência entre suas determinações. Isto permite que o tribunal seja fiel aos fundamentos anteriormente articulados e, no presente, arrazoe suas decisões com a expectativa mínima de que estas sejam seguidas no futuro.

A crítica de Wechsler, em resumo, é de que a Corte, no julgamento de *Brown*, teria se afastado dos critérios neutros, para alcançar resultados que, embora política e moralmente interessantes, não poderiam ser justificados constitucionalmente[121]. A censura também é dirigida - como exemplo da interação entre tribunal e doutrina – aos defensores da decisão, por encamparem argumentos políticos para sua justificação[122].

De todo modo, as decisões controversas da Suprema Corte não afastam a manifestação de otimismo de Wechsler quanto à revisão judicial, pois entende que seu exercício teria, a longo prazo, um efeito positivo sobre o futuro da sociedade.

Ao final de seu trabalho, mais uma vez reforça a necessidade de interação entre a atividade da corte e a doutrina jurídica. Essa relação permite-lhe expor sua discordância com os autores que questionavam a ilegitimidade das cortes para o exercício da sua função. Para ele, esta discussão consistia numa negativa da neutralidade da própria atividade jurisdicional[123].

O trabalho de Wechsler, assim, representa a reciprocidade entre a atuação da corte e o estabelecimento, pela doutrina constitucional, de "padrões" para sua função, sob o cânone

---

[120] Para Wechsler, o desconhecimento do precedente não seria propriamente um problema, pois é um mecanismo previsto naquele sistema. A inobservância da jurisprudência firmada pelos magistrados nos estados do Sul dos EUA, na defesa destas políticas também não seria empecilho para a inovadora decisão. Mesmo a questão da interpretação da Quarta Emenda, a partir da qual a Corte havia, no precedente derrubado, permitido a manutenção do *separate but equal*, por entender que este não contrariava a cláusula do tratamento igualitário, não seria um problema específico do julgado. WECHSLER, Herbert. Toward neutral principles of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959, p. 31-32.

[121] Essa mesma crítica era comum nos anos 50, em que se considerava Brown um exemplo de ativismo, por não estar assentada no texto expresso da constituição. ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism**: making sense of Supreme Court decisions. New Haven: Yale University Press, 2006, p. 13.

[122] Essa construção é criticada pela complexa relação entre coerência argumentativa e a "nova" neutralidade proposta. Como lembra Frederick Schauer, a consistência e os princípios constituem características essenciais da própria fundamentação das decisões, mas não se confundem com a idéia de neutralidade. Tampouco seria possível visualizar prejuízos, em dadas situações, decorrentes de questões deixadas "em aberto" para futuros pronunciamentos. SCHAUER, Frederick. Neutrality and judicial review. **KSG Working Paper**, n. RWP03-008, p. 1-33, 2003. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=380920. Acesso em 15 mai 2011, p. 3, 6-7, 12.

[123] WECHSLER, Herbert. Toward neutral principles of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959, p. 27; p. 35.

metodológico. Estes aspectos tornaram-se, como será visto em capítulos posteriores, fonte das mais influentes censuras às decisões da Corte, feitas sob o rótulo de ativismo judicial.

A multiplicidade de aspectos albergados pela construção de Herbert Wechsler teria apresentado os contornos definitivos do debate jurídico acerca da revisão judicial nos EUA no século passado. Seu trabalho fornece aquilo que Keith Whittington denomina de rede "explanatório-descritiva e valorativo-prescritiva", cuja função é guiar a atividade judicial, mas também serve como fundamento de avaliação e crítica do trabalho desenvolvido pelas cortes[124].

2.2 A solução da dificuldade contramajoritária em Alexander Bickel: a importância das virtudes passivas na atuação da Suprema Corte

2.2.1 Para além do contra majoritarismo: a corte como guardiã dos princípios duradouros

Alexander Bickel, em seu livro publicado em 1962, "*The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics"*, ao tentar compreender o papel da Suprema Corte e demais tribunais naquele sistema político, defendia que sua atuação se justificaria pela proteção dos princípios fundamentais da sociedade. Reconhecia, porém, que o sucesso da revisão judicial dependia, em última análise, da aceitação popular destas decisões. Para assegurar o amparo público para sua atividade e, ao mesmo tempo, desempenhá-la em acordo com estes princípios, a Corte deveria lançar mão das chamadas "virtudes passivas", técnicas doutrinárias que a permitem postergar a apreciação de questões problemáticas até que a sociedade tenha tido tempo para lidar com elas[125].

No livro citado, o autor toma emprestada a expressão de Alexander Hamilton, de que o Judiciário não ofereceria perigo aos demais poderes, para questioná-la, a partir de sofisticados argumentos. Segundo Bickel, a "revisão judicial é uma força contramajoritária no nosso sistema" e conseqüentemente, "uma instituição desviante na democracia americana". Quando a Corte invalida os atos dos poderes sujeitos aos processos eleitorais, este controle é exercido "não em nome da maioria dominante, mas sim contra esta", o que atribui à pequena

---

[124] WHITTINGTON, Keith E. Herbert Wechsler's complaint and the revival of grand constitutional theory. **University of Richmond Law Review,** n. 34, p. 509-543, may. 2000, p. 512-3.

[125] BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: The Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 111-ss. Bickel já sustentava em artigo anterior que o tribunal, na apreciação de qualquer caso, não tem apenas as opções de anular o ato apreciado por sua inconstitucionalidade ou mantê-lo, mas pode se eximir de apreciar a questão. Conclamava seus membros a lembrarem desta terceira

minoria um poder de veto sobre a maioria[126]. Conforme o autor, "isso, sem conotações místicas, é o que realmente acontece"[127].

Referidas expressões tornaram-se frequentes na discussão da legitimidade democrática dos tribunais. A caracterização da revisão judicial como uma força "contramajoritária" constitui-se num dos mais poderosos argumentos teóricos contrários à atuação das cortes. E, à primeira impressão, a união destes argumentos com a possibilidade de exercício das "virtudes passivas" – que implicam na não atuação judicial – parece invocar um libelo contra a fiscalização de constitucionalidade, consonante com a tradição de defesa da autocontenção.

A premissa contramajoritária, para Bickel, é o ponto de partida, uma moldura para o instigante debate sobre o papel específico da revisão judicial num sistema político. Logo, tenta buscar as notas distintivas da atividade da Suprema Corte e dos demais tribunais no exercício da sua atividade. Esta deve corresponder a uma função relacionada à elaboração de políticas, particularmente adequada às capacidades destes agentes, e substancialmente diferenciada da atividade exercida pelo Legislativo e Executivo[128].

Na busca pela compreensão do lugar institucional da função judicial, o autor promove a distinção entre as decisões amparadas em princípios, a partir dos interesses nelas articulados. Não há um esclarecimento acerca destes princípios ou de seu conteúdo. Ao revés, o autor refere-se indiscriminadamente aos aspectos de princípio, à ética, à moralidade, como termos "evocativos", que se aproximam da idéia que pretende descrever[129]. Procede, entretanto, à diferenciação entre os interesses imediatos e duradouros da sociedade, aos quais

---

opção. BICKEL, Alexander M.. The Supreme Court, 1960 Term—Foreword: the passive virtues. **Harvard Law Review**, n. 75, p. 40-75, nov. 1961, p. 43-ss.

[126] Bickel, neste ponto, estrategicamente afasta o conflito "intergeracional" já presente nos Federalistas, ao falar da minoria e da maioria "presentes". BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: The Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 17.

[127] Conhecido por suas expressões de impacto, Bickel se referiu, respectivamente: "*counter-majoritarian force in our system", "a deviant institution in the American democracy", "it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now", "exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it.", "That, without mystic overtones, is what actually happens*". BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 16-18. A exposição das dificuldades a serem enfrentadas pela cortes e a recomendação da prudência para o desempenho da sua atividade constituem pontos importantes - mas não únicos, da intrincada contribuição do autor à formação de uma teoria normativa sobre o Direito Constitucional. Sua obra, caracterizada por frases inspiradas e construções inovadoras, apresenta algumas dificuldades na interpretação de sua colaboração. Este obstáculo, contudo, não impede a articulação de alguns pontos relevantes dos dois trabalhos aqui abordados, que ultrapassam a força "retórica" de suas expressões.

[128] BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 16-18.

[129] "*Principle, ethics, morality – these are evocative, not definitional, terms; they are attempts to enclose meaning, no to enclose it*". **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 199.

correspondem juízos amparados na conveniência/oportunidade (*expediential*) ou fundamentados em princípios (*principled*). Bickel extrai dessa separação o papel dos tribunais. No exercício da revisão judicial, a responsabilidade especial destes órgãos é agir como porta-vozes ("*pronouncers"*) e guardiões dos valores estáveis ("*enduring values"*) da sociedade.

O povo americano, segundo o autor, possuíria fé não apenas no princípio do consentimento do governado (representado no princípio da maioria), como também num processo de reforma moral contínua, que alinha a ordem social existente a um esquema de valores gerais, corporificado no instituto da revisão judicial[130].

A "dificuldade contramajoritária" implica numa concepção democrática de representação, em que o exercício do poder depende da anuência do governado para ser legítimo. Como solução para este obstáculo, Bickel encontra na distinção entre interesses imediatos e estáveis a justificativa para a fiscalização de constitucionalidade. Se o autogoverno tem por finalidade atingir o bem comum, não há contradição com a idéia de que a boa sociedade não se satisfará apenas com o atendimento das "necessidades imediatas", mas se esforçará "para apoiar e manter os valores gerais duradouros"[131].

Isso não significa que os demais ramos de governo não abordem os valores permanentes em suas deliberações. Na verdade, considerações acerca dos princípios podem também desempenhar um papel importante ou mesmo determinante em suas decisões. Mas o Poder Executivo e o Legislativo estão sujeitos às pressões de vários grupos e interesses para a produção de resultados imediatos, por vezes tão influentes, que seus representantes preferem agir em acordo com as conveniências, ao invés de decidir conforme uma visão de longo prazo. Portanto, as questões mais urgentes, que surgem periodicamente, demandam julgamentos de conveniência, pois voltados às necessidades materiais prementes, tem uma arena preferencial, nos quais devem ser ouvidos de forma clara e irrestrita: o processo de elaboração da legislação[132].

Contudo, a sociedade não pode atuar somente em conformidade com os interesses circunstanciais, pois possui valores estáveis que devem ser preservados, e apenas os tribunais – especialmente a Suprema Corte - são dotados das características essenciais para articular

---

[130] Neste sentido, assemelha-se à já comentada "dualidade" de seu contemporâneo Robert MC Closkey, que entende haver duas noções contraditórias que caracterizam politicamente o direito constitucional norte-americano.

[131] "*The good society not only will want to satisfy the immediate needs of the greatest number but also will strive to support and maintain enduring general values.*" BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 27.

esses valores de forma contínua e consistente. Seus membros, afastados dos embates de interesses, possuem a formação e o isolamento necessários para "seguir os caminhos do erudito na prossecução dos fins de governo"[133]. E a atividade da corte deve basear-se unicamente nestes princípios duradouros, nestes ideais sociais, para apreciar a constitucionalidade da ação dos outros ramos do governo.

Deste modo, havendo um conflito – que Bickel classifica como "ocasional" - entre as necessidades materiais e os valores permanentes, o tribunal terá a função de resguardar estes. Por isso, deve sempre seguir o caminho do princípio, para discernir quais soluções para os problemas que enfrenta são "racionais" e "boas" – pareçam estas, neste momento, aceitáveis ou não à opinião geral[134].

O papel do tribunal no exercício da revisão judicial parece superar a mera "guarda" destes valores, pois é sua responsabilidade ser o "*shaper and prophet"* deste sistema permanente, contribuindo para a articulação e renovação do que denomina de "unidade moral da nação", consistente nas suas aspirações. Assim, constantemente afirma que a Corte é uma educadora, cuja missão é instruir e inspirar, trazendo à tona o melhor dos indivíduos, e mostrando-os aonde suas próprias convicções podem conduzir, como uma professora num "seminário nacional vital"[135].

2.2.2 "Tensão lincolniana" e virtudes passivas: a corte e o colóquio de princípios

A busca dos valores permanentes, intermediada pela revisão judicial, confronta-se com os interesses circunstanciais, traduzidos no princípio majoritário, num conflito entre os dois compromissos mais importantes da democracia.

Para o autor, uma dimensão fundamental para a manutenção da democracia, através do consentimento dos governados, é a idéia de que a maioria tem o poder de afastar os *decision-makers* e rejeitar qualquer aspecto da sua *policy*[136]. Diante deste compromisso, a

---

[132] BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 24-25.

[133] Nas palavras do autor, "*the leisure, the training, and the insulation to follow the ways of the scholar in pursuing the ends of government"*. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 25-26.

[134] BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 39.

[135] BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 29-30.

[136] BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 51.

corte, como instituição encarregada de manter os acordos de princípio, deve evitar qualquer situação que acarrete divergência com o princípio democrático do consentimento dos governados, pois os verdadeiros princípios podem não sobreviver por muito tempo, a menos que sejam amplamente aceitos.

Tem-se aquilo que Bickel denomina de "tensão lincolniana"[137] entre princípio e consentimento, em que se assenta o "sistema democrático de governo" e no qual a "instituição da revisão judicial deve desempenhar o seu papel" e tentar alcançar alguma medida de consonância, numa acomodação entre estes dois elementos fundamentais.

Segundo o autor, a revisão judicial possui dois aspectos distintos, mas relacionados. Há uma dimensão - que denomino de "técnica" ou jurídica -, relativa à definição e ao refinamento dos princípios, nos termos já descritos, que se presta a estabelecer os objetivos a serem alcançados[138]. E também envolve a prática do que o autor chama de "arte do possível", que se refere aos meios escolhidos para chegar aos fins já estabelecidos. O exercício desta prudência envolve um conjunto de habilidades que não podem ser adquiridas ou ensinadas, uma forma de "sabedoria", caracterizada por ser uma "compreensão que apenas alguns indivíduos possuem" que lhes traz uma orientação na escolha entre estratégias, com maior probabilidade de sucesso a partir de cada situação. Essa arte consiste, para o autor, numa feição essencial da atividade judicial, ainda que distinta da anterior.

Essas dimensões estão entrelaçadas. O emprego de uma análise prudente de meios para assegurar a aceitabilidade de uma decisão não pode ocorrer em detrimento da tarefa de proteção dos princípios atribuída ao tribunal. Quando a corte desempenha sua atividade de definição dos princípios, deve-se respaldar unicamente em razões morais, e não para atender aos reclamos da opinião pública. O valor educativo de um princípio – e em maior grau, a

---

[137] BICKEL, Alexander M.. The Supreme Court, 1960 Term - Foreword: the passive virtues. **Harvard Law Review**, n. 75, p. 40-75, nov. 1961, p. 49. Para Bickel, a vida de Abraham Lincoln seria uma lição de conciliação entre o consenso dos governados e um governo amparado em princípios, que demanda a definição de objetivos e a prática da "arte do possível" *("art of the possible*") na tentativa de alcançá-los. Isto teria sido verificado no processo de abolição da escravidão, no confronto entre as dificuldades políticas e o princípio absoluto da "origem humana", que deveria ser mantido. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 68-ss.

138 Neste sentido, Bickel critica expressamente Wechsler, que compreendia que a revisão judicial tinha por finalidade a procura dos princípios neutros (seria, deste modo, unidimensional), olvidando-se, assim, da dimensão política da atividade judicial, embora distinta dos ramos de poder majoritários. Bickel concordava com alguns dos julgados da Corte Warren na defesa de minorias. A própria noção de princípios neutros é discutida por sua amplitude, que dificulta a articulação de um resultado específico a ser alcançado no exercício da fiscalização de constitucionalidade. Verifica-se, portanto, que os autores divergem quanto aos pressupostos e modelo de crítica, mas simpáticos aos julgados daquela composição. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 49-65.

atividade judicial – depende da aspiração a que este remete, análise independente do sentimento popular e das razões de conveniência[139].

O conflito entre as noções de princípio e consentimento direciona ao tribunal um problema complexo, pois, para exercer sua atividade, precisa reduzir a tensão a um nível tolerável. A corte não deve prescindir dos princípios, mas deve estar atenta à realidade em que se insere. Nesta complicada equação, segundo Bickel, a doutrina constitucional e o próprio tribunal se olvidam do tríplice poder que este último possui, considerando que seu espectro de possibilidades não se limita apenas às opções de manutenção ou anulação de uma norma diante de sua incompatibilidade com os princípios. A Corte conta, ainda, com a opção de nada fazer, o que torna viável a manutenção da "tensão entre o princípio e a oportunidade", sem o comprometimento daquele[140].

Para a efetivação da terceira hipótese, Bickel propõe o uso das chamadas virtudes passivas, técnicas de adjudicação que permitem à corte, no emprego da sua prudência, agir estrategicamente na perseguição das suas responsabilidades[141].

As virtudes passivas são argumentos jurídicos – geralmente de cunho processual – que facultam à corte eximir-se da apreciação de um caso que lhe fora submetido. Assim, pode afirmar a sua incompetência para decidir, a ausência de legitimidade ativa do requerente, a "falta de maturação" da causa, lançar mão da doutrina das "questões políticas", e outros argumentos típicos do sistema judicial norte-americano, ainda que assemelhados às construções processuais de outros ordenamentos[142].

A causa também pode ser decidida em termos que mais tarde foram denominados de "minimalismo decisório", especialmente quando Bickel identifica a hipótese em que o julgamento ocorre em termos mais restritos do que os inicialmente propostos pelas partes, como forma de evitar a avaliação dos aspectos constitucionais envolvidos na lide.

Apesar de discorrer longamente sobre estas virtudes passivas, apontando as diferenças entre estas técnicas, Bickel não apresenta padrões ou princípios que auxiliem o tribunal na opção entre seu emprego ou não, tampouco na escolha do "instrumento" a ser

---

[139] BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 68-39.
[140] BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 69.
[141] BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 105-111.
[142] Destacam-se, entre os requisitos para análise de um tema pela Suprema Corte, elementos como "*cases and controversies*" (delimitação da temática de ordem constitucional), "*standing to sue*" (a prova do interesse da parte na solução do conflito), "*precedent*" ou "*stare decisis*" (a vinculação às decisões anteriormente proferidas), "*comity*" (esgotamento das instâncias prévias) e as já debatidas "*political questions*" (deve-se demonstrar que se trata de um debate eminentemente jurídico).

utilizado[143]. Tal questão também não envolveria sabedoria acadêmica, mas habilidade na arte do "compromisso" e uma "familiaridade com as formas", ou, como prefere o próprio autor, o exercício da arte da prudência, distinto do juízo de princípio[144].

Para ele, essas técnicas constituem instrumentos à disposição da corte, deixando às instituições eleitorais a condução da política, ao excluir-se desta. Ao utilizar este expediente, o tribunal agiria como um "animal político" [145]. A opção pelo emprego das virtudes passivas pode espelhar, ainda, a consciência de suas limitações. Ao abordar a doutrina das questões políticas, por exemplo, Bickel lembra que esta construção é amparada no senso de "falta de capacidade", consistente em diversos fatores que, no conjunto, representam a vulnerabilidade interna de uma instituição que, numa "democracia madura", é eleitoralmente irresponsável e não tem força para impor suas decisões[146].

A vantagem inicial do emprego destas técnicas parece assentada: evitar que a corte posicione-se definitivamente, em prejuízo da sua função de guardiã dos princípios, ou confronte a opinião pública e os poderes majoritários. Ao deixar a questão em aberto, mantém-se fiel aos seus compromissos[147].

As virtudes passivas possibilitam ainda que a corte explore o "maravilhoso mistério do tempo"[148], em suas diversas implicações. Por vezes, na oportunidade posterior de julgamento, pode-se concluir que chegou o momento de abordar diretamente a questão, mesmo que fundamentada em princípio contrário à expectativa popular. Para mitigar o impacto da decisão contrária às maiorias, Bickel sugere o uso de "instrumentos retóricos"[149].

Em outras hipóteses, o tribunal adia a resposta porque tem dúvidas quanto ao princípio controlador ou sobre seu sentido. Embora os princípios sejam duradouros, o autor entende que sua formulação projeta grandes sombras para o futuro. Para solucionar sua incerteza, emprega soluções "provisórias", que lhe permitem avaliar as reações do público e

---

143 "*The passive devices that I have canvassed do not produce constitutional decisions. They do nor check or legitimate on principle. They are not themselves principled, they do not operate independently, and the variables that render them decisive cannot be contained in any principle*". BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 205.

144 BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 26.

145 BICKEL, Alexander M.. The Supreme Court, 1960 Term - foreword: the passive virtues. **Harvard Law Review**, n. 75, p. 40-75, nov. 1961, p. 51.

146 BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 184.

147 Embora o autor não seja expresso, entendo que o princípio democrático também prevalece quando a corte opta por utilizar as "virtudes passivas", pois a não apreciação da demanda mantém o ato questionado no ordenamento.

148 BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 26.

dos agentes governamentais, de sorte a construir seu entendimento. Assim, ao invés de simplesmente postergar o debate, a corte desempenha uma função pedagógica, utilizando essas decisões "provisórias" como uma estratégia de persuasão lenta, para avançar com idéias que já articula em sua forma final[150].

Seu argumento é que o período posterior à decisão seja aproveitado para a construção de um diálogo ou, como prefere o autor, um "colóquio" entre os ramos de governo acerca das questões de princípio envolvidas. Deste modo, ao optar por não decidir, é possível que a "tensão lincolniana" seja atenuada ou até dirimida por estes diálogos, e o tribunal alcance uma melhor compreensão das questões envolvidas, para sua adequada resolução[151]. Quando, finalmente, decide julgar, pode haver uma aceitação generalizada do resultado, pois o debate já estaria amadurecido na opinião pública[152].

2.2.3 Obsessão contra majoritária x arte da prudência?

Observa-se, na obra de Bickel, um esforço para compreensão do novo papel a ser desempenhado pelos tribunais. O autor era consciente de que a Suprema Corte atuava – e defendia que deveria fazê-lo - em muitos aspectos da vida pública americana. Mas entendia que esta deveria limitar sua atividade, pois seria "intolerável para o tribunal governar todos os temas que lhe são dirigidos, sob pena de transformar os EUA num "reino platônico contrário à moralidade do autogoverno"[153]. Sua busca para a definição de um papel para a revisão judicial redunda na defesa de uma corte modesta; cuja atividade, contudo, é de fundamental importância para o concerto político.

O autor é criticado justamente por essa mudança de foco: após mostrar a cisão entre a revisão judicial e o majoritarismo democrático, direciona o problema para uma concepção de

---

[149] BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 188.
[150] BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 26.
[151] BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 206-261.
[152] Em trabalhos posteriores, Bickel manteve sua crença no processo político e sua capacidade de promover a defesa ou participação de todos os grupos. KECK, Thomas M..**The most activist Supreme Court in history**: the road to modern judicial conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 98.
[153] Interessante que, após criticar a idéia de um reino platônico, o autor imagine um juiz cujas habilidades são quase místicas. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 1999.

governo complexa, na qual a legitimidade – a garantia dos princípios – é atribuída à revisão judicial, independentemente das premissas básicas do princípio majoritário[154].

A partir de uma crítica às suas credenciais democráticas, Bickel reconstrói a instituição, defendendo-a mesmo num período em que se intensificava a controvérsia em torno de uma composição que passa a intervir nas relações sociais – a Corte Warren. À primeira vista um crítico, em "*The Least Dangerous Branch"* tem-se uma visão positiva de algumas de suas decisões mais polêmicas, como os julgados nos casos de segregação racial nas escolas[155].

Os comentaristas identificam uma contradição em sua obra, que alternaria entre uma interpretação crítica da revisão judicial e a defesa de suas potencialidades. Esta visão dupla é creditada à sua formação num período em que se defendia a limitação à atividade da Suprema Corte, mas também a necessidade de conciliação do seu "preconceito liberal"[156], com uma composição ativista e progressista, cujas decisões aprovava[157].

A noção de princípios permanentes a serem protegidos pelo tribunal frente aos legisladores e a defesa de um papel "moral" para sua atuação acabam por distanciá-lo dos expoentes da autocontenção judicial, como Thayer. Em contrapartida, autores como Richard Posner identificam semelhanças entre Bickel e Brandeis, que partiriam de um "programa político" que poderia ser imposto pelo tribunal à sociedade, mediante o recurso a argumentos técnicos[158].

---

[154] KRONMAN, Anthony T.. Alexander Bickel's philosophy of prudence. **The Yale Law Journal**, v. 94, n. 7, p. 1567-1616, jun. 1985, p. 1579.

[155] BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 244-ss. Bickel foi um dos mais eminentes críticos da Corte Warren, por seu ativismo, e também pela ausência/insuficiência de fundamentos de suas decisões. KECK, Thomas M..**The most activist Supreme Court in history**: the road to modern judicial conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 58-ss.

[156] BROWN, Rebecca L. Activism is Not a Four-Letter Word. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 1247-1274, 2002, p. 1260. Na mesma interpretação de que Bickel não parecia um conservador, KECK, Thomas M..**The Most Activist Supreme Court in History**: the Road to Modern Judicial Conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 45-47.

[157] A "contradições" da obra de Bickel são explicadas por sua inserção em dois ambientes acadêmicos distintos nos EUA, pois estudou em Harvard (onde foram formados os expoentes da autocontenção já citados) e exerceu sua docência em Yale, tida como um ambiente mais favorável às "inovações" da Corte Warren. FRIEDMAN, Barry. The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five. **Yale Law Journal**, v. 112, p. 153-259, 2002, p. 231. É de se ressaltar que o autor foi "assessor" ("*clerk"*) de Felix Frankfurter na Suprema Corte. São constantes as menções aos nomes de famosos restritivistas como Holmes, Frankfurter e Thayer no seu trabalho. Como ponto em comum, dentre suas contribuições, tem-se a preocupação com a resposta política dos demais poderes – espelhada na "tensão lincolniana" e na defesa das "virtudes passivas". Segundo Keck, o livro de Bickel parece uma tentativa de conciliar sua herança "frankfurteana" com seu apoio a *Brown v Board of Education*. KECK, Thomas M..**The most activist Supreme Court in history**: the road to modern judicial conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 62.

[158] POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 531-2.

Todavia, a força persuasiva de sua obra está em seu pressuposto, que fortaleceu aquilo que Barry Friedman, em seu extensivo projeto de estudo do debate sobre as credenciais democráticas da revisão judicial, caracteriza como uma "obsessão contramajoritária" que domina a academia, ainda quando esta não consegue descrever a realidade[159]. A dificuldade "contramajoritária" [160], tida como fundamento maior das críticas às credenciais antidemocráticas da fiscalização de constitucionalidade, parece tornar-se uma preocupação maior dos defensores da jurisdição constitucional do que de seus oponentes[161].

Em detrimento da sua influência, o próprio pressuposto da crítica de Bickel está sujeito à controvérsia, ao valer-se de uma concepção democrática específica. A identificação da democracia com o princípio majoritário, sem atenção para outras dimensões do fenômeno de representação, merece críticas. Mesmo na literatura política dos anos 1950/1960, o majoritarismo não era a única teoria explicativa da democracia norte-americana, também descrita por seu pluralismo.

Dentre seus críticos, tem-se a impressão de que a visão de democracia do próprio Bickel seria incoerente com a sua formulação do problema contramajoritário, modelo utilizado apenas em oposição à revisão judicial[162]. Essa observação, no meu entender, está correta. Da leitura do livro, a interpretação que tomo de sua perspectiva democrática é mais ampla, voltada ao diálogo, à participação, a um processo de pluralismo que permite a

---

[159] FRIEDMAN, Barry. The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five. **Yale Law Journal**, v. 112, p. 153-259, 2002, p. 158.

[160] Importante notar que a Corte Warren parecia atuar em sintonia com a agenda liberal-democrata das Administrações Kennedy - Johnson, de forma que os comentaristas rejeitam a tese, quanto ao período, do "ativismo contramajoritário", pois o tribunal referendava algumas das políticas já tomadas pelo governo federal, sendo um aliado na implementação destas frente às outras unidades federativas, especialmente aquelas do Sul dos EUA. KECK, Thomas M..**The most activist Supreme Court in history**: the road to modern judicial conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 72; p. 93. Para Robert Dahl, em estudo de 1957, as visões políticas dominantes no tribunal não se distanciam, por muito tempo, daquelas predominantes entre as maiorias legislativas nos EUA. O Presidente apenas nomearia aqueles que compartilham suas preferências e o Senado apenas confirmaria candidatos que cujas perspectivas se aproximam dos grupos políticos preponderantes. Assim, a partir do cálculo de que as forças políticas (Presidente e Senado) têm a oportunidade de apontar membros a cada dois anos, as preferências sinceras desses magistrados corresponderiam à opção política tomada por aqueles que os indicaram. Interessa notar que Dahl pressupõe que tal "identificação" é fundamental para que as cortes acabem por espelhar as maiorias políticas do momento e, portanto, não sejam freqüentes as declarações de inconstitucionalidade. Deste modo, o potencial de proteção de minorias frente aos abusos das maiorias políticas e, em conseqüência, o próprio caráter contramajoritário da Suprema Corte, deveriam ser postos em perspectiva. DAHL, Robert A.. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, n. 6, p. 279–295, 1957, p. 284-287.

[161] FRIEDMAN, Barry, The history of the countermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy. **New York University Law Review**, p. 1-240, mai 1998, p. 20. Em sentido contrário, a explicação seria simples: "*Most law professors shared the civil libertarian values of the Warren Court and approved of the outcomes, but they could not ignore the widespread unpopularity of the decisions, and they had to face up to the antimajoritarian objection to judicial review*." 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). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997, p. 78.

integração de todos os grupos nas instâncias representativas clássicas e também nos tribunais, ainda que o potencial desta formulação seja discutível.

Verifica-se, ademais, o superdimensionamento do potencial representativo dos poderes de maioria, com a suposição de que estes, sujeitos às pressões populares, estariam aptos a atuar em consonância com elas[163]. Deste modo, ainda que alargado o espectro democrático pelo autor, ele não se desvencilhou de seu plano inicial na construção de sua teoria.

Discute-se os pressupostos de sua ilação de que a revisão judicial seria contrária aos interesses das maiorias, pois atribuiria a uma pequena minoria um poder de veto na hipótese de invalidação dos atos dos poderes sujeitos aos processos eleitorais. Deve-se relembrar que Bickel afirmava peremptoriamente, "sem conotações místicas", que o controle de constitucionalidade seria exercido em detrimento da maioria dominante. O emprego desta expressão sugere que o autor tinha uma pretensão descritiva na justificação do contramajoritarismo.

Porém, estas afirmações não corresponderiam necessariamente à impressão popular sobre a atuação da Suprema Corte[164]. As decisões da Corte Warren, por exemplo, período em que a carência de suporte público foi esgrimida como argumento relevante para o questionamento da revisão judicial, contariam com amplo apoio popular. A doutrina jurídica, de modo diverso, criticava esta composição da corte justamente por estar substituindo as opções majoritárias. Essa "desconexão" teria ocorrido, também, nos anos 70, quando o tribunal avançou na proteção de garantias processuais penais – decisões elogiadas pela academia – mas criticadas pelo público, que vivenciava um aumento das taxas de criminalidade[165].

---

[162] FRIEDMAN, Barry. The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five. **Yale Law Journal**, v. 112, p. 153-259, 2002, p. 219.

[163] Nas primeiras décadas do pós-guerra, não eram comuns os questionamentos sobre o modelo democrático norte-americano, tampouco eram cogitados problemas de representação popular nos poderes majoritários, especialmente no Poder Legislativo. KECK, Thomas M..**The most activist Supreme Court in history**: the road to modern judicial conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 63. Partindo de pesquisas empíricas dos 50 anos, mas posteriores à publicação do livro de Bickel – crítica, portanto, um pouco desfocada -, Terri Peretti lembra que nem sempre a legislação representa as preferências da maioria, mas algo em torno de "55 a 65 por cento do tempo". PERETTI, Terri. An empirical analysis of Alexander Bickel's the least dangerous branch. In: WARD, Keneth D., CASTILLO, Cecilia R. (org.). **The judiciary and american democracy**: Alexander Bickel, the countermajoritarian difficulty, and contemporary Constitutional Theory. New York: State of New York Press, 2005, p. 125-146, p. 127-133.

[164] PERETTI, Terri. An empirical analysis of Alexander Bickel's the least dangerous branch. In: WARD, Keneth D., CASTILLO, Cecilia R. (org.). **The judiciary and american democracy**: Alexander Bickel, the countermajoritarian difficulty, and contemporary constitutional theory. New York: State of New York Press, 2005, p. 125-146, p. 139.

[165] FRIEDMAN, Barry. The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five. **Yale Law Journal**, v. 112, p. 153-259, 2002, p. 158.

Vê-se, assim, que a relevância da sua contribuição para as feições atuais do debate constitucional é controvertida. Nos anos 80, por exemplo, a noção de prudência parecia distante do racionalismo característico das principais escolas da teoria jurídica norte-americana, na obra de autores como Bruce Ackerman, Roberto Unger e Richard Posner, de sorte que o autor aparentava mais reverenciado que propriamente seguido[166]. Hodiernamente, afirma-se que sua obra teria perdido influência, pois a resposta à dificuldade contra majoritária seria "deficiente" e sua justificativa para a revisão judicial vista como um "fracasso", de forma que suas preocupações não corresponderiam as do debate mais recente[167].

Essa não é, contudo, minha impressão.

A obra de Bickel, em suas facetas principais, nas idéias de contramajoritarismo, virtudes passivas e, especialmente, a prudência no exercício da revisão judicial, colaborou na definição de alguns pontos de partida necessários ao debate constitucional. Em que pese ter se tornado citação quase que necessária, especialmente pelo primeiro aspecto, ao caracterizar o poder de revisão como uma força desviante no sistema constitucional, outros aspectos de sua contribuição parecem ter sido deixados em segundo plano.

Seu pressuposto, o contramajoritarismo da jurisdição constitucional, merece críticas, como as expus. O superdimensionamento da capacidade operativa dos magistrados, no exercício da "arte da prudência", exige uma compreensão do fenômeno político talvez inalcançável. Mas sua lembrança de que o tribunal pode exercer suas "virtudes passivas", em vista de argumentos jurídicos, oferece uma descrição fundamental da possibilidade de inserção deste no jogo institucional, na sua opção por não decidir. Não deixa de ser uma forma de deferência à atuação do legislador, pois a norma é mantida, salvo manifestação ulterior sobre sua inconstitucionalidade, com a vantagem de não comprometer os juízos futuros da própria corte, preocupação que norteia muitos dos trabalhos voltados à confirmação de um papel para a jurisdição constitucional.

---

[166] KRONMAN, Anthony T.. Alexander Bickel's philosophy of prudence. **The Yale Law Journal**, v. 94, n. 7, p. 1567-1616, jun. 1985, p. 1567.

[167] WARD, Keneth D.. Bickel and the new proceduralists. In: WARD, Keneth D.; CASTILLO, Cecilia R. (org.). **The judiciary and american democracy**: Alexander Bickel, the countermajoritarian difficulty, and contemporary constitutional theory. New York: State of New York Press, 2005, p. 147-162, p. 147-ss.

2.3 Desconfiança dos processos de representação e a virada democrático-procedimental de John Hart Ely

2.3.1 Por uma nova teoria do *judicial review*: a corte como afiançadora da democracia nos processos políticos

Os Estados Unidos vivenciaram, a partir da década de 60 do século passado, a chamada "revolução dos direitos", na expressão de Charles Epp. O processo de mobilização de demandas sociais ao Poder Judiciário fortaleceu-se com a Corte Warren e atingiu seu ápice nas décadas posteriores; parecia esbarrar, contudo, num empecilho fático - a resposta judicial[168].

Com a aposentadoria do *Chief Justice* Earl Warren, a Corte Burger (1969-1986) inaugurou uma fase de inconstância entre a confirmação da linha liberal-progressista e afirmação de uma pauta conservadora. O Tribunal se mostrou menos conservador do que era esperado, considerada a maioria de juízes indicados por Presidentes republicanos. Esta tendência se verificou nos julgados sobre regulação econômica, ambiental e proteção aos trabalhadores; mantida a linha de defesa quanto aos direitos civis, com decisões de inconstitucionalidade de leis estaduais e federais que previam distinção de tratamento entre homens e mulheres. Porém, os criticados precedentes "liberais" em matéria processual penal, ainda que não tenham sido propriamente revistos, deixaram – em algumas oportunidades – de ser aplicados[169].

A Suprema Corte tornou-se alvo, assim, de críticas dos representantes das mais diversas orientações políticas. A pressão sobre o tribunal atingiu seu ápice a partir de 1973, quando prolatou julgado no controverso *Roe v. Wade*, em que declarou a inconstitucionalidade da lei do Estado do Texas que permitia a interrupção da gravidez apenas na hipótese de risco à vida da mãe. Decidiu, com amparo no direito à privacidade previsto na Décima Quarta Emenda, que caberia à paciente optar pela continuidade ou não de sua gravidez, e assegurou o direito ao livre exercício da medicina. Discutiu-se, ainda, a necessidade de se estabelecer um critério de equilíbrio entre a proteção da vida pré-natal

[168] A revolução dos direitos ocorreu a partir dos anos 60, momento em que houve uma substituição, na Suprema Corte, da apreciação das questões sobre direitos de propriedade e questões e negócios, para a agenda dos direitos civis. EPP, Charles R.. **The rights revolution** - lawyers, activists, and Supreme Court in comparative perspectives. Chicago: The University of Chicago Press, 1998, p. 4-5.
[169] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 23.

("*potentiality of human life"*) e a manutenção da saúde da mulher, de modo que, durante o primeiro trimestre da gestação, a decisão sobre a interrupção pertenceria à gestante e ao médico que a acompanhava.

A decisão dividiu - e ainda divide - a opinião pública e gerou uma notável mobilização dos grupos conservadores. Na doutrina jurídica o debate não é menos controverso, com questionamentos – que se estendem até hoje - sobre todos os aspectos da manifestação "ativista" do tribunal[170]. A tensão entre constitucionalismo x contra majoritarismo (ou direitos x democracia) alcançou grau máximo.

Neste contexto, teve-se uma poderosa contribuição para a defesa do potencial democrático da revisão judicial no trabalho de John Hart Ely, em "*Democracy and distrust – a theory of judicial review*", publicado em 1980, que via no controle de constitucionalidade um *meio* para assegurar a justiça dos processos democráticos.

O Direito Constitucional, segundo o autor, "existe para aquelas situações em que o governo representativo não pode merecer confiança, não aquelas em que sabemos que ele pode"[171]. Na sua teorização acerca da revisão judicial de legislação, advoga para os magistrados o dever de assegurar a igualdade de participação nestes processos deliberativos, numa teoria procedimentalista de interpretação constitucional, em que a garantia de direitos como o voto e a liberdade de expressão permitem o compartilhamento dos custos e também dos benefícios do ambiente democrático. A Corte não pode permitir que as maiorias sobreponham-se e tirem vantagens das minorias. Para o autor, a Constituição é um guia para a atividade política, mas não se pode inferir do seu texto a definição prévia dos valores a serem compartilhados[172].

Sua construção é fundamentada na nota de rodapé do caso *United States v. Carolene Products Co*, cujos pressupostos teriam sido posteriormente acatados pela Corte Warren[173], no

---

[170] Sobre a decisão e suas conseqüências para a academia jurídica e mobilização dos grupos conservadores, o trabalho de Robert Post e Reva Siegel oferece uma ampla explicação. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Yale Law School, Public Law Working Paper n. 131**, p. 1-67, 2007. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em: 18 nov 2011.

[171] "*Constitutional law appropriately exists for those situations where representative government cannot be trusted, not those where we know it can"*. ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 183.

[172] ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 77.

[173] Ely defende as decisões da Corte Warren, ainda que se posicione contrariamente às teorizações que pretendem aferir valores materiais não expressamente previstos na norma constitucional. Isto porque aquela composição teria se ocupado primordialmente da defesa da participação e da ampliação do acesso aos mecanismos típicos da governança representativa, em seus processos e benefícios. Seria uma defesa mais ampla destes processos, do que a garantia de valores fundamentais, a justificar seu "ativismo" em temas como a expressão política, associação, garantia do voto, proteção de minorias raciais, estrangeiros e grupos desfavorecidos economicamente. ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review.

que denomina de "*participation-oriented, representation-reinforcing approach to judicial review"*. Por isso, Ely parte dos valores específicos da Constituição norte-americana, da qual infere um compromisso com a democracia representativa. A defesa dos processos deliberativos passa a ser a função do ramo de governo sujeito ao menor controle perante as maiorias políticas.

A teoria da revisão judicial proposta por Ely se inicia com a discussão sobre a interpretação constitucional, no que se refere ao âmbito do exercício da fiscalização de constitucionalidade e à relação do hermeneuta com o texto sujeito à interpretação. Para isso, analisa e critica os dois aportes hermenêuticos que caracterizariam o direito norte-americano: o "interpretativismo" e o "não interpretativismo".

Na primeira corrente, entende-se que cabe ao juiz, ao decidir as questões constitucionais, limitar-se a fazer cumprir normas que estão declaradas ou implícitas no texto escrito, assemelhando-se à concepção corrente acerca dos limites ao legislador no direito. Em contrapartida, a segunda corrente permite a declaração de inconstitucionalidade com amparo em valores não diretamente identificáveis na Constituição, mas próximos ao objetivo da revisão judicial, como teria ocorrido nas decisões da Corte Burger quanto à interrupção da gravidez e o uso de métodos contraceptivos.

Nenhuma das perspectivas hermenêuticas, todavia, ofereceria uma resposta satisfatória aos objetivos propostos por Ely para a fiscalização de constitucionalidade.

Como esclarece posteriormente, o interpretativismo, na sua restrição ao texto, acaba por mostrar suas fragilidades na interpretação das normas de conteúdo mais vago, que convidam "olhar aos seus quatro cantos", mas que não devem ser vistas como portadoras de valores substantivos. Isto porque o único dado disponível para aferir a intenção constituinte é o próprio texto constitucional[174].

Já as metodologias agrupadas sob o título "não interpretativismo" tem como ponto comum a noção de que os juízes devem identificar e proteger valores substanciais, aferidos pelo recurso aos fundamentos mais diversos, como valores pessoais, direito natural, filosofia moral e outros. Essas perspectivas, segundo o autor, enfrentam duas dificuldades: a

---

Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 74-75. Interessa notar que o autor trabalhou diretamente com Earl Warren, de quem foi "*clerk*", na Suprema Corte.

[174] ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 1-16.

viabilidade de manipulação "elitista" desses valores e a inconsistência de sua imposição aos poderes eleitos, pois o principal valor constitucional é a democracia[175].

A rejeição do interpretativismo e do não interpretativismo é ponto de partida para construção de sua teorização, que fornece um panorama para a atuação judicial amparada na identificação da jurisprudência da Corte Warren – cujas decisões eram admiradas pelo autor - com os fundamentos expostos no rodapé do caso *Carolene Products,* no voto vencedor de lavra do *Justice* Harlan Fiske Stone. De acordo com o exposto neste rodapé, algumas situações reduziriam o âmbito da presunção de constitucionalidade das normas – como defendiam as teorias de auto-restrição judicial, de inspiração "thayeriana", relevantes na década de 30.

A intervenção judicial, portanto, seria justificada:

(1) Nas hipóteses em que é evidente que a legislação se insere numa proibição específica da constituição (especialmente nas dez primeiras emendas);

(2) Nas situações que restringem o acesso aos processos políticos que teriam o potencial de culminar com a revogação de uma legislação "indesejável" e que, por conseguinte, devem ser melhor analisadas à luz da Décima Quarta Emenda;

(3) Na apreciação de normas dirigidas diretamente a religiões, nacionais ou minorias raciais, e que reduzem seriamente o funcionamento dos processos políticos, em que a constituição deve ser invocada para proteger as minorias "discretas e insulares" [176].

Para Ely, o primeiro argumento do rodapé seria "puro interpretativismo". Por isso, concentra-se no segundo e terceiro fundamentos, que prevêem o dever das cortes de interferir no processo político – a afastar, nessas situações, a noção de deferência judicial.

A tarefa essencial deste projeto é a reconciliação dos temas do controle popular (2) e do igualitarismo (3), existentes desde a formação dos EUA, mas que poderiam parecer inconsistentes em alguns momentos da história constitucional.

Ambas as perspectivas fazem parte do sistema representativo, cujos atores devem governar no interesse de todos, pois cada cidadão merece ser objeto de respeito equivalente, considerando que a igualdade é um valor republicano importante. Neste sentido, a revisão judicial desempenha um papel voltado à participação e ao reforço da representação

[175] Mesmo a noção de princípios neutros de Herbert Wechsler é rejeitada, porque não esclarece quais princípios substantivos devem ser aplicados "neutramente". ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 41-53.

[176] U.S. Supreme Court. *United States v. Carolene Products Co*., 304 U.S. 144 (1938). Disponível em: http://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/case.html. Acesso em: 30 jul 2012.

(*participation-oriented* e *representation-reinforcing*), em sua conciliação com a democracia representativa determinada no texto[177].

A participação é tida como um valor dos mais relevantes e a própria Constituição encarregou-se precipuamente de sua proteção[178]. Os direitos atinentes a este ideal distinguem-se dos chamados "valores fundamentais da sociedade", que foram deixados aos processos políticos. Estes, porém, não são objeto principal do documento constitucional. Para o autor, as questões substantivas representam uma minoria na Constituição, cuja previsão pode ser atribuída a circunstâncias específicas, determináveis historicamente, que permitiram a inserção de normas referentes a temas como religião, contrato e até armas, mas que não constituem o efetivo objeto daquele texto. Ely chega a afirmar que parte dessas normas presta-se, em verdade, às finalidades procedimentais que tanto defende[179].

A desconfiança quanto às perversões do sistema representativo e seu potencial para macular o processo democrático consistem, em verdade, na função do Direito Constitucional.

Ainda que consciente das eventuais distorções, é de se destacar que toda a teorização ratifica a confiança de Ely na representação enquanto característica elementar do sistema. Não por acaso, rejeita críticas ao governo (quanto ao seu "mau funcionamento") pela discordância quanto ao produto de sua atuação, e entende que estes questionamentos devem ser resolvidos através dos processos eleitorais[180].

O mau funcionamento do sistema ocorre, nesta concepção, quando os partícipes obstruem canais de mudança para manter o *status quo* – para sua permanência e conseqüente exclusão de determinados grupos - ou, ao invés de exclusão, aparentemente permitem a "voz" ou "voto" de todos, mas algumas minorias são mantidas numa situação de desvantagem, negando-lhes proteção, por "simples hostilidade" ou "recusa preconceituosa". Porque a Constituição se encarrega dos valores da participação, cuja imposição ampara a própria democracia representativa norte-americana, são essas as situações que justificam a

---

[177] "*Popular control and egalitarianism are surely both ancient American ideals; indeed, dictionary definitions of "democracy" tend to incorporate both. Frequent conjunction is not the same thing as consistency, however, and at least on the surface a principle of popular control suggests an ability on the part of a majority simply to outvote a minority and thus deprive its members of goods they desire*." ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 75-79.

[178] "*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*". ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 92.

[179] ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 88-101.

[180] "*In a representative democracy value determinations are to be made by our elected representatives, and if in fact most of us disapprove we can vote them out of office*." ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 103.

interferência de outras instituições, uma vez que os representantes seriam os menos indicados a perceber a ocorrência destas distorções. Em verdade, eles estariam se distanciando da representação dos interesses daqueles que o sistema pressupõe que eles devam defender.

Para Ely, os juízes devem agir como "árbitros" ou uma espécie de "fiscais" das regras do jogo político. Por isso, devem interferir somente quando um "time está ganhando uma vantagem injusta", não porque "um time está ganhando ou perdendo". Sua aproximação à revisão judicial – para utilizar outra analogia proposta pelo autor - é de que o magistrado não tem poderes regulatórios, mas sua abordagem é "antitruste", para corrigir falhas sistêmicas.

Deste modo, sua atuação é justificada quando os integrados ao debate público ("*ins*") estão sufocando os canais de mudança política para garantir sua continuidade e a exclusão dos demais; ou quando, embora não seja negada a ninguém "voz ou voto", determinados grupos estão em constante desvantagem no sistema representativo. Apenas na hipótese de riscos ao próprio arranjo democrático é que se admite que o judiciário promova a proteção de seus instrumentos frente ao sistema político (*representation-reinforcing*).

Ely assegura, nestes termos, que sua abordagem seja coerente com a democracia.

Ao mesmo tempo, o insulamento da instituição a credencia ao exercício desse papel, para o qual os juízes estão comparativamente bem adaptados – não por uma questão de perícia, mas de perspectiva. Contudo, fora dessas situações, a atuação judicial é rechaçada neste modelo "processual" da revisão judicial, decorrente da própria norma constitucional.

A atuação do judiciário é "procedimental", ao assegurar que valores substantivos como as liberdades civis, por exemplo, são melhor protegidos nesse modelo "transverso" do que se fossem asseguradas diretamente pela via judicial, na combatida lógica da imposição dos "valores fundamentais da sociedade". Interessante notar que a desconfiança quanto aos representantes eleitos – particularmente interessados em seus mandatos – não implica na crença na infalibilidade dos juízes, como outros defensores da revisão. O autor admite, assim, que a atuação dos magistrados pode sofrer influência de aspectos subjetivos[181].

[181] ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 102-103.

2.3.2 Garantia da participação política e representação de grupos minoritários: a interpretação dos valores constitucionais

Apresentadas as linhas gerais da atuação judicial, Ely oferece nos capítulos posteriores ("*Clearing the channels of political change*" e "*Facilitating the representation of minorities*") critérios sobre como a Corte deve atuar perante distintas questões constitucionais.

Sua teorização, portanto, parte do próprio documento constitucional, nas proteções ali conferidas e pela observação dos aspectos interpretativos relacionados aos direitos previstos. As garantias dos tribunais referem-se especificamente aos direitos constitucionalmente previstos, mas que, por não envolverem uma interpretação literal, exigem maior esforço do hermeneuta[182]. Seu debate volta-se à necessidade das cortes atribuírem conteúdo a essas normas, o que deve ser feito em atenção às características do sistema representativo constitucional.

Na hipótese de que o acesso aos canais de representação e transformação política esteja sendo impedido às minorias, propõe que os tribunais promovam a garantia dos direitos de participação ou de acesso político. Para isso, invoca os direitos previstos na Primeira Emenda - liberdade de religião, liberdade de expressão e imprensa, direito de reunião e de petição – os quais devem ser "levados a sério" e assegurados pela revisão judicial.

Nesta seara, dedica especial atenção à liberdade de expressão, embora esta seja uma das previsões abertas da constituição, cuja interpretação literal não permite sua invocação contra os poderes constituídos (executivo, corte, legislativos estaduais). Contudo, em sua abordagem procedimental, a garantia desse direito justifica-se pela sua relevância ao funcionamento de "processo democrático aberto e efetivo", que vai além da sua dimensão política.

Quaisquer limitações, no que se relaciona aos direitos de acesso, devem ser avaliadas criteriosamente pelos juízes. Como exemplo, Ely utiliza um balanceamento judicial do dano específico que se pretende evitar com os benefícios trazidos pelo direito de participação específico, a evitar inibições ao exercício desses direitos. Todavia, a liberdade de expressão não estaria submetida a esse sopesamento, preferindo o autor uma categorização prévia de situações não abrangidas por essa proteção[183].

---

[182] Neste grupo, são os dispositivos caracterizados por certa "abertura de sentido" que merecem atenção, pois não podem ser interpretados de forma "literal" (somente pela linguagem escolhida), tampouco por sua história legislativa.

[183] ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 105-110.

A garantia de integração ao debate público depende primordialmente do exercício do direito de voto, como sua manifestação "por excelência". A abrangência deste direito relaciona-se ainda com as questões de distribuição eleitoral, de modo que os cidadãos tenham a mesma representatividade[184].

O processo legislativo e seu potencial democrático através da representação é objeto de preocupação.

Inicialmente, o autor cogita a possibilidade do controle de parâmetros de racionalidade ("*standard rationality review*"), a aumentar a responsabilidade dos legisladores e tornar claras suas motivações. Referida abordagem é rejeitada, pelos grandes custos nela implicados, especialmente pelo risco de abdicação de competências legislativas para os agentes governamentais, como forma de evitar os riscos e os desgastes políticos representados por decisões sobre questões mais complexas. Essa transferência, além de não democrática, contrariaria o *Article I* da Constituição e, por isso, demanda a atuação judicial para a aplicação da chamada "*nondelegation doctrine*". Nesta seara, poderia o judiciário, pelo menos, exigir que os parlamentares dêem a "orientação política" para que os administradores possam atuar.

Posteriormente, o autor direciona sua "teoria orientada para o processo" ("*process-oriented theory*") à denominada Cláusula de Proteção Igualitária, que assenta uma democracia pluralista, que implica na garantia de certos direitos de igualdade. O autor admite não ser possível obrigar o respeito à "igualdade de tratamento" em toda e qualquer norma, tampouco a determinação de "um padrão apropriado de distribuição dos danos e benefícios" do sistema.[185]

Reconhece que, embora as questões substantivas (bens, direitos, isenções) não sejam garantidas expressamente no texto constitucional, e não sejam essenciais para a participação política, sua negativa pode denotar a exclusão de determinados grupos e, por conseguinte, acarretar falhas ao sistema[186]. Pode-se cogitar, porém, a vedação de tratamento discriminatório, que traga desvantagens às minorias[187].

---

[184] ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 117-120.

[185] ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 131-134.

[186] "*Benefits -goods, rights, exemptions, or whatever-that are not essential to political participation or explicitly guaranteed by the language of the Constitution [are] constitutionally gratuitious - though obviously they may be terribly important-and malfunctions in their distribution can intelligibly inhere only in the process that effected it*." ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 136.

[187] Ely fundamenta essa assertiva no fato de que a Constituição Norte-Americana partiria da presunção de que a maioria não dispensaria a outros grupos tratamento diverso do que estabeleceria a si própria. Essa "estratégia" argumentativa permite ao autor manter sua "coerência" quanto à ausência de previsão de direitos materiais de

Ely entende ser impossível analisar os resultados da normatização, mas defende a análise do seu processo legislativo. A questão aí consiste – e o próprio autor admite essa dificuldade – na aferição dos motivos reais dos agentes governamentais na tomada de decisões que possam afetar certos grupos, numa clara violação da mencionada Cláusula de Proteção Igualitária. Para isso, propõe técnicas que permitam aos juízes identificar situações que levantem suspeitas quanto ao tratamento discriminatório.

Partindo-se da perspectiva de aferição dos fundamentos da escolha parlamentar, tem-se a probabilidade de inconstitucionalidade de uma lei se uma motivação materialmente contrária à constituição influenciou a escolha. A constatação da incompatibilidade, neste modelo, vincula-se à negativa às minorias de "igual consideração e respeito"[188].

Essa violação do tratamento igualitário pode ocorrer em duas situações distintas: quando há o interesse de prejudicar um grupo (preconceito de primeiro grau) ou na hipótese da lei ser respaldada num excesso de generalizações sobre um grupo minoritário ("preconceito de segundo grau").

No denominado "preconceito de primeiro grau", tem-se a necessidade de uma análise rigorosa, a avaliar se o grupo almejado é objeto de uma hostilidade generalizada, a mostrar o interesse de prejudicar os seus membros. Todavia, é possível que justificativas convincentes desfaçam essa impressão de exclusão. Se a norma "desvantajosa" basear-se na raça dos seus destinatários, é bastante provável que não resista à avaliação de sua inconstitucionalidade[189].

A segunda modalidade de discriminação relaciona-se com a utilização de estereótipos em relação a determinados grupos[190], ainda que seja difícil aferir se a generalização foi o motivo preponderante para a promulgação de uma lei. Neste sentido, devem ser analisados com cautela os processos que oponham maiorias e minorias – neste sentido, alerta para as distinções do tipo "*we/they*" ou "*he/she*". É o que ocorre com o tratamento privilegiado aos grupos majoritários nos meios políticos ou que possuam características assemelhadas à maioria legislativa – sobretudo, homens, brancos, protestantes, heterossexuais. Para Ely, a

---

proteção permanente dos grupos no texto constitucional. ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 100-101.

[188] ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 135-141.

[189] ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 153-154. "*If the doctrine of suspect classifications is a roundabout way of uncovering official attempts to inflict inequality for its own sake-to treat a group worse not in the service of some overriding social goal but largely for the sake of simply disadvantaging its members-it would seem to follow that one set of classifications we should treat as suspicious are those that disadvantage groups we know to be the object of widespread vilifycation, groups we know others (specifically those who control the legislative process) might wish to injure*".

[190] ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 164-170.

identificação lhes permitiria – até inconscientemente – imaginar sua "superioridade" frente aos demais grupos, e ao mesmo tempo, subestimar aspectos positivos em grupos estranhos[191].

2.3.3 Dos pressupostos às conseqüências da proposta de Ely: a corte pode promover participação e reforçar representação?

A leitura de "*Democracy and Distrust*" mostra que a construção teórica de John Hart Ely assenta-se em dois argumentos principais: (a) a pressuposição de que a Constituição baseia-se preponderantemente no valor da participação democrática, a guiar a interpretação dos juízes nas hipóteses em que seu texto oferece uma "abertura" e; (b) no plano político, tem-se a dúvida sobre a lisura dos processos de representação e, desta desconfiança, decorre o papel das cortes no concerto entre as demais instâncias majoritárias de poder.

A proposta do autor é ambiciosa, numa tentativa de construção da legitimidade da jurisdição constitucional amparada na funcionalidade do instituto da revisão judicial para os procedimentos democráticos, na sua faceta representativa. Ocupa-se, ainda, da questão da compartilhamento e inclusão dos diversos grupos nestes processos.

Em alguns de seus pressupostos, tenta se aproximar da natureza e das características da democracia americana, no reconhecimento das falhas na garantia da participação de todos os grupos. Trata-se de uma abordagem procedimentalista do controle de constitucionalidade, que entende e discute os fundamentos do processo, imaginando-o afastado da imposição de valores – pois passíveis de construção nos procedimentos democráticos – pela Corte. A função desta, neste esquema, é protegê-los, não substituir-se à vontade popular.

A democracia representativa, como princípio maior do processo político, nos termos propostos por Ely, parece sobrepor-se a todos os demais institutos constitucionais (limites ao governo, liberdade individual, igualdade e outros), como é improvável numa constituição, que

[191] A fim de auxiliar a abordagem judicial destas diferenciações, Ely parte para a avaliação de situações de discriminação que pareçam suspeitas, como as relacionadas às classificações por critérios raciais – objeto de desconfiança imediata -, direcionadas aos estrangeiros, especialmente pela falta de interação social com os legisladores. No que concerne aos pobres, para Ely, seu maior prejuízo decorre da ausência de políticas voltadas à sua situação, geralmente por preocupações fiscais, o que torna difícil a aferição de sua inconstitucionalidade. (p. 161-162) Essa presunção, todavia, é mais forte nas leis dirigidas à população homossexual, fruto de estereótipos equivocados (manifestação típica de preconceito de primeiro grau) (p. 170). Interessante notar, quanto às questões de gênero, que Ely não visualiza que as mulheres estão sujeitas a preconceitos de primeiro grau, embora sejam objeto de estereótipos que reputa equivocados, especialmente nas normas mais antigas – anteriores ao exercício do seu direito de voto. Por fim, numa parte razoavelmente confusa do seu texto, Ely analisa os programas de ação afirmativa que, se fruto da deliberação parlamentar, ao não envolver preconceito de primeiro ou segundo grau, não ensejariam violação constitucional - materialmente, não implicam em negativa do

deve servir a objetivos "múltiplos e muitas vezes conflitantes". No modelo do autor, segundo Michael Dorf, seria desnecessária a existência de uma constituição escrita nos moldes existentes[192].

A força de "*Democracy and Distrust*", mais que em sua descrição do texto constitucional, objeto das mais ferrenhas críticas (de interpretativistas e não-interpretativistas), refere-se à sua pretensão normativista de reconciliação da revisão judicial com a democracia, especialmente no que tange às previsões abertas da constituição. Neste sentido, porque o texto preza o governo popular, a interpretação constitucional como **"***representation-reinforcing*" é uma contribuição importante[193].

Reforça, porém, o descrédito quanto à atuação parlamentar, inclusive das motivações de seus membros, sem atenção – ao menos em grau semelhante - ao fato de que os mesmos vícios podem macular o trabalho dos juízes na interpretação destas questões[194]. O superdimensionamento do potencial do judiciário é evidente da leitura do livro, tanto em seu pressuposto – a atenção dispensada aos julgados da Corte Warren e o reforço da representação das minorias[195] - alvo de questionamentos naquele sistema, como se verá posteriormente – como também em suas conclusões, ao imaginar que a instituição dispõe do poder necessário para assegurar a abertura dos canais de participação e o acesso de grupos discriminados, ainda que em contrariedade às maiorias. Nesse ponto, o trabalho de Alexander Bickel, no reconhecimento da necessidade de exercício da "arte da prudência" e das "virtudes passivas" parece ser mais consciente destas dificuldades.

---

direito à igual consideração e proteção. ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 164-172.

[192] Compartilhando da mesma crítica acerca da presunção que cerca o trabalho de Ely, de que a democracia representativa é melhor, ainda que não seja auto-sustentável – e depende, por isso, da revisão judicial. DORF, Michael C.. Putting the democracy in democracy and distrust: the coherentist case for representation reinforcement. **The Yale Law Journal**, v. 114, p. 1237-1278, set./2004. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=602541, p. 1239-1240. Esse parece ser o mesmo equívoco do trabalho de Bickel.

[193] DORF, Michael C.. Putting the democracy in democracy and distrust: the coherentist case for representation reinforcement. **The Yale Law Journal**, v. 114, p. 1237-1278, set./2004. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=602541, p. 1240.

[194] Quanto à discussão sobre as eventuais presunções acerca da motivação das decisões legislativas, amparada na intuição sobre o comportamento dos parlamentares e grupos sociais, tem-se a ácida crítica de Richard Posner, para quem "*Democracy and Distrust*", não pode ser considerada uma "obra-prima das ciências sociais". POSNER, Richard A.. Democracy and distrust revisited. **Virginia Law Review**, v. 77, n. 4, p. 641-651, 1991, p. 649.

[195] O apoio aos julgados da Corte Warren e sua inserção neste modelo é objeto de questionamentos por parte dos comentaristas da obra de Ely. Mark Tushnet entende que algumas das mais importantes decisões da Corte Warren devem ser atribuídas à presença de William J. Brennan Jr. na Suprema Corte, em seu longo período junto ao tribunal (1956-1990), exceto *Brown v. Board of Education*. O próprio Ely teria afirmado que sua pretensão não era descritiva, mas a apreciação da Corte Warren em seu texto foi "adaptada" à teorização que construiu. TUSHNET, Mark V.. Foreword. **Virginia Law Review**, v. 77, n. 4, p. 631-640, 1991, p. 633-34.

De acordo com Stephen Holmes, a falta de elaboração teórica e ausência de respaldo nos elementos históricos constituem as principais vicissitudes do trabalho de Ely. A fragilidade no argumento inicial, ao partir da noção de que a Constituição é um conjunto de regras procedimentais, acaba por resvalar numa teoria reducionista da revisão judicial[196].

Todavia, como se observa de seu trabalho, o autor rejeita o argumento que a Constituição, em alguns trechos, contém implícita uma escala de valores, a ser assegurada pelo julgador. O debate acerca da legitimidade constitucional reside precipuamente sobre tal assunção axiológica dos textos promulgados.

Ely não se ocupa de compromissos substantivos, afastando-os do objeto da revisão judicial, sem mostrar como será possível – mais que o afastamento das causas da exclusão, quando empreendidas pela via legislativa – promover a integração dos grupos alijados do debate político norte-americano, em prejuízo da sua subrepresentação e da ausência de condições econômicas de influir nos processos estatais de representação.

Neste sentido, parece-me que a fragilidade de Ely é estabelecer um grupo de compromissos substantivos; sem alertar, contudo, para a possibilidade de que o judiciário atue nessas situações, mas também em outras nas quais – na concepção do autor – sua interferência seria "indesejada".

Ao assegurar as condições do processo político, o poder judiciário acaba por interferir na política, sim. Essa junção entre elemento material (condições de representação) e processual (emprego de técnicas de justiciabilidade que afastam a questão do judiciário) torna-se um dos pontos mais controvertidos.

Tem-se, assim, um problema que paira sobre a Teoria Constitucional: a seleção de temas em que se justifica a atuação judicial, ao passo em que outros afastariam suas decisões, sem grandes elementos para assegurar essa seleção.

---

[196] HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon & SLAGSTAD, Rune (orgs.). **Constitucionalismo y democracia**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262, p. 220.

CAPÍTULO III

O MINIMALISMO DE CASS SUNSTEIN: O USO CONSTRUTIVO DO SILÊNCIO COMO ESTRATÉGIA DA CORTE PARA A DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Sumário: 3.1 Pressupostos da democracia deliberativa e minimalismo: permissão e promoção do diálogo político. 3.2 Argumentos teóricos incompletos e uso construtivo do silêncio como estratégias decisórias para o consenso. 3.3 Minimalismo processual e substancial: da estreiteza e superficialidade aos compromissos normativos da democracia deliberativa. 3.4 Para além do minimalismo racional: vontade da maioria x perfeccionismo na interpretação constitucional. 3.5 Descrição, prescrição ou estratégia? Por uma avaliação do potencial democrático-deliberativo do minimalismo judicial. 3.6 Por um espaço adequado de exercício da revisão judicial: conformação judicial, promoção democrática e interpretação.

A perspectiva voltada à autocontenção é mantida pelo denominado minimalismo ou novo minimalismo, e suas diversas vertentes, caracterizada pelas noções de "restrição judicial", "modéstia judicial" e "deferência judicial às decisões do legislativo e agências administrativas"[197]. Diante de sua complexidade e da boa acolhida desta concepção, o minimalismo – que tem em Cass Sunstein seu maior representante - deve ser interpretado à luz de uma longa obra em que foi desenvolvido, aperfeiçoado, e também situado no universo de outras visões da interpretação constitucional[198].

---

[197] Para outras versões do minimalismo judicial, cf. BREYER, Stephen. **Active liberty:** interpreting our democratic Constitution. New York: Alfred A. Knopf, 2005, ROSEN, Jeffrey. **The most democratic branch**: how the courts serve America. Oxford: Oxford University Press, 2006, DORF, Michael C.. The Supreme Court, 1997 Term - Foreword: the limits of socratic deliberation. **Harvard Law Review**, n. 112, 1998, FALLON, Richard H., Jr.. The Supreme Court, 1996 Term - Foreword: implementing the Constitution. **Harvard Law Review**, n. 111, 1997.

[198] A concepção de democracia de Sunstein já estava exposta em "A constituição parcial", de 1993 - publicado no Brasil em 2009 -, que apresenta uma versão aproximada do seu modelo deliberativo. As primeiras impressões de um minimalismo haviam sido definidas, como parece ser praxe, em um artigo de 1996, em que comenta as decisões da Suprema Corte do ano anterior. Neste texto, o autor expôs suas impressões sobre a possibilidade de que o judiciário contribua para o debate democrático, ao eximir-se de apreciar determinadas questões e aspectos dos problemas trazidos à sua análise. Os grandes temas deveriam ser deixados à deliberação do atores sociais democraticamente eleitos, cuja atividade pode ser controlada por meios também democráticos. SUNSTEIN, Cass R.. The Supreme Court, 1995 Term — Foreword: leaving things undecided. **Harvard Law Review**, n. 110, 1996. Posteriormente, os fundamentos entre a democracia e o minimalismo foram desenvolvidos em seu livro "*One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court"*, que especifica os aspectos gerais de sua teoria, como se denotará das linhas posteriores. SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999. Em outros trabalhos, o autor teve oportunidade de "refinar" seus argumentos, responder aos seus críticos, visualizar manifestações distintas do minimalismo - como o "burkeano" - e também se dedicar a outras teorizações sobre a constituição. É possível verificar, da análise conjunta de seus trabalhos nas últimas décadas, mudanças na compreensão do fenômeno democrático e do próprio projeto de interpretação.

O estudo do minimalismo e das críticas que lhe são dirigidas – especialmente pelos defensores de um perfeccionismo - mostra-se importante para caracterizar o debate mais recente acerca do papel da Suprema Corte, num período em que esta sofre intensa censura acadêmica e, ao final, discutir o papel destas contribuições nas prescrições em torno de uma autocontenção – ou de um ativismo.

3.1 Pressupostos da democracia deliberativa e minimalismo: permissão e promoção do diálogo político

O minimalismo é considerado uma perspectiva teórica liberal[199] e representa um projeto teórico complexo, com diversas dimensões. Possui uma pretensão descritiva da interpretação constitucional, pois constantemente se refere aos juízes que optam por decidir menos. Em sua dimensão normativa, critica e celebra decisões judiciais conformes à proposta de evitar grandes considerações teóricas. Por fim, há uma inegável dimensão estratégica, justificada, sobretudo, pela possibilidade de reduzir as dificuldades na tomada de decisões polêmicas nos tribunais colegiados, e evitar os "custos" de decisões equivocadas, que comprometam o futuro[200].

A teorização de Sunstein conta com uma evidente e declarada influência "bickeliana". O minimalismo também busca a manutenção da legitimidade da fiscalização de constitucionalidade, ponto no qual os projetos dos autores se identificariam[201]. Numa

[199] O minimalismo é visto, nos EUA, como uma corrente liberal, que discorda da atual composição da corte, de nítida tendência conservadora. Para Owen Fiss, o minimalismo parece atrativo para os liberais porque, diante da impossibilidade de êxito da sua "articulação para a defesa de direitos" e da visão "cosmopolita da constituição", a perspectiva de limitação da atividade torna-se um importante caminho. FISS, Owen M.. The perils of minimalism. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 9, p. 643-664, 2008, p. 660. Porém, o próprio Sunstein afirma não haver um compromisso do minimalismo com uma das correntes que parecem "dividir" a doutrina jurídica norte-americana, pois é possível que haja minimalistas conservadores, e também liberais. Na verdade, o minimalismo, enquanto método restritivo, não estabeleceria um programa, tampouco resultados particulares. Os juízes minimalistas seriam relutantes quanto ao estabelecimento de uma "agenda" de reforma pela via judicial e também não adeririam aos "movimentos de juízes" de qualquer modo. SUNSTEIN, Cass R.. **Radical in robes:** why extreme right-wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005, p. 29; xii-xiii.

[200] Para Neil Siegel, o minimalismo se situa entre uma teoria da posição institucional da Suprema Corte e uma teoria - prescritiva - do processo de decisão judicial. Quanto ao processo decisório, variaria entre uma teoria da fundamentação ("*opinion writing*"), uma teoria substantiva da atuação judicial que pretende reduzir custos, amparada na construção do "*law and economics*". SIEGEL, Neil. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court bar. **Michigan Law Review**, v. 103, p. 1951-2019, 2005, p. 1957-1959.

[201] SIEGEL, Neil. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court bar. **Michigan Law Review**, v. 103, p. 1951-2019, 2005, p. 2019.

interpretação apressada, a relação que o próprio Sunstein estabelece entre seu minimalismo e as "virtudes passivas" fortalece as semelhanças[202].

Se a defesa de parâmetros decisórios aptos a conformar a atuação judicial aproxima os projetos acadêmicos, pois são instrumentos de uma determinada perspectiva democrática, o potencial para o fortalecimento da deliberação distingue seus trabalhos. Isto porque Sunstein parte para a renovação da perspectiva de conformação judicial, sob pressuposto teórico diverso: as construções em torno de uma democracia deliberativa. Este modelo direciona suas preocupações ao Poder Legislativo, e não ao Judiciário, como o fez Bickel, que via na instituição o repositório básico de princípios, considerando-na foro importante do debate público. Para o autor, o equívoco deste consistia na sua visão de que o Judiciário possui uma compreensão superior aos demais ramos de governo sobre os princípios políticos fundamentais[203].

Neste projeto teórico, a deliberação apresenta aspectos distintivos. Em seu livro "A Constituição Parcial", Sunstein filia-se à concepção de James Madison e salienta ser a representação política o único meio para a deliberação verdadeira numa democracia, rejeitando os "modelos populistas". O processo decisório deve envolver pessoas que possam "trocar idéias", abrirem-se aos argumentos opostos, de modo que as decisões sejam tomadas em benefício da coletividade.

Os "deliberativistas" interpretam, da leitura dos manifestos "federalistas", que a democracia norte-americana é voltada à representação, por sua capacidade de promover a deliberação pública nesses moldes. O sistema representativo seria dotado de mecanismos aptos a "aperfeiçoar e ampliar" a vontade popular, liberando-a de seus aspectos desinformados ou mal intencionados, de sorte que os representantes "não traduzam mecanicamente os desejos de seus componentes em lei"[204].

É importante lembrar que a deliberação, nesta proposta, para ser verdadeira, requer a garantia de que não apenas as vontades e preferências individuais agregadas ("*aggregation of private 'preferences'*") sejam incorporadas às decisões de governo, mas que estas sejam o produto de informações diferentes e de diversas perspectivas. Imagina-se que a incorporação destes diálogos melhoraria a qualidade dessas decisões. Para isso, o sistema depende de

---

[202] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 39.

[203] Para Sunstein, Bickel escrevia como se o mundo fosse Olympus, como se a Suprema Corte tivesse especial acesso ao significado constitucional, diante do qual pudesse desempenhar um papel criativo ao discernir os princípios governantes. SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 127.

[204] SUNSTEIN, Cass R.. **A constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 20-ss.

mecanismos de responsabilidade política (*political accountability*) que relacionem a tomada de decisões do governo aos governados, permitindo uma participação igualitária e o dissenso político. Os representantes, assim, devem "prestar contas ao público", a assegurar a legitimidade da legislação, como expressão da vontade popular, obrigação inexistente numa democracia direta.

Essa visão deliberativa baseia-se, preponderantemente, na legitimidade do poder estatal, ainda que não rejeite outras formas de diálogo público. Nesta perspectiva democrática, a deliberação política – vista como a argumentação, o diálogo no domínio público ("*reason-giving in the public domain"*), é posta no centro da política ("*collective policy-making"*), mas especialmente do exercício do poder estatal[205].

Todas as instituições previstas na Constituição contribuiriam para este ideal deliberativo, por terem o potencial de estimular e ao mesmo tempo beneficiarem-se deste modelo. O diálogo perpassa os ramos de governo – e para isso teria sido concebido o sistema de freios e contrapesos, mas também as relações entre os estados e o governo federal, e no interior do poder legislativo, com sua estrutura bicameral, que envolveria diferentes perspectivas. A fase final do processo legislativo, com a submissão do projeto de lei ao presidente, incluiria este nesse processo decisório compartilhado.

Ao ocupar-se das instituições estatais no sistema representativo estadunidense, a manifestação de participação política por excelência é o exercício do sufrágio através do voto nas eleições periódicas; além do discurso político, protegido pela Primeira Emenda[206]. A valorização da representação acarreta, em contrapartida, uma dúvida sobre os outros instrumentos democráticos. Sugere-se que os mecanismos da democracia direta, como o referendo, por ignorar os "filtros" da representação política, poderiam acarretar perigos especiais[207].

O processo decisório estatal também requer atenção, para que as decisões de governo sejam antecedidas de uma deliberação real, baseadas em argumentos razoáveis voltados ao coletivo, e não naqueles egoístas/individualistas, arraigados no preconceito e na "revelação". As leis devem originar-se unicamente de um "processo de reflexão e debate", que excluíria aprioristicamente fundamentos que rejeitem a "igualdade fundamental dos seres humanos", amparados no interesses próprios ou mesmo em crenças religiosas.

---

[205] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 25.
[206] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 64.
[207] SUNSTEIN, Cass R.. **A constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 25-8.

Nesse intrincado arranjo, Sunstein sustenta, a partir de Bruce Ackeman, que a verificação desse processo é fortalecida pelo controle de constitucionalidade, cuja finalidade é "proteger as opiniões mais estimadas pelo povo, como se representam na constituição", contra eventuais ponderações "imponderadas e imediatistas" inclusive dos próprios representantes. Este controle, voltado também à visão já descrita de deliberação, seria instrumentalizado pelos direitos individuais, garantidos ainda na Assembléia, que se encarregou especialmente das garantias de propriedade[208].

Num sistema constitucional que aspira à democracia deliberativa nos termos descritos, o poder judiciário desempenha múltiplas e importantes funções, considerando que suas decisões podem: (a) simplesmente validar o resultado do processo democrático (*democracy-permitting outcome*); (b) isolar/separar uma conduta da possibilidade de controle por regras democraticamente aprovadas (*democracy-foreclosing outcome*) ou; (c) requerer um determinado resultado político para atender às restrições do próprio modelo de democracia deliberativa (*democracy-promoting outcomes*).

Sunstein sustenta uma "conexão próxima" entre o minimalismo judicial, em suas diversas dimensões, e as expressões de atuação judicial conformes à democracia deliberativa.

Inicialmente, pode-se compreender como as cortes se inserem e interagem em contextos políticos, respeitando o sistema representativo. Assim, a relação com a primeira função judicial (*democracy-permitting outcome*), estabelece-se porque decisões limitadas e pouco profundas, que evitam analisar os aspectos substantivos da questão levada à corte, ou simplesmente decidem não apreciar o caso, constituem uma forma evidente de validação dos processos democráticos, por deixar um amplo espaço para a deliberação[209].

Sunstein verifica, nesta seara, cinco categorias de "virtudes". Estas abrangem possbilidades como : (1) a redução dos custos da decisão, quando a corte evita a completa resolução dos problemas; (2) a diminuição dos custos provenientes de julgamentos equivocados, pois, quanto menor o alcance das suas decisões, menores os seus impactos em caso de erro; (3) deixa espaço para "pluralismo razoável" na sociedade, fazendo esperar (descansar) as disputas sobre as quais um amplo acordo parece improvável; (4) admite as já comentadas "limitações cognitivas" enfrentadas pelos juízes quanto às conseqüências de suas decisões, a permitir ajustes e adaptações futuras a partir da sua aceitação; (5) permite uma

[208] SUNSTEIN, Cass R.. **A constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 28-29.
[209] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 24-26

margem de manobra aos processos democráticos em função da própria falibilidade judicial, e sua imposibilidade de correção dos erros causados pelas proprias decisões[210].

O minimalismo iria além da mera conformação aos poderes majoritários e aos atores sociais, pois é um instrumento de promoção da democracia (*democracy-promoting*), ao incentivar o debate público, pois pode impulsionar o oferecimento das razões e garantir que as decisões importantes serão tomadas por atores democraticamente responsáveis[211].

Na verdade, o minimalismo fortalece, segundo o autor, o debate entre as instituições estatais, sem prejuízo da colaboração da sociedade civil. Sunstein justifica essa capacidade através de determinados procedimentos ou doutrinas que podem "estimular" ou desencadear a deliberação democrática, típicas do processo judicial norte-americano. Tratam-se, porém, de mecanismos referentes aos aspectos procedimentais do "caso submetido à apreciação", afastando-se do mérito das controvérsias[212]. Ao permitir que a solução efetiva do tema seja adiada, a decisão final permaneceria com as agências de poder encarregadas da deliberação.

Essa conexão, todavia, é mais sutil, especialmente porque essas decisões estão a cargo dos órgãos democraticamente responsáveis. O autor parece requerer um esforço imaginativo do intérprete, no sentido de visualizar como uma atuação minimalista (restritivista) pode exigir ou tentar promover juízos deliberativos pelas instâncias responsáveis.

3.2 Argumentos teóricos incompletos e uso construtivo do silêncio como estratégias decisórias para o consenso

Nos textos dedicados ao "projeto minimalista", Cass Sunstein refere-se aos desacordos como o principal obstáculo na busca de um fundamento teórico ambicioso para uma decisão. Na sua construção teórica, parte do argumento recorrente de que é possível obter um acordo sobre as decisões particulares, ainda que haja discordância sobre as teorias que as justificam. Como solução, apresenta a possibilidade de que uma decisão teoricamente incompleta atinja um consenso que seria improvável nas decisões fundamentadas de forma

[210] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 46-54.
[211] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 5.
[212] "*1) Void-for-vagueness doctrine; (2) Nondelegation doctrine; (3) Clear statement rule; (4) Desuetude; (5) Requiring justification of discrimination by actual purposes; (6) Requiring court decisions to employ public reason,* e outros". SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 27-28.

mais "ambiciosa"[213]. Como situação extrema de teorização incompleta, tem-se a hipótese das pessoas assentirem quanto a um resultado, embora discordem sobre o apoio racional para a decisão.

O objetivo do minimalista é, a partir do emprego desta "teorização incompleta", atrair apoio de perspectivas as mais diversas – teóricas, metodológicas, filosóficas – para o resultado de seu julgado, sem comprometer as instituições e os debates futuros[214].

A proposta passa, portanto, por uma "descida conceitual", no reconhecimento daquilo que o autor adequadamente define como o "uso construtivo do silêncio". O emprego do silêncio em algumas questões básicas transforma-se, para os minimalistas, num "dispositivo para a produção de convergência apesar do desacordo", da incerteza, dos limites de tempo e de capacidade, e mesmo da heterogeneidade[215].

Para Sunstein, o minimalismo espelha uma postura cautelosa, que pode ser identificada na própria vida cotidiana, típica das pessoas sensatas, que preferem tomar decisões que não comprometem aspectos futuros[216]. Reporta-se a um fenômeno mais amplo, que não se restringe apenas à interpretação do comportamento judicial e ao Direito Constitucional. Tampouco se limita ao Direito, sendo comum no universo político. Os líderes políticos, por exemplo, frequentemente tomariam decisões individualizadas e pouco profundas por razões práticas, mas também de princípio. São virtudes de humildade e respeito, vistas nesta "forma política do minimalismo", como uma expressão de tolerância, em que os líderes tomam conhecimento da legitimidade das visões concorrentes[217].

Assim, a teorização incompleta e o silêncio são tidos como uma importante fonte do constitucionalismo – em suas interações com o Direito e a Política, colaborando para seu sucesso.

Argumentos teóricos incompletos sobre princípios constitutionais e casos permitem a estabilidade social, especialmente quando se está diante de contextos em que há discordância sobre as questões públicas e privadas, como ocorreu na Europa após a II Guerra Mundial, cujas constituições somente teriam sido possíveis por conterem disposições amplas. Proporcionaram uma medida de reciprocidade e respeito mútuo, para que as pessoas não

---

[213] SUNSTEIN, Cass R.. Beyond judicial minimalism. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 432, p. 01-25, set. 2008, p. 6.
[214] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 3-ss.
[215] SUNSTEIN, Cass R.. Beyond judicial minimalism. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 432, p. 01-25, set. 2008, p. 5-6.
[216] SUNSTEIN, Cass R.. Beyond judicial minimalism. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 432, p. 01-25, set. 2008, p. 1.

desafiassem os compromissos mais profundos dos seus concidadãos. Tal conduta seria especialmente condenável se praticada por funcionários públicos em geral ou pelos juízes. Já para os árbitros sociais, a vantagem é reduzir os custos políticos dos desacordos a longo prazo. Servem, ainda, para que a sociedade busque evolução e progresso através do tempo. No futuro, as idéias mudarão e os argumentos incompletos não engessarão o debate[218].

Mas é no que se refere ao tribunal constitucional que o minimalismo assume uma pretensão descritiva, pois, como reconhece o próprio autor, constituíria uma estratégia empiricamente verificada, usada por determinados magistrados da Suprema Corte norte-americana na solução dos casos mais controversos e difíceis[219]. O atual *Chief Justice* Roberts, quando afirmou, em conferência na Universidade de Georgetown, que "a vantagem da unanimidade é que esta conduz a decisões mais estreitas" é constantemente citado pelo autor, para ilustrar sua tese, como exemplo de juiz minimalista[220]. Em diversos momentos, são descritas decisões "minimalistas", e a Corte é cumprimentada por tê-las tomado[221].

O minimalismo descreve um tribunal voltado à solução do caso concreto, que foge de fundamentos abstratos e do estabelecimento de diretrizes abrangentes. Busca-se atingir o consenso quanto às pequenas questões ou reduzir os custos da procura pelo acordo, abrindo espaço para deliberação dos atores no âmbito das instituições adequadas. Neste contexto, o juiz ou o tribunal tem um "senso de autoconhecimento ou autoconsciência", voltado às características desta instituição, inserida num quadro de competências.

Por isso, trata-se de uma opção estratégica, de juízes que, reconhecedores de suas limitações, especialmente porque não podem prever as conseqüências dos seus julgados[222], decidem, ao invés de adotar teorias complexas sobre as questões envolvidas, restringirem-se ao caso trazido à sua apreciação. Impede que o juiz atue em substituição aos processos democráticos, no exercício de uma atividade típica do legislativo ("*'judicial lawmaking' on those issues"*). O minimalismo, amparado em aspectos pragmáticos, reduz a probabilidade de

---

[217] SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009 (*kindle*, posição 3610/4418)

[218] SUNSTEIN, Cass R.. Beyond judicial minimalism. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 432, p. 01-25, set. 2008, p. 9-11.

[219] SUNSTEIN, Cass R.. Testing minimalism: a reply. **Michigan Law Review**, n. 104, I, p. 129-135, out. 2005, p. 131.

[220] Por todos, cf. SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 42.

[221] A Corte Rehnquist, por exemplo, é descrita como minimalista, em detrimento das declarações contrárias do Judge Antonin Scalia, um dos mais importantes expoentes da defesa de um originalismo na interpretação constitucional. SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 3-4.

[222] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 53.

erro judicial, deixando a resolução de questões fundamentais sociais aos poderes políticos que tem competência para resolvê-las adequadamente. E constitui uma manifestação de respeito àqueles que não compartilham do entendimento que seria exibido pelo tribunal[223].

Não por acaso, o minimalismo consiste, segundo Matthew J. Steilen, em três aspectos gerais, relacionados: ao reconhecimento, pelo tribunal minimalista, de sua própria posição epistêmica (*epistemic position*); à determinação de caraterísticas norteadoras do processo decisório (*decisional characteristics*) e, por fim, ao papel da corte no que se refere à política (*political society*). As características decisórias desempenhariam um papel entre a parte epistêmica e política[224].

O tribunal sabedor de sua posição epistêmica reconhece a existência de desacordo razoável em uma sociedade heterogênea, é "intensamente consciente de suas próprias limitações", tem receio de efeitos inesperados e preocupa-se em acomodar novos julgamentos sobre fatos e valores – ou, pelo menos, de manter-se aberto a estes. Já sua inserção no universo político permite que seus membros vejam-se como parte de um sistema de deliberação democrática, encarregados de promover a participação, o diálogo e a responsabilidade, de modo que se abra espaço para a reflexão democrática no Congresso e dos Estados.

Para acomodar esse duplo papel, é que se tem o minimalismo como teoria decisória, ao determinar que os juízes resolvam o caso, mas deixem muitas coisas não decididas; optem por razões "estreitas" e evitem o estabelecimento de regras claras e resoluções finais, a proporcionar decisões aptas a atrair apoio de pessoas com compromissos das mais diversas naturezas (moral, religiosa e filosófica e outros). Ademais, devem procurar consenso sobre questões específicas (particulares), para que suas opiniões sejam justificadas por teorias não abstratas[225].

---

[223] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 40-41, 259.

[224] STEILEN, Matthew J.. Minimalism and deliberative democracy: a closer look at the virtues of 'shallowness'. **Seattle University Law Review**, v. 33, p. 391-435, jan. 2010, p. 396-8.

[225] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. IX-X, STEILEN, Matthew J.. Minimalism and deliberative democracy: a closer look at the virtues of 'shallowness'. **Seattle University Law Review**, v. 33, p. 391-435, jan. 2010, p. 398.

3.3 Minimalismo processual e substancial: da estreiteza e superficialidade aos compromissos normativos da democracia deliberativa

No plano decisório, Sunstein propõe o emprego de duas virtudes fundamentais para a compreensão do projeto minimalista: a estreiteza (*narrowness*), quanto ao âmbito da decisão, e a superficialidade (*shallowness*), que se relaciona à fundamentação. Essas noções parecem desempenhar – guardadas as diferenças entre os projetos, certamente – papel assemelhado às virtudes passivas na obra de Bickel.

Os minimalistas preferem decidir de uma maneira que é mais superficial que profunda ("*shallow rather than deep"*), pois optam por deixar as questões fundacionais não decididas; apreciam os aspectos necessários, sem grandes considerações sobre problemas mais complexos. Mostram predileção, ainda, por proceder de uma forma que é mais estreita que ampla ("*narrow rather than wide"*), sem comprometer outros pontos atinentes ao tema julgado[226].

De uma forma geral, a superficialidade é tida como um limite à profundidade teórica da decisão, apartada de explicações/considerações abstratas ("*unaccompanied by abstract accounts"*) da sua fundamentação. Ainda que motivadas, elas afastam questões fundacionais e evitam oferecer uma teoria geral ou grandes explicações da situação apreciada[227]. Mas os minimalistas são cuidadosos em afirmar que a superficialidade não implica na ausência de motivação, pois suas decisões devem ser sempre fundamentadas[228].

Em outros trabalhos, Sunstein esclarece que a superficialidade ocorre especialmente sob a forma de argumentos teorizados de forma incompleta, e é um fenômeno generalizado na interpretação constitucional, servindo para as regras e analogias; portanto, utilizadas por legisladores e julgadores, respectivamente. Por isso, seu interesse na questão é parcialmente descritivo. A predileção pela superficialidade pode se creditada a motivos diversos: porque as pessoas desconhecem os argumentos ou discordam deles ou porque receiam que as razões,

---

[226] SUNSTEIN, Cass R.. Beyond judicial minimalism. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 432, p. 01-25, set. 2008, p. 2.

[227] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 11-14.

[228] Em trabalho posterior, refinando seu argumento inicial, Sunstein salienta que a diferença ente a superficialidade e pronfundidade também é uma questão de gradação, porque sempre haverá um grau de profundidade. A questão é que o minimalista deve buscar razões que sejam pouco controversas e que possam atrair o apoio daqueles que não estão certos ou discordam da questão em termos gerais. SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 41.

desacompanhadas de reflexão, vinculem decisoes futuras. Em resumo, teriam o potencial de assegurar apoio em ambientes de profundo dissenso[229].

Já a estreiteza refere-se às decisões em que a corte soluciona um caso com especial atenção às suas particularidades, podendo assim deixar uma grande parte dos seus aspectos não decidida. Concentra-se na situação específica sob apreciação e evita estabelecer uma diretriz ampla[230], que possa atingir outras situações. Trata-se, portanto, de um aspecto voltado ao âmbito da decisão.

Pode-se cogitar, ainda, a preocupação de que as decisões amplas invoquem a noção de legislação, uma vez que a generalidade é um dos principais traços distintivos entre legislação e jurisdição. No plano da teoria jurídica, o autor faz uma analogia – que entende muito próxima - entre a preferência pela estreiteza e a predileção pelos "*standards"* sobre as "*rules"*[231].

Uma decisão pode ser estreita por envolver partes ou situações incomuns, como teria ocorrido no caso *Bush v. Gore*, de forma que a Suprema Corte tem o cuidado de destacar que razões de sua decisão restringem-se ao caso ali abordado, não podendo ser utilizadas como precedente em outras situações[232].

Para Sunstein, a estreiteza pode ser adotada por diversos fatores, como a necessidade de se estabelecer consenso - ou maioria, pelo menos - num órgão colegiado (razão institucional); por seu desconhecimento da matéria ou por seu potencial de criar constrangimentos futuros[233]. Mais uma vez, intenta-se diminuir os custos de eventuais erros,

---

[229] "*We may thus offer an epistemological point: People can know that X is true without entirely knowing why X is true".* SUNSTEIN, Cass R.. Beyond judicial minimalism. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 432, p. 01-25, set. 2008, p. 6-8.

[230] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 10.

[231] "*A standard leads a great deal of work to be done by subsequent decision-makers; by contrast, a rule resolves cases in advance, and ensures that the work of subsequent decision-makers is essentially mechanical. For example, a 60 mile per hour speech limit is a rule, whereas a standard might say that a driver must drive in a "reasonable and prudent manner. (…) A preference for minimalism is very close, analytically, to a preference for standards over rules*". SUNSTEIN, Cass R.. Beyond judicial minimalism. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 432, p. 01-25, set. 2008, p. 15.

[232] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 18-9. Não deixaria de ser, contudo, uma situação atípica num sistema de *Common Law*.

[233] Alguns comentaristas visualizam uma preferência do autor, em função de seu "projeto", pela estreiteza face à superficialidade. SIEGEL, Neil. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. **Michigan Law Review**, v. 103, p. 1951-2019, 2005, p. 1964. Particulamente, não é essa a impressão que tenho da leitura do "Beyond minimalism", em que o autor destina considerável atenção às dificuldades que podem ser criadas por uma decisão estreita, admitindo as fragilidades deste aspecto. SUNSTEIN, Cass R.. Beyond judicial minimalism. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 432, p. 01-25, set. 2008, p. 13-18.

sem se olvidar do fundamento normativista, na defesa da preservação do espaço para a deliberação pública e para a atuação dos demais agentes estatais[234].

Estreiteza e superficialidade são conceitualmente independentes[235], pois uma decisão pode ser ampla e superficial ao mesmo tempo; ou estreita e profunda. Ambas constituem uma questão de gradação, de modo que uma decisão pode ser mais ou menos estreita; e o semelhante pode ocorrer com a profundidade da fundamentação do julgado[236].

São conceitos, portanto, que apontam em direções diferentes[237].

Não há uma definição apriorística das situações que merecem decisões minimalistas, tampouco diretrizes acerca do grau de estreiteza e superficialidade necessárias a um caso determinado[238]. A avaliação do cabimento dessas situações, por conseguinte, deve ser feita a partir da hipótese julgada, pois, como afirma o próprio Sunstein, "é claro que não podemos, em abstrato, decidir se e quanto o minimalismo é apropriado". Alguns temas, inclusive, repelem uma abordagem minimalista, mais adequada às questões substantivas altamente controversas e abordadas nos processos democráticos[239].

Mas os aspectos estratégicos albergados sob o rótulo minimalista fornecem algumas diretrizes que auxiliam o julgador, inclusive na definição de qual aspecto do minimalismo é mais adequado à questão reportada.

Com efeito, saber as áreas pertinentes e qual o "grau" de estreiteza adequado depende da verificação de quão elevados seriam os custos das decisões e dos eventuais erros.

---

[234] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 13-ss.

[235] É de destacar que a negativa do *certiorari* ou as chamadas *justiciability doctrines*, pelas quais a corte se recusa a apreciar a causa, distinguem-se da opção por decisões "estreitas" ou que empreguem os "argumentos teóricos incompletos". Essas técnicas referem-se à decisão da corte; ao passo que os fundamentos processuais que rejeitam a demanda, ainda que constituam uma forma de minimalismo processual – como se verá adiante – , passam ao largo destas técnicas decisórias. SUNSTEIN, Cass R. Testing minimalism: a reply. **Michigan Law Review**, n. 104, I, p. 129-135,out. 2005, p. 131.

[236] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 15-16.

[237] SUNSTEIN, Cass R.. Beyond judicial minimalism. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 432, p. 01-25, set. 2008, p. 2.

[238] "*It is clear that we cannot, in the abstract, decide whether and how much minimalism is appropriate*". Não há como se olvidar, quanto ao referido ponto, que Sunstein tenha reiterado a crítica – comum, diga-se de passagem - de que Alexander Bickel não teria se posicionado, em sua obra, sobre os exatos termos em que a Corte deve agir. SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant Before New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 148.

[239] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 56-9. No que se refere, especificamente, à opção pela superficialidade, apesar da crítica de que "os minimalistas desconfiam de qualquer teoria profunda", o autor defende que, quando esta é claramente certa, os juízes fariam bem aceitá-la. SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 45.

Deve-se questionar, também, a importância da previsibilidade na matéria que está sendo julgada[240].

Neste tópico, temas que envolvem aspectos fáticos sujeitos às mudanças contínuas – ou "estão em fluxo", como prefere o autor – nas quais não é possível antecipar as conseqüências da evolução atual, são especialmente caras ao minimalismo. As questões morais também são fluídas e cambiáveis, de sorte que as "distinções são aparentemente pequenas entre um caso e outro", "podendo-se exigir tipos inteiramente diferentes de resoluções", inclusive quanto aos direitos a serem aplicados[241].

Interessante que mesmo os severos críticos do trabalho de Sunstein não definem quais temas seriam melhor decididos sob os cânones do minimalismo. Para eles, esta definição é um desafio[242], que, no meu entender, implica em determinar qual o papel das cortes numa dimensão substantiva.

A "indefinição" quanto às hipóteses de aplicação, que poderia ser vista como uma fragilidade do modelo, é tida como a defesa de uma vantagem das cortes, potencializada pelo minimalismo, que permitiria a elas manter o "gradualismo" e "particularismo" necessários nas decisões em que se discute direitos individuais[243].

Portanto, o minimalismo, enquanto teoria da autocontenção, não tem a pretensão de fornecer um modelo preciso de decisão judicial, numa especificação prévia da auto-restrição para todos os casos. O próprio Sunstein afirma a necessidade de "distinguir o processo do minimalismo da sua substância"[244], considerada diversidade de situações que ensejam ou não a aplicação das virtudes minimalistas.

Este modelo albergaria uma dimensão meramente processual, que consiste justamente nessa busca da limitação das decisões, em conformidade com a construção já descrita nesse capítulo. Nesta perspectiva, o minimalismo é uma estratégia decisória que permite – e talvez – estimule o debate democrático, oriundo do natural desacordo típico das sociedades complexas.

---

[240] SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 44.
[241] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 174-176.
[242] SIEGEL, Neil. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. **Michigan Law Review**, v. 103, p. 1951-2019, 2005, p. 2016.
[243] PETERS, Christopher J.. Assessing the new judicial minimalism. **Columbia Law Review**, v. 100, p. 1-127, 2000, p. 120.
[244] "*It´s important to distinguish between minimalist procedure and minimalist substance*". SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 60.

Ao mesmo tempo, o minimalismo não prescindiria de alguns compromissos substantivos, relativos ao conjunto de ideais intrínsecos à moralidade interna da democracia, composta pelas noções de igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política.

Na descrição de Sunstein, fala-se de um núcleo de dez compromissos normativos, como: (1) proteção contra prisão injusta (devido processo legal); (2) garantia do dissenso político; (3) voto; (4) liberdade religiosa; (5) proteção da propriedade; (6) proteção da pessoa e da propriedade contra o abuso policial; (7) garantias quanto aos pressupostos da *rule of law* – princípios da anterioridade e irretroatividade das normas, princípio da legalidade e garantias processuais como contraditório, ampla defesa e duplo grau de jurisdição; (8) proibição da tortura; (9) proteção contra qualquer tipo de "subordinação" em decorrência da raça ou sexo, nela incluída a escravidão; (10) proteção do corpo humano contra interferências das agências de governo.

Referidos pressupostos constituem uma dimensão do projeto minimalista que pode ser denominada de substancial e engloba direitos "fundantes", concepção compartilhada pela grande maioria das teorias que tentam compreender a jurisdição constitucional. E por estarem relacionados ao núcleo das relações políticas, são essenciais para a manutenção do projeto democrático- deliberativo proposto pelo autor. Havendo violação destas "pré-condições" para o desenvolvimento da democracia, os tribunais, ainda que minimalistas, poderiam fundamentar suas decisões de validação ou não de leis e atos normativos[245].

Mesmo no minimalismo substantivo, contudo, ter-se-ia a presunção de que a corte deve evitar declarar a inconstitucionalidade de um ato de governo, defendendo este por seus méritos ou simplesmente passando ao largo – mais uma vez – da questão de constitucionalidade. Ao longo do seu livro "*One case at a time"*, por exemplo, Sunstein aprova decisões da Suprema Corte, ao atuar na defesa dos direitos enquanto aplica os parâmetros minimalistas[246].

Em interessante passagem, cita situações em que o tribunal manteve leis estaduais que proíbem o suicídio medicamente assistido, pois sua constitucionalidade era questionada com fundamento nos princípios do devido processo (*Washington v. Glucksberg*) e da igualdade (*Washington v. Vacco Quill*). Para o autor, nestas duas hipóteses a Corte mostrou cautela ao reconhecer direitos desta natureza "em meio a questões complexas de fato e

[245] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 60-ss.
[246] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 170.

valor"[247]. O mesmo ocorre nas decisões em que o tribunal apreciou as políticas de ação afirmativa, sob o argumento de que estas questões "devem ser resolvidas democraticamente, não judicialmente"[248].

A crítica é que o exercício deste "minimalismo substantivo" tem o potencial de comprometer os próprios objetivos minimalistas, no sentido de assegurar a legitimidade e a competência das cortes constitucionais, tema que é objeto das mais severas reprovações direcionadas a esta perspectiva – e, em maior grau, às propostas de auto-restrição judicial[249].

Em resumo, no que concerne às decisões, o processo minimalista referir-se-ia ao "âmbito" destas, enquanto que sua dimensão substantiva estaria relacionada com seu "conteúdo", ou seja, na prescrição sobre o mérito da decisão, se a corte deve invalidar a legislação ou não. Neste sentido, o minimalismo seria um fenômeno policêntrico[250].

3.4 Para além do minimalismo racional: vontade da maioria x perfeccionismo na interpretação constitucional

Em outros trabalhos, Sunstein insere o minimalismo num conjunto de teorias sobre a interpretação constitucional – não relacionadas diretamente com a perspectiva da auto-restrição judicial. O autor afirma não interceder, contudo, por uma única perspectiva interpretativa, mas que a seleção desta depende da norma constitucional e do contexto em que será aplicada. Desta variação, entende que nenhuma concepção decisória pode ser defendida sob o argumento de que pode *melhorar* a ordem constitucional.

O autor combate, assim, as chamadas concepções "perfeccionistas", sob as quais as decisões judiciais, apoiadas em considerações abstratas, amplas e profundas, almejam alcançar uma solução adequada da questão constitucional, a ser observada nas interpretações

---

[247] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 56-59.

[248] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 117-118.

[249] Como os minimalistas entendem que decisões gerais podem conduzir a erros difíceis de reverter, especialmente quando os custos são elevados, a estreiteza seria mais comum, por exemplo, nos períodos em que a segurança nacional está comprometida. SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 42. Esta indicação, e principalmente, a aplicação das técnicas minimalistas nestas situações ensejam algumas das críticas mais ferrenhas quanto à validade do modelo na consecução dos seus objetivos democráticos, como será abordado nas conclusões deste capítulo.

[250] Christopher Peters anota, quanto ao que denomina de "policentrismo" que, embora teoricamente pareça haver uma preferência pelas técnicas de decisão, nos termos do minimalismo processual, a apreciação dos casos nos trabalhos de Sunstein sugerem um enfoque adicional sobre o conteúdo ou a substância dos julgados da Corte,

futuras sobre o tema[251]. Embora Sunstein mencione outras perspectivas como exemplo do perfeccionismo[252], afirma-se que seu principal alvo é a concepcão de Ronald Dworkin, exemplo da defesa de "decisões teoricamente ambiciosas", numa abordagem filosófica da interpretação[253]. A correspondência entre a perspectiva de Dworkin com a definição do perfeccionismo é representada por sua rejeição da discricionariedade judicial para solução de casos difíceis – tese que imputa ao positivismo – por entender que na "maioria dos casos difíceis existem respostas certas a serem procuradas pela razão e pela imaginação". Um dos fundamentos da relevante construção dworkiana para o Direito, a partir da Filosofia Moral, é de que "o raciocínio jurídico é um exemplo de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis" [254].

Para Sunstein, o "problema" de decisões amparadas em abordagens perfeccionistas – em verdade, o que denomina de perfeccionismo de primeira ordem ("*first order perfeccionism"*) - é que elas tirariam a oportunidade de que as maiorias deliberem sobre esses temas e alcancem consenso[255]. Não é rejeitada, a rigor, uma abordagem perfeccionista, mas o autor defende o chamado "perfeccionismo de segunda ordem", que reconhece, como um componente institucional necessário[256], a falibilidade e os limites daqueles que interpretam a constituição[257]

No plano decisório, o perfeccionismo representaria um "maximalismo", oposto às pretensões minimalistas.

---

especialmente quanto às decisões de inconstitucionalidade ou não dos atos dos poderes políticos. PETERS, Christopher J.. Assessing the new judicial minimalism. **Columbia Law Review**, v. 100, p. 1-127, 2000, p. 8-10.

[251] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 5-15.

[252] Na verdade, o "thayerismo", o "originalismo" – perspectiva interpretativa que tenta resgatar a vontade dos *Founding Fathers*, cujo maior defensor seria o *Judge* Antonin Scalia - e o próprio "minimalismo", ao rejeitar as primeiras aproximações, seriam formas de perfeccionismo. SUNSTEIN, Cass. Second-order perfectionism. **Fordham Law Review**, v.75, n. 6, p. 2867-2883, 2007, p. 2867.

[253] BARBER, Sotirios A.; FLEMING, James E.. **Constitutional interpretation**: the basic questions. New York: Oxford University Press, 2007 (*kindle*, posição 1530/2631).

[254] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. XI-XIII.

[255] . SUNSTEIN, Cass. Second-order perfectionism. **Fordham Law Review**, v.75, n. 6, p. 2867-2883, 2007, p. 2880.

[256] SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 23.

[257] Em resposta, os defensores do trabalho de Dworkin mostram que as críticas contra as credenciais antidemocráticas referem-se, em verdade, à boa fé do intérprete, que tentaria compreender a constituição, não impor suas preferências. Estes tentariam chegar à correta interpretação de acordo com o texto constitucional, não o que "acham correto", num reconhecimento de sua falibilidade. Assim, em detrimento de suas limitações - e da constituição – teriam o mérito de alcançar objetivos como justiça, bem-estar geral e outros previstos no próprio texto. BARBER, Sotirios A.; FLEMING, James E.. **Constitutional interpretation**: the basic questions. New York: Oxford University Press, 2007 (*kindle*, posição 1700-1704/2631).

Mas o autor vai além do minimalismo e reconhece outras formas de interpretação. A abordagem destas – e sua seleção - depende do compartilhamento do significado constitucional ocorrido no ambiente social, mostrando a relação existente entre as instituições estatais e as opiniões dos agentes sociais envolvidos.

Para tal fim, defende que as mudanças nos acordos constitucionais e na sua compreensão passam pelos processos democráticos ordinários, e não somente pela revisão judicial. Certamente que a fiscalização de constitucionalidade já promoveu algumas mudanças sociais importantes nos EUA, indo além do texto da constituição, como no banimento das orações nas escolas, na proteção do direito de escolha ao aborto e outros. Contudo, quando a Suprema Corte encampa um novo princípio constitucional ou uma nova compreensão nesse sentido, ela não age num vácuo; por mais que esse apoio seja posterior. Os grandes momentos de transformação constitucional, defendidos por Bruce Ackerman, segundo Sunstein, mais do que resultado da atuação de determinadas instituições públicas, são alterações produzidas continuamente[258].

Na verdade, o autor baseia-se na idéia de que as maiorias são mais capazes de oferecer respostas adequadas a questões controversas, em acordo com o "Teorema do Juri de Condorcet", cuja aplicabilidade no Direito Constitucional fortalece-se com a noção de que, quando se está diante de uma questão moral e política, cabe à maioria solucioná-la[259].

Essa noção é posta à prova no resgate de três tradições - tradicionalismo, populismo e cosmopolitismo - denominadas pelo autor de *many minds argument*, sob a noção de que não se pode deferir tudo à intenção do constituinte ou ao legislador, de modo que a opinião pública deve ser considerada como elemento da construção constitucional[260]. Assim, essas

---

[258] SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 1-3.

[259] SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 7-8. Numa apressada definição, o Teorema do Júri de Condorcet implica que, se um universo indefinido de pessoas comprometeram-se com determinadas práticas, a 'sabedoria latente' permanecerá com eles, principalmente se a maior parte das pessoas estiver certa e não errada. A persistência de uma tradição seria uma prova de sua sabedoria e funcionalidade, pelo menos como regra geral. (p. 51)

[260] Estas três correntes, distantes entre si, unem-se na crítica aos aportes "liberais" da Corte Warren, sob o pressuposto de que, se muitas pessoas pensam algo, essa visão deve ser respeitada e levada em consideração. SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, Prefácio, p. 37. Embora defenda este argumento das "muitas mentes", o autor visualiza alguns problemas na sua consideração, comumente voltados aos aspectos da deliberação. Assim, seu emprego deve especificar a proposição acerca da qual tantas pessoas convergem; considerar que, quanto mais gente corrobora determinado argumento, menor é o apoio àqueles que o questionam, de modo que, um amplo suporte pode refletir menos o julgamento independente dos indivíduos do que parece à primeira vista, em função do poder de mobilização das massas.

três tradições são analisadas minuciosamente, para que, conhecidas as fragilidades de cada argumento, possa-se favorecer sua aplicação em "situações adequadas"[261].

Cabe ressaltar que, da perspectiva de um tradicionalismo, Sunstein passa à distinção entre o minimalismo que denomina "burkeano" - em homenagem a Edmund Burke, influência já reconhecida em outros trabalhos do autor – que se opõe aos termos de minimalismo racional, cujos moldes já foram expostos[262].

A perspectiva burkeana corresponde a uma espécie de "conservadorismo" na interpretação constitucional, que engloba o respeito à doutrina já assentada e às tradições sociais[263]. Fala-se em conservadorismo porque essa corrente sugere mudanças paulatinas e tem receio dos visionários - ou dos que pregam ruptura. O objetivo é que os princípios sejam construídos gradativamente, gradualmente e por analogia, com atenção às práticas assentadas.

A faceta "minimalista" consiste no entendimento de que os juízes não devem se amparar – mas sim evitar - argumentos políticos e morais, o que pode ser feito de diversas formas. Os juízes podem permitir que os ramos democráticos rejeitem as tradições, embora eles mesmos não possam fazê-lo. E o respeito às tradições os impele a controlar os ramos democráticos, quando estes tendam a inobservá-las[264].

Como alternativa, tem-se o "perfeccionismo conservador", que compreende que os juízes devem observar o texto e estrutura constitucionais, mas nas situações em que estes são ambíguos, as cortes devem adotar a interpretação que tenha o melhor sentido para o documento[265].

---

[261] SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009. (*kindle*, posição 3541/4418).

[262] A principal diferença entre o minimalismo burkeano e racionalista é que aqueles querem basear seus "passos curtos" nas tradições estabilizadas, enquanto os racionalistas questionam as referidas tradições, a avaliar se estas podem sobreviver à crítica (p. 45). Os minimalistas racionalistas se diferenciariam por seu interesse pelas razões encobertas pelas práticas, não especificamente por estas; de modo que cogitam, inclusive, que estas tradições não são arbitrárias. SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 59.

[263] Interessante notar que Sunstein é consciente de que Burke não abordou a revisão judicial – até porque inexistente, em sua época, no sistema inglês. O autor lembra que, se o filósofo inglês tivesse se pronunciado quanto ao tema, outros aspectos de sua obra levam a crer que este teria se posicionado contrariamente à instituição. Todavia, aqueles que simpatizam com os argumentos de Burke, poderiam encontrar algum argumento favorável ao exercício de uma determinada forma de fiscalização de constitucionalidade: aquele que respeita as práticas consolidadas. SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 34-44.

[264] Como todo modelo de interpretação, o minimalismo burkeano seria mais plausível em algumas áreas – como a separação de poderes, em que as práticas se assentam ao longo do tempo- em detrimento de outras, como as questões jurídicas referentes ao combate contra a discriminação, por exemplo. SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 90.

[265] SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 34-40.

É no contexto desse debate que o autor reconhece as limitações do minimalismo decisório e, eventualmente, aponta suas falhas. De todo modo, mostra que a confusão entre o minimalismo e uma perspectiva conservadora de interpretação constitucional é equivocada, pois é possível identificar um conservadorismo minimalista, mas também um conservadorismo visionário na atual composição da Suprema Corte, por exemplo. Não se poderia atribuir ao minimalismo a prevalência dos aspectos criticados dos recentes julgados daquele Tribunal[266].

Nas novas versões do minimalismo, em que não se discute que os tribunais devem tomar decisões sobre alguns direitos individuais, há sempre a noção de que devem mostrar deferência – a partir de variados graus – ao julgamento dos legisladores, até em reconhecimento das decantadas limitações cognitivas das cortes[267]. Mas há o reconhecimento, porém, de que em alguns casos simplesmente é necessário decidir, de forma completa e definitiva[268].

Interessante que, apesar de vislumbrar formas distintas de interpretação, Sunstein sugere que a corte, a rigor, não age em desconformidade com a vontade popular. Essa interação, mais que uma questão de preservação de seu capital político pelo receio de sofrer represálias dos poderes pela atuação em descompasso com os interesses predominantes, é acrescida do novo argumento de que fazem parte da comunidade e, por isso, suas decisões não se distinguem tanto dos interesses sociais. Assim, o Tribunal deve observar a opinião pública, seja por aspectos conseqüencialistas – análise das repercussões das decisões - ou epistêmicos – a humildade judicial, no reconhecimento de que o público pode colaborar para a correção dos seus julgados[269].

A não opção por uma determinada perspectiva interpretativa, cuja seleção ao caso concreto depende de uma avaliação pragmática em virtude de seus efeitos, é objeto de ferrenhas críticas. Segundo Dworkin, Sunstein pensa que os juízes não devem "inventar uma nova constituição" ou "ignorar a própria história constitucional" ainda que imaginem que essas posturas seriam melhores. Devem ater-se às interpretações que se "ajustem ao texto ou à

---

[266] SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 10.

[267] PETERS, Christopher J.. Assessing the new judicial minimalism. **Columbia Law Review**, v. 100, p. 1-127, 2000, p. 87.

[268] "*There is important truth in these usual thoughts, as we shall see below; it would be senseless to celebrate theoretical modesty at all times and in all contexts. Sometimes participants in constitutional law and politics have sufficient information, and sufficient agreement, to be very ambitious. Sometimes they have to reason ambitiously in order to resolve cases."* SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 149.

[269] SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 140-1.

história", embora reconheça que – mesmo nesses casos – seja possível eleger entre as diversas possíveis, escolha que deve ser guiada pelos parâmetros da Política Moral. Para Dworkin, a escolha de estratégias interpretativas que tornem a constituição a "melhor possível" – "*the Constitution as good as it can be*" – deveria ser acompanhada da fundamentação das suas concepções acerca de temas como "igualdade, liberdade e democracia" das quais partirá para solucionar suas questões[270]. O projeto de interpretação de Sunstein corresponde, portanto, a uma questão mais complexa do que o autor pretenderia dar a entender, ainda que eleito o minimalismo como abordagem.

3.5 Descrição, prescrição ou estratégia? Por uma avaliação do potencial democrático-deliberativo do minimalismo judicial

Como todo esforço acadêmico amplo, o minimalismo está sujeito a muitas críticas, direcionadas aos seus aspectos descritivos, à operacionalidade dos seus parâmetros do ponto de vista estratégico e, até, à viabilidade da concretização do projeto de reforço da democracia deliberativa a partir das suas pretensões. Discute-se, ainda, se a proposta minimalista não acabaria por comprometer o próprio instituto da revisão judicial.

Inicialmente, questiona-se a possibilidade de avaliar o minimalismo no tribunal. Para Neil Siegel, sua verificação empírica dependeria da determinação de fatores complexos, de difícil aferição, pois não há como saber se os juízes optaram pelo minimalismo, diante de outras posições disponíveis ou sequer se eles decidiram assim por respeito ao vetor democrático[271]. Para o comentarista, tem-se aí uma dificuldade inicial, no sentido de identificar se as decisões que deixam certas questões em aberto são minimalistas ou se deixaram de apreciar certos aspectos em atenção aos parâmetros minimalistas[272].

Devo salientar, como dificuldade adicional – a ser debatida posteriormente - que, ao lado da teorização jurídica, outros fatores colaboram e incentivam uma decisão judicial, de

---

[270] Para Dworkin, embora Sunstein não estabeleça como as questões constitucionais mais polêmicas devam ser decididas, é possível avaliar – dos seus comentários acerca de decisões já tomadas pela corte – suas "inclinações próprias". DWORKIN, Ronald. Looking for Cass Sunstein. **The New York Review of Books**, apr., 2009. Disponível em: http://www.nybooks.com/articles/archives/2009/apr/30/looking-for-cass-sunstein/. Acesso em: 18 mai 2009.

[271] SIEGEL, Neil. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court bar. **Michigan Law Review**, v. 103, p. 1951-2019, 2005, p. 1963-1966.

[272] SIEGEL, Neil. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court bar. **Michigan Law Review**, v. 103, p. 1951-2019, 2005, p. 1972.

sorte que é controverso afirmar uma preferência ou motivação "minimalista" num dado julgado[273].

Em resposta ao trabalho de Siegel, Sunstein afirma que nunca teria sugerido que os membros da corte fossem minimalistas como seu crítico imagina que propôs. Contudo, nos últimos casos analisados da Suprema Corte, poder-se-ia afirmar que suas decisões não espelharam a profundidade e a abstração. Reforça sua tese de que os juízes minimalistas favorecem argumentos que não são amparados nos debates fundamentais entre Direito e Política. Eles prefeririam teorizações incompletas, nos quais poderiam albergar perspectivas diferentes. Alguns juízes são menos ambiciosos do que outros em suas decisões e, por isso, apresentariam "tendências minimalistas" [274].

Sob seu aspecto "estratégico", a operacionalidade do minimalismo para a redução dos custos das decisões judiciais e conseqüente promoção dos ideais deliberativos propostos pelo autor também suscita questionamentos.

Conquanto as decisões não comprometam a Corte no futuro, num sistema de precedentes, estes serão observados pelas demais instâncias de poder. Ao invés de reduzir custos, tem-se um mero atraso na decisão das questões mais palpitantes[275]. Como alerta Frederick Schauer, uma das funções da Suprema Corte nos EUA – acentuada nos últimos anos - é estabelecer uma orientação aos demais órgãos jurisdicionais - federais e estaduais – para as decisões futuras. Esse papel de "guia" parece ser deixado de lado, e os defensores do minimalismo acabam por ratificar a abdicação dessa relevante função[276].

Embora o minimalismo apresente-se como uma forma de reduzir os "custos" das decisões judiciais, ter-se-ia apenas a transferência dos ônus a outros agentes do processo, como litigantes e juízes das outras instâncias. Ao sugerir o compartilhamento destes ônus por todos os envolvidos, essa equação mostra que os custos chegam a todos, sem qualquer diminuição dos custos gerais.

Por fim, lembro que as decisões minimalistas, por vezes, tem o potencial de gerar mais efeitos dos que as maximalistas, considerando que a escolha pela "não-decisão" também se refere a uma decisão de inevitáveis repercussões políticas, como discurei no Capítulo

---

[273] Restam dúvidas, inclusive, se a atribuição de uma perspectiva minimalista aos *Justices* da Suprema Corte seria uma estratégia do liberal Sunstein para convencer a atual composição conservadora do tribunal a encampar esse projeto. SIEGEL, Neil. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court bar. **Michigan Law Review**, v. 103, p. 1951-2019, 2001.

[274] SUNSTEIN, Cass R.. Testing minimalism: a reply. **Michigan Law Review**, n. 104, I, p. 129-135, out. 2005a, p. 129-131.

[275] SIEGEL, Neil. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court bar. **Michigan Law Review**, v. 103, p. 1951-2019, 2009-10.

subsequente. Voltando-se ao plano jurídico, lembro que uma das perspectivas abrangidas pela discussão em torno do ativismo judicial – vista, portanto, como a antítese da "autocontenção" - corresponde à curiosa noção de que a ausência de decisão[277] ou a fundamentação "inadequada" em determinados casos, por envolver o desconhecimento do texto, e uma superposição da preferência do julgador às normas constitucionais, pode ser interpretada como uma "manifestação ativista".

As mais contundentes críticas dirigem-se à pretensão de que o judiciário, assentado no minimalismo, possa colaborar com a efetivação do modelo democrático deliberativo proposto pelo autor. Esse potencial, a ser realizado a partir do desempenho de múltiplas funções, não é objeto de grandes questionamentos, quando reportado à validação ou manutenção dos resultados do processo democrático ("*democracy-permitting outcome"* e "*democracy-foreclosing outcome"*). Mas, no que pertine à promoção deste modelo, na demanda de determinado resultado político ("*democracy-promoting outcomes"*), sua viabilidade é bastante controvertida.

Em sentido diverso, ressalto que um dos pressupostos do minimalismo é a redução da abstração e do grau de profundidade nas decisões judiciais, de sorte que as grandes questões constitucionais sejam debatidas no âmbito das instituições representativas. Essa conexão entre decisão judicial e debate parece – a meu ver - distante, quando se tem em mente os próprios pressupostos da democracia deliberativa, que envolvem um diálogo das grandes questões afastado das particularidades, individualidades e interesses egoísticos. Assim, a relação entre abstração do debate e estreiteza/superficialidade parece deveras complexa, senão improvável[278], especialmente porque a abstração é um dos meios constantemente utilizados para a deliberação, sobretudo neste modelo democrático. Como

---

[276] SCHAUER, Frederick. Abandoning the guidance function: Morse v. Frederich. **The Supreme Court Review - University of Chicago**, p. 205-237, 2007, p. 230-6.

[277] Lembro, mais uma vez, que Sunstein credita à negativa de *certiorari* uma perspectiva minimalista no plano processual, mesmo que esta implique no desconhecimento da causa, pela Suprema Corte. Por mais que o minimalismo possa ser compreendido no universo das teorias da decisão e da interpretação constitucionais, identifico a proposta no universo da autocontenção, especialmente porque decisões como essas inserem-se no jogo jurídico-estratégico-político da corte. SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 69-ss.

[278] Com efeito, a existência de deliberação pressupõe abstração, como recorda Matthew J. Steilen, quando traz a seguinte fórmula: *""(2) Minimalism definition (MD): Minimalism is narrowness and shallowness; (3) Shallowness definition (SD): Shallow decisions do not contain abstract considerations; (4) Deliberation (D): Deliberation often requires abstraction"".* STEILEN, Matthew J.. Minimalism and deliberative democracy: a closer look at the virtues of 'shallowness'. **Seattle University Law Review**, v. 33, p. 391-435, jan. 2010, p. 425.

bem lembra Matthew J. Steilen, ainda que a abstração não funcione sempre como ferramenta de debate, não se pode impulsionar a deliberação ao evitar certos assuntos[279].

Importante consignar que, para Sunstein, algumas formas de minimalismo podem promover democracia não apenas ao deixar pontos em aberto para a deliberação democrática, mas também por incentivar o diálogo e assegurar que importantes decisões sejam tomadas pelos atores democraticamente responsáveis[280].

O potencial democrático do "uso construtivo do silêncio" para deflagrar o diálogo e a deliberação, ao configurar uma postura de respeito às posições e crenças individuais, merece um aparte. Por vezes, é justamente a fundamentação de uma decisão judicial que fornece o ponto de partida para o debate social. Ademais, as decisões profundas também podem incentivar que as instituições públicas corrijam seus erros[281]. É de se ressaltar que um dos pressupostos da *rule of law* – e um dos condicionantes normativos da proposta minimalista - é a motivação das posições estatais.

Outro ponto controvertido é a noção de que os acordos teóricos incompletos podem reduzir o dissenso. Em verdade, uma fórmula costumeiramente utilizada nos processos constituintes é a opção por textos imprecisos na ausência de acordos para soluções pontuais. As conseqüências podem ser as mesmas apontadas por Sunstein - adiamento do debate - mas os meios são distintos. Ao invés de argumentos incompletos, recorre-se a expressões retóricas altamente vinculadas aos aspectos morais, que podem até aprofundar o dissenso. Ademais, a busca por um debate deliberativo e consensual não pode comprometer divergências que tem que ser trazidas à esfera pública, especialmente em contextos em que a prática histórica é a de desconhecer e minimizar certas demandas, como o brasileiro.

Quanto aos atores democráticos, saliento que Sunstein parte do mesmo pressuposto que gerou tantos questionamentos à obra de Bickel, ao não discutir o potencial representativo e deliberativo dos outros ramos de governo.

---

[279] "*My point is simply that avoiding abstraction does not promote democracy because abstraction is a common means we employ to deliberate with each other. Using abstraction, I can meet your objection to my view and give you reason to abandon it. Abstraction may not always work, but unless there is another model of deliberation in the offing, one cannot promote deliberation by avoiding abstractions."* STEILEN, Matthew J.. Minimalism and deliberative democracy: a closer look at the virtues of 'shallowness'. **Seattle University Law Review**, v. 33, p. 391-435, jan. 2010, p. 428.

[280] SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 2.

[281] "*Few would describe it as "respectful" for government to reach a decision without explaining to those affected the actual basis for the decision. Moreover, even where we disagree intractably, articulating my reasons for making a particular decision will increase our mutual understanding. (…) Thus, not only do deep decisions often spur deliberative democracy, they can also be necessary to the subsequent correction of error. In the judicial context, a deep decision striking down a law will help a legislature craft a constitutional replacement."*

Como recorda Owen Fiss, tem-se a suposição de um antagonismo que este autor entende equivocado entre os "pronunciamentos constitucionais" da Corte e os valores democráticos, pois amparado numa identificação entre majoritarismo e democracia. Num sistema presidencialista como o norte-americano, a tensão não está apenas na defesa do Parlamento, de modo que os proponentes do minimalismo deveriam atentar para as ações coordenadas entre Legislativo e Executivo[282].

Apesar destas ponderações – também porque seu "ideal deliberativo" envolve pressupostos mais amplos -, em outros trabalhos, Sunstein reitera a dimensão contra majoritária da corte e, por conseguinte, do próprio Direito Constitucional[283].

O minimalismo seria, assim, uma (das) resposta(s) às preocupações acerca do potencial antidemocrático da revisão judicial. Os defensores dessa potencialidade de promoção democrática vislumbram, além disso, o "tribunal como um participante ativo e fundamental no processo de democracia deliberativa", por ser tão deliberativo – em sua maneira própria, pois não possui a legitimidade "majoritária" – quanto os ramos políticos; e, no que pertine aos direitos individuais, ainda ofereceriam maior oportunidade de debate[284].

Por fim, de todos os questionamentos acerca da proposta minimalista, entendo que a crítica mais eloquente refere-se às garantias dos direitos individuais, concebida como uma das funções mais relevantes da revisão judicial. Sabe-se que a devolução da questão apresentada ao Poder Judiciário aos demais ramos de governo não corresponde necessariamente à pressuposição de que a apreciação destes ocorrerá em conformidade com os cânones deliberativistas[285].

Um dos problemas do novo minimalismo consistiria em não mostrar como as maiorias seriam capazes de proteger certos direitos, naquilo que um de seus defensores denomina de "vantagem contramajoritária"[286]. Portanto, sob o ângulo da defesa dos direitos,

---

STEILEN, Matthew J.. Minimalism and deliberative democracy: a closer look at the virtues of 'shallowness'. **Seattle University Law Review**, v. 33, p. 391-435, jan. 2010, p. 433.

[282] Neste sentido, Fiss oferece uma concepção particular de democracia, que parece se assemelhar ao departamentalismo, na qual a corte dá significado concreto e expressão aos valores da constituição. Para ele, o uso do poder judicial pode não evitar as ações posteriores dos demais poderes, mas estabelecer os limites desta ação e providenciar a moldura para as deliberações. FISS, Owen M.. The perils of minimalism. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 9, p. 643-664, 2008, p. 658-659.

[283] SUNSTEIN, Cass R.. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 140.

[284] PETERS, Christopher J.. Assessing the new judicial minimalism. **Columbia Law Review**, v. 100, p. 1-127, 2000, p. 89.

[285] STEILEN, Matthew J.. Minimalism and deliberative democracy: a closer look at the virtues of 'shallowness'. **Seattle University Law Review**, v. 33, p. 391-435, jan. 2010, p 426.

[286] Para Christopher J. Peters, embora Sunstein seja claramente inspirado por John Hart Ely, ele não conseguiria explicar como "como até mesmo um sistema verdadeiramente deliberativo, verdadeiramente responsável, de forma ampla e bastante participativa do governo majoritário pode evitar ocasionalmente pisando nos direitos

duvida-se da contribuição que o minimalismo pode dar à promoção da deliberação, mormente quando muitos se referem à proteção dos direitos como a principal função da corte. E essa garantia pode ser mais facilmente atingida por decisões amplas e profundas[287].

Nesse contexto, decisões minimalistas poderiam comprometer a própria democracia, ao não proteger adequadamente direitos como a liberdade de expressão, ou falhas dos próprios processos democráticos, como a influência de poderosos grupos de interesses privados ou a sub-representação dos grupos historicamente excluídos[288], objeto de preocupação específica na obra de John Hart Ely.

No contexto de censura às prescrições de estreiteza e superficialidade na revisão judicial, as decisões da Suprema Corte na última década, em sua "timidez" na defesa de direitos individuais, sujeitam o minimalismo a críticas contundentes. Especialmente porque, desde 2001, restaram encaminhadas àquele tribunal demandas em que foram questionadas medidas do Poder Executivo e do Poder Legislativo na limitação do exercício de direitos individuais e relativização de garantias em decorrência da "guerra ao terror". Neste diapasão, é de se recordar que Sunstein sugere o emprego do minimalismo no julgamento de casos que envolvam a segurança nacional[289].

Além da preocupação com a garantia dos direitos individuais, o minimalismo, por suas controvérsias, acaba por suscitar alguns dos mais importantes questionamentos acerca do papel da própria jurisdição constitucional.

Para Ronald Dworkin, as últimas decisões da Corte – especialmente *Bush v. Gore* – amparadas numa perspectiva minimalista, denotam os "sérios custos" representados por esta postura interpretativa, sobretudo quando direitos constitucionais importantes estão em risco.

---

individuais em nome do bem maior". PETERS, Christopher J.. Assessing the new judicial minimalism. **Columbia Law Review**, v. 100, p. 1-127, 2000, p. 62.

[287] SIEGEL, Neil. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court Bar. **Michigan Law Review**, v. 103, p. 1951-2019, 2005, p. 2004.

[288] PETERS, Christopher J.. Assessing the new judicial minimalism. **Columbia Law Review**, v. 100, p. 1-127, 2000, p. 16.

[289] Owen Fiss critica o minimalismo com fundamento nas duas decisões proferidas sobre a base norte-americana Guantánamo, em que o *Justice* Stevens teria se utilizado de "técnicas minimalistas" para solucionar as questões em que se discutia a garantia de certos direitos processuais – no caso, o *habeas corpus* - aos estrangeiros presos naquela base militar. Segundo o autor, a corte teria decidido em conformidade com os *statutes*, e não com a constituição. No caso *Rasul v Bush* (2004), a corte não teria decidido o mérito do pedido de liberdade dos autores, mas a competência das cortes federais (*Federal District Court*) para apreciar a questão, pois os presos estariam sob a custódia do Secretario de Defesa. O mesmo ocorreu em *Hamdan v Rumsfeld* (2007). O minimalismo, assim, teria colaborado para a articulação negativa entre Presidência e autorização do Congresso – simbolizada em Guantánamo - que, mesmo que superada, marcará a história constitucional dos Estados Unidos. Em situações como essa, seria necessário que uma corte forte usasse seu poder para a defesa dos direitos constitucionais. FISS, Owen M.. The perils of minimalism. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 9, p. 643-664, 2008, p. 646; 664.

Isto porque, enquanto o juiz minimalista aguarda o melhor momento para decidir, ele pode ter agido em sua função de arquiteto constitucional comprometido com as questões de longo prazo; contudo, falhou como guardião dos direitos, pois este atraso pode comprometer irremediavelmente as liberdades dos cidadãos. Em verdade, Dworkin entende que é função dos juízes, para a qual estão "bem equipados", fazer julgamentos difíceis e essencialmente controversos, com considerações amplas e profundas, mas não de decidir sobre suas conseqüências a longo prazo. A probabilidade de que o emprego desta estratégia leve os magistrados a cometer menos erros também é questionada, uma vez que aquela decisão sequer contaria com a fundamentação adequada para justificá-la, mas somente que os "juízes evitem a responsabilidade intelectual sobre suas decisões", o que pode – num largo período - erodir a legitimidade da corte. Ao final, seu alerta é contundente: se julgamentos ambiciosos são vistos como arrogantes, à conduta oposta poderia ser imputado o mesmo adjetivo, porque constituiria o mesmo ato decisório, mas desapegado dos fundamentos constitucionais que lhe legitimam[290].

O interessante é que, como todo autor prolífico, cuja obra tem significativo impacto, muitas das objeções e observações são respondidas pelo próprio, como já salientado. Em alguns momentos, este considera as críticas e claramente refina seus argumentos; em outras oportunidades, insere o minimalismo dentre diferentes aspectos da interpretação constitucional, a demonstrar que este não esgota a grandiosidade e complexidade do debate político[291].

---

[290] As palavras de Dworkin merecem transcrição: "*It is often said that ambitious judicial judgments are arrogant. Close to the opposite is true: it is arrogant for unelected officials to declare or deny fundamental rights with no or little attempt to state a warrant for their decision in broad constitutional principle. Minimalism would be a particularly dangerous strategy for liberal justices aiming in the future to correct the radical shrinking of constitutional rights that conservative justices have now achieved under a minimalist disguise. We need a renaissance of liberal principle in constitutional law. We need eloquent and bold opinions, in the tradition of the great justices of the past, opinions that can restate the fundamentals of a liberal constitutional jurisprudence*". DWORKIN, Ronald. Looking for Cass Sunstein. **The New York Review of Books**, apr. 2009. Disponível em: http://www.nybooks.com/articles/archives/2009/apr/30/looking-for-cass-sunstein/. Acesso em: 18 mai 2009.

[291] "*I agree that the argument for minimalism is strongest in an identifiable class of cases: those in which American society is morally divided, those in which the Court is not confident that it knows the right answer, and those in which the citizenry is likely to profit from more sustained debate and reflection."* SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 257-8.

3.6 Por um espaço adequado de exercício da revisão judicial: conformação judicial, promoção democrática e interpretação

As teorizações construídas com amparo na conformação da atividade judicial, que se distinguem por seus pressupostos teóricos e por se relacionarem a momentos históricos específicos da Suprema Corte dos Estados Unidos, possuem alguns elementos identificadores e muitos pontos de dissenso.

Estas visões manifestam prescrições quanto à atuação ou inação judicial, diante do princípio democrático. Se antes a preocupação era com a compatibilização deste exercício, em virtude das instituições estatais; mais recentemente se fala na promoção do ideal democrático a partir do tribunal. Interessa notar que estas construções não se preocupam diretamente com o déficit democrático dos demais ramos de governo, tampouco se estes – ou outras instâncias de poder não-estatais - oferecem o mesmo ou potencial lesivo superior àquele representado pelo poder judiciário ao "princípio democrático".

Em verdade, a concepção de auto-restrição, em seus primórdios, não traduzia ou estabelecia um modelo específico de democracia, como se mostrou no trabalho de James Thayer. Posteriormente, as teorizações se tornaram mais complexas – com a necessidade de prévio estabelecimento de um parâmetro democrático – para a conseqüente conformação ou definição de uma função para o *judicial review*. É o que se verificou na obra de Alexander Bickel, que partia do princípio majoritário, mas vislumbrou para a corte um papel distante desse pressuposto. Em John Hart Ely, tem-se a definição mais clara de uma democracia procedimental, que tem no Judiciário uma instituição afiançadora de suas condições. Cass Sunstein, na formulação de um modelo deliberativo democrático, tenta conformar metodologicamente a atuação da corte, que deve afastar-se de temas controversos.

Neste meio, a autolimitação judicial reconhece a necessidade de inserção da corte num ambiente político - às voltas com a necessidade de aceitabilidade de suas decisões - e as dificuldades - inclusive técnicas - que enfrenta para o exercício de sua atividade. Neste sentido, ao invés de simplesmente não apreciar as demandas (virtudes passivas) ou deferir aos poderes majoritários com a suposição de que sua atuação é correta, salvo um erro claro, o minimalismo propõe que a corte decida a questão. A redução do grau de intervenção e o respeito às instituições representativas denotam uma restrição no plano interpretativo. Já no que se refere à possibilidade de promover o diálogo, tem-se uma limitação no plano

institucional, de uma corte que não se reconhece como a principal instância do debate político[292].

Não se questiona, nos marcos teóricos, a existência ou a validade da revisão judicial; não há uma negativa apriorística das potencialidades da corte na salvaguarda de importantes fundamentos do Estado de Direito. Mas há, todavia, a compreensão que as instituições judiciais devem ser inseridas dentre os demais entes estatais, dotados de competências específicas.

Limitação pela democracia – em várias de suas versões - aceitação de limites cognitivos e estruturais à intervenção judicial e, por fim, a transformação destas preocupações em diretrizes ou parâmetros interpretativos a serem seguidos pelas cortes são os elementos definidores das perspectivas acima vistas.

Assim, o problema "democrático" paira sobre o debate do exercício da revisão judicial. Como meio apaziguador dessa "tensão", viu-se as obras de autores que propunham a deferência ou presunção de constitucionalidade (James B. Thayer), outros que preferiam ver na Suprema Corte a fundamentação de suas decisões apartadas de considerações não jurídicas, de modo que estas fossem "conformes" a determinada concepção de sua atuação (Herbert Wechsler) ou, como Alexander Bickel, que tentavam visualizar, em resposta às credenciais contramajoritárias, um papel relevante para a corte como um foro de debates principiológicos. Por fim, o minimalismo reconstruiu a perspectiva de autocontenção.

No âmbito das teorizações tem-se a proposta de um papel restrito para as cortes, pelos mais diversos meios: (a) reconhecimento de uma *presunção de constitucionalidade* dos atos dos demais poderes; (b) *coerência na interpretação* dos dispositivos constitucionais; (c) demarcação da atuação da corte a *determinados temas*, em que sua atuação seria indispensável e, hodiernamente. (d) *redução do âmbito da decisão*, no que denomino de "via hermenêutica" da autocontenção.

Essas impressões conduzem, portanto, ao debate sobre aquela que seria a antítese da autolimitação das instituições judiciais – a afirmação de um ativismo judicial, também vinculado à perspectiva de visualização da função das cortes constitucionais.

---

[292] Há quem discorde, pois a diferença entre minimalismo e perfeccionismo se referiria apenas à publicização da decisão. Isto porque a primeira fase da decisão corresponderia a um modelo filosófico de aproximação ao significado constitucional em que caberia aos juízes decidir (a) sobre direitos constitucionais e/ou instituições; (b) se o "significado original" estaria em conformidade com a melhor interpretação a ser tomada; (c) se os processos democráticos se encaminhariam nesse sentido; (d) se os juízes atuariam melhor que os processos democráticos nessas questões. Essas escolhas seriam tão ou mais ambiciosas do que a proposta "dworkiana", por exemplo. Já o minimalismo representaria um segundo momento, de exposição da decisão tomada. BARBER, Sotirios A.; FLEMING, James E.. **Constitutional interpretation**: the basic questions. New York: Oxford University Press, 2007 (*kindle*, posição 1543-1571/2631).

Segundo Christopher Wolfe, numa versão inicial, é possível estabelecer uma definição do ativismo voltada à relação entre revisão judicial e constituição. Desta forma, ativismo e autocontenção referem-se à medida na qual a fiscalização é considerada um "reforço da vontade da constituição", distante das preferências e crenças políticas dos juízes.

Num sentido mais amplo, reconhecida a possibilidade do "*judicial lawmaking*", estas noções estariam relacionadas com o grau de liberdade – ou limitações - a que os juízes submetem-se para o exercício de sua discricionariedade. Esse reconhecimento não afasta o fato de que os argumentos em torno da autocontenção ou do ativismo judicial são amparados em perspectivas mais amplas, como democracia e justiça, respectivamente. Verifica-se, dentre os juristas, que o principal fundamento para a atuação judicial é a noção de que os juízes devem decidir os casos, não evitá-los, para ampliar a justiça – especialmente a igualdade e as liberdades. Os juízes ativistas estariam "comprometidos em providenciar remédios judiciais para as questões sociais e usar seu poder de aplicar as normas constitucionais" [293].

Daí, seria possível estabelecer alguns parâmetros que fundamentariam o trabalho dos "ativistas", como: (a) pouco respeito à "intenção original" dos federalistas e aos precedentes; (b) menos atenção aos procedimentos, de sorte a obter decisões favoráveis, desconhecendo algumas das importantes doutrinas concebidas para afastar a apreciação de determinados conflitos (*standing, political question, ripeness* e *mootness*, distinção entre questões federais e estaduais, *comity* e outros); (c) pouca deferência aos demais *policy-makers*, porque teriam uma elevada concepção das credenciais democráticas do poder judiciário e muitas dúvidas sobre a atividade dos demais ramos de governo, o que os moveria a desconhecer a presunção de constitucionalidade das leis; (d) tendência a oferecer *broader holdings* e *broader opinions* e por fim (e) entenderiam por um objeto mais amplo dos remédios judiciais.

Em detrimento de todos estes fatores, uma noção parece preponderar no que se refere à caracterização de um ativismo: uma atitude diante da 'regra da maioria' e dos 'poderes majoritários' e, por conseguinte, uma visão ampliada sobre o exercício da atividade jurisdicional[294]. Assim, o ativismo judicial estaria relacionado a dois fatores: a relação da decisão judicial "com a constituição" e pelo modo sob os quais os juízes exercem aquele que é um poder político "amplo", com fundamento e debate – como visto - em argumentos como credenciais democráticas da revisão judicial, possibilidade de controle popular, consentimento

[293] WOLFE, Christopher. **Judicial activism** - bulwark of freedom or precarious security? Lanham, Maryland: Rowan & Littlefield Publishers, 1997, p. 1-2.
[294] WOLFE, Christopher**. Judicial activism** - bulwark of freedom or precarious security? Lanham, Maryland: Rowan & Littlefield Publishers, 1997, p. 3-5.

tácito dos cidadãos e seus representantes, no longo processo de afirmação desse poder da Suprema Corte[295].

Em todas as facetas, tem-se um elemento comum: a exigência de uma corte que compreenda seu lugar institucional e que, na avaliação de quando deve atuar ou não – isto não fica exatamente claro em boa parte dos autores, nem poderia – seja movida por uma "prudência" e por uma avaliação de custos futuros que talvez surpreenda aqueles familiarizados com uma visão jurídica da sua atividade. Mesmo quando se pretende afastar a corte da apreciação política, volta-se a ela.

E fica-se diante de uma questão complexa: resolve-se o déficit democrático da corte quando esta defere às instâncias representativas, mas se corre o risco de que, nesta ponderação, esta sacrifique alguns importantes fundamentos da deliberação. A recomendação (exigência?) desta cautela pode comprometer o próprio Estado de Direito, quando se está diante de situações que ponham em risco, por exemplo, os compromissos normativos, ou pré-condições do processo democrático.

Essa constante interação e a formatação de argumentos favoráveis ou contrários à jurisdição constitucional mostram que a percepção, dentre os juristas, das potencialidades do judiciário na manutenção do acordo constitucional e na defesa de direitos, é controversa. Os capítulos anteriores mostraram, ainda, que a afirmação e o fortalecimento da jurisdição constitucional, num ordenamento jurídico, passam por recuos e avanços. A doutrina jurídica, em seu aspecto prescritivo, responde às decisões dos tribunais e tenta influenciar seus julgados, a partir da determinação de critérios que parecem contingentes.

[295] WOLFE, Christopher. **Judicial activism** - bulwark of freedom or precarious security? Lanham, Maryland: Rowan & Littlefield Publishers, 1997, p. 35; p. 51-53.

PARTE II

A CORTE ENTRE ESTRATÉGIA POLÍTICA E CRÍTICA JURÍDICA: ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO COMO DESCRIÇÕES DO EXERCÍCIO DA FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

CAPÍTULO IV

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E RESPOSTA JUDICIAL: UMA INCURSÃO PELA TEORIA POSITIVA

Sumário: 4.1 Das condições institucionais às repercussões no comportamento dos atores políticos e jurídico: uma aproximação à judicialização da política. 4.2 Expansão mundial e aprofundamento dos processos de judicialização da política: dos ciclos de constitucionalização. 4.3 Das explicações para os processos de constitucionalização às interações entre as forças políticas: o ativismo judicial entre otimismo e pessimismo. 4.4. Uma aproximação aos estudos sobre comportamento das cortes na *Judicial Politics*: modelo atitudinal, estratégico e institucionalismo histórico. 4.4.1 Modelo atitudinal e previsibilidade: o papel das ideologias no comportamento judicial. 4.4.2 A corte e seu contexto institucional: notas sobre o modelo estratégico. 4.4.3 Abordagens institucionais: pela conjunção de aspectos políticos e jurídicos.

Nesta Segunda Parte, ocupo-me da caracterização do ativismo e da autocontenção judicial enquanto descrições da atuação dos tribunais. Referido objeto de estudos é compartilhado pela Teoria Normativa e Teoria Positiva, condicionadas pelas peculiaridades de cada abordagem.

Inicialmente, o comportamento judicial – em vista das interações das cortes - será estudado através do conceito operacional de judicialização da política, que ganhou notoriedade a partir da obra coletiva organizada por Neal Tate e Torbjörn Vallinder, "*The global expansion of judicial power*", de 1995, em que os autores, conjuntamente com outros pesquisadores, traçam as características de um fenômeno ocidental de transferência das decisões políticas à arena judicial. Essa expressão abrange as condições institucionais (jurídicas e políticas) e culturais/comportamentais (empenho dos atores, encaminhamento das

demandas pelos atores políticos, foro do embate governo x oposição e outros), que explicariam esse processo.

Pretendo, após voltar e redefinir as principais características do processo de judicialização da política, avançar nas explicações fornecidas na Teoria Positiva para a atuação judicial, salientando – como sempre – que a compreensão do controle de constitucionalidade pelos próprios juristas influencia este processo.

4.1 Das condições institucionais às repercussões no comportamento dos atores políticos e jurídicos: uma aproximação à judicialização da política

A judicialização corresponde ao processo em que as regras, procedimentos e discurso jurídico permeiam quase todos os aspectos da vida moderna, cujas instituições sociais acabam por adotar mecanismos "quase-judiciais"[296]. Já a judicialização da política é um conceito operacional mais específico: refere-se à nova dinâmica entre as agências jurídicas e o ambiente político; trata destas interações em seus aspectos institucionais e analisa suas repercussões no comportamento dos atores políticos e jurídicos[297].

Para José María Maravall e Adam Przeworski, é um produto da relação entre democracia - compreendida como a regra da maioria - e a *rule of law,* que desemboca na interação concreta entre duas instituições: parlamentos e cortes, respectivamente. O fortalecimento do judiciário se daria em função do enfraquecimento do parlamento; e a recíproca parece verdadeira. Considerando que ambas as instituições pretendem ampliar seu poder e a possibilidade de que entrem em conflito sobre questões ideológicas, o consenso geral de que as cortes estão vencendo estes embates é denominado de judicialização da política[298].

---

[296] Tem-se, em escala global, a ampliação do âmbito jurídico sobre as demais esferas sociais. Consoante anota Galanter, um dos aspectos desta crescente interferência do direito é a disposição dos atores políticos em se envolver estrategicamente no "jogo do direito", que oferece uma constante oportunidade de discussão das questões morais, para o que denomina de combate simbólico – mas respaldado em objetivos materiais - entre interesses conflitantes. GALANTER, Marc. Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 36, p. 103-145, fev./1993, p. 114.

[297] Importante, ainda, distinguir a judicialização da política, nos termos acima postos, que exige a preferência dos juristas pela intervenção no gerenciamento dos assuntos públicos, da politização da justiça, traduzida no consentimento da postura politicamente ativa dos tribunais, em que se sobressaltam *os valores dos atores judiciais* como pressuposto da expansão dos poderes. KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. **Sentidos da judicialização da política**: duas análises. Disponível em: ‹http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf ›, p. 10. Acesso em: 12 mar 2005.

[298] Trata-se, assim, de um conflito político entre instituições, pois se refere à manutenção ou aumento de autoridade, que não está necessariamente conectado com as normas jurídicas. MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam. Introduction. In: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (orgs.). **Democracy**

No plano institucional, segundo Neal Tate, a confluência de alguns fatores incentiva o processo de canalização das expectativas políticas ao Poder Judiciário: democracia política (condição necessária, mas não suficiente para sua emergência), previsão da separação entre os poderes, que estabelece a competição e o controle recíproco entre as esferas de poder e, por fim, um elenco de direitos fundamentais (ainda que não expressamente previstos numa constituição formal) que, devem, por seu conteúdo, facultar aos excluídos do processo decisório o recurso às vias judiciais para efetivar os direitos previstos[299].

Por isso, a judicialização da política não exige propriamente a "constitucionalização" dos ordenamentos jurídicos, representada no binômio supremacia constitucional/revisão judicial. Existem casos em que esse processo não está atrelado à existência de uma constituição – como no caso israelense -[300] ou à previsão expressa da revisão judicial no texto constitucional (como nos Estados Unidos)[301].

Outrossim, a possibilidade jurídica deve ser acompanhada pela disposição dos atores políticos em utilizar os procedimentos judiciais para firmar seus interesses. Para que isso ocorra, as oposições e demais grupos de interesse devem vislumbrar vantagens neste encaminhamento, seja para obter o efetivo reconhecimento dos direitos defendidos em detrimento da vontade da maioria, seja pela mera possibilidade de obstruir determinadas políticas governamentais. Mas as regras do jogo político devem guardar relação com as normas, que amparam interesses jurídicos. A necessária interpenetração entre o discurso jurídico e as pretensões políticas é uma característica que gera consenso entre os estudiosos do tema[302].

---

and the rule of law. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 1-15, p. 13-14. Pode estar amparado, assim, em constituições que, nas palavras de Martin Shapiro, repudiam a supremacia legislativa e convertem suas diretrizes – especialmente os direitos fundamentais – em constrangimentos para a atuação política. SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 1.

[299] TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power?. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, p. 28-36.

[300] Para conferir maiores detalhes sobre as repercussões do constitucionalismo em Israel, cf. HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy.** The origins and consequences of the constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

[301] É de se ressaltar, ainda, o relevante papel da legislação ordinária nestes processos de fortalecimento das instituições judiciais. GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in asian cases. New York: Cambridge University Press, 2003 (*kindle*, p. p. 389/4023)

[302] GALANTER, Marc. Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 36, p. 103-145, fev./1993, p. 124-126. STONE SWEET, Alec. **Governing with judges** – constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 206.

Neste contexto, a doutrina jurídica modela as estratégias daqueles que buscam seus interesses e desempenha um importante papel. Em contrapartida, o discurso jurídico também é "contaminado" e passa a "interagir" com outras disciplinas das Ciências Sociais[303].

A percepção da revisão judicial, dentre os juristas, colabora para a manutenção e fortalecimento deste processo de judicialização da política e das relações sociais. Nos Estados Unidos, por exemplo, a cultura de formação jurídica permite que praticamente todas as posições ideológicas ou partidárias possam ser articuladas na linguagem do direito, sob argumentos jurídicos mais ou menos defensáveis – dependentes, certamente, do preparo técnico e da competência dos juristas envolvidos[304]. Esse processo de expansão da linguagem jurídica, chamado de "revolução de direitos", é atribuído a diversas causas, desde as juridicamente aceitas - como as garantias constitucionais dos direitos individuais -, mas a outros fatores, como a conscientização jurídica da população e a independência e liderança dos juízes ativistas[305].

Consoante anota Galanter, um dos aspectos desta crescente interferência do direito é justamente a disposição dos atores políticos em se envolver estrategicamente no "jogo do direito", que oferece uma constante oportunidade de discussão das questões morais, para o que denomina de combate simbólico – mas respaldado em objetivos materiais - entre interesses conflitantes. Neste sentido, o protagonismo jurídico é apoiado por estas finalidades pontuais, ancoradas em "advogados especializados e com iniciativa para os empreender" e que encontram, ao final, a receptividade dos juízes para desempenhar tal papel[306].

---

[303] Como lembra Alec Stone Sweet, mais que a previsão normativa, tem-se um processo geral em que o discurso jurídico é absorvido pelo discurso político; todavia, enquanto aquele se caracteriza pelas normas e pelas demandas interpretativas; este é seria dominado pelos interesses e pela linguagem do poder e da ideologia. SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p.187. Não por acaso, há quem alerte que o processo de expansão do direito e do papel do judiciário, potencializados pela jurisdição constitucional, "vem acompanhado de tensões que podem ser localizadas entre o direito e a política, sem que haja uma definição conceitual especificamente clara sobre qual processo é predominantemente erosivo em relação a cada esfera." VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. **Escritos** (Fundação Casa de Rui Barbosa), v. 3, p. 215-265, 2009. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/revistas/Escritos_3/FCRB_Escritos_3_13_Alexandre_Veronese.pdf. Acesso em: 26 maio 2011, p. 249.

[304] FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002, p. 64

[305] Para Charles Epp, a revolução de direitos também deve ser creditada ao esforço deliberado de ativistas - em organizações, escritórios de advocacia e fontes de financiamento, normalmente as governamentais. Esse "orquestramento" depende da litigância contínua em apoio a direitos e liberdades civis, em que pese os elevados gastos dos processos judiciais. Por fim, escritórios de advocacia especializados, aliados a um discurso favorável no ambiente acadêmico contribuíram para o processo. EPP, Charles R..**The rights revolution** - lawyers, activists, and Supreme Court in comparative perspectives. Chicago: The University of Chicago Press, 1998, p. 18-20.

[306]GALANTER, Marc. Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 36, p. 103-145, fev./1993, p. 114; 125-126, 124.

Deste modo, a judicialização da política é um fenômeno circular, que alimenta e influencia a academia jurídica e que transforma e fortalece as instituições judiciais, convertidas num poder de veto relevante e parte crucial do aparato político nacional[307].

Os comentaristas convergem sobre outra questão: são diversas as manifestações da judicialização da política. Na versão original de Tate e Vallinder, tem-se duas hipóteses: (a) controles que os tribunais exercem da atividade legislativa e executiva, quando provocados, com respaldo constitucional; (b) a influência que o procedimento judicial – caracterizado pela existência de duas partes opostas, pela decisão de um terceiro imparcial e pelas garantias da ampla defesa e do contraditório – passou a ter hoje na formulação dos procedimentos da administração e dos parlamentos de forma geral. As duas citadas perspectivas de judicialização da política, ainda que diferenciadas, possuiriam as mesmas raízes políticas, embora não necessariamente ocorram de forma conjunta num dado sistema[308].

Na análise dos processos europeus de constitucionalização, John Ferejohn observa três possibilidades para que a cortes intervenham na função legislativa, ao interagir com os parlamentos: (a) quando impõem limites substanciais ao poder das instituições legislativas; (b) quando se convertem em espaço de debates de questões típicas da política substantiva; (c) quando se mostram dispostas a regular a própria atividade política, com a aplicação de normas de comportamento aceitáveis às legislaturas, às agências ou ao eleitorado.

E certamente que essas possibilidades de interferência repercutem sobre os parlamentos, que acabam por reconhecer a atividade das cortes como variável a ser contabilizada em seu jogo político. Não por acaso, políticas públicas são convertidas em direito. E, para além da judicialização da política, a atividade legislativa é direcionada às cortes, o que transforma essas instituições[309].

Assim, segundo Alec Stone Sweet, a judicialização da política é um fenômeno verificável, em seus efeitos diretos e indiretos, na observação de como e por que a legislação é alterada em conseqüência do debate constitucional. Por essa razão, o autor entende que há um "cinturão de transmissão" entre a corte e as oposições, uma vez que, quanto mais profundo é o

---

[307] SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p.1. Esse envolvimento das profissões jurídicas traria, inclusive, uma tendência destas em "superdimensionar" a atividade e influência das cortes constitucionais, diante do relacionamento próximo entre o sucesso e a relevância das cortes e a comunidade jurídica, como mostram tantos autores. As cortes constituíriam um canal institucional para que os advogados ingressem nos governos. Por isso, mais que o "governo dos juízes", a opção por cortes traria implícito o "governo dos advogados", que defenderão aquela primeira noção. (p. 175-176)

[308] TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power?. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, p. 27-37, p. 28-36, p. 28.

[309] FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002, p. 44-53.

debate constitucional, mais judicializado é o sistema. A judicialização não é permanente, tampouco uniforme. Há momentos em que a interação é maior; em outros, menor. Isso ocorre tanto na corte quanto no próprio poder legislativo. Como visto, em sistemas altamente judicializados, a corte "legisla" e o parlamento é influenciado pela linguagem jurídica[310].

4.2 Expansão mundial e aprofundamento dos processos de judicialização da política: dos ciclos de constitucionalização

Percebe-se, no trabalho de Neal Tate e Torbjörn Vallinder, a tentativa de imprimir contornos globais, homogeneizantes e perenes à judicialização da política, em decorrência da análise de casos pontuais. Contudo, o debate direciona-se hoje ao estudo da diversidade de causas que proporcionam a expansão judicial e a delimitação de suas repercussões em sistemas específicos[311].

Como marco inaugural deste processo, atribui-se a *Marbury v. Madison* o estabelecimento da premissa da hegemonia da constituição como norma estruturadora da produção do direito, com potencial de submeter os demais poderes. Nos países filiados à tradição romano-germânica, o triunfo do constitucionalismo teve como baliza a redemocratização da Europa após a Segunda Grande Guerra, e se deve às condições peculiares daquele momento histórico, em que se observou na positivação de valores morais e nas potencialidades dos tribunais constitucionais a oportunidade de reconstruir os elementos de coesão social[312].

---

[310] Isto ocorre inclusive quando o governo chega ao que denomina de auto-restrição, na preferência por negociar com a oposição, para afastar o risco de que determinada política seja anulada pela corte constitucional. SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 188.

[311] Na obra organizada por Neal Tate e Tobjorn Vallinder, são analisados os contextos jurídicos e políticos dos Estados Unidos, de países da Europa Ocidental, da Austrália, Estados da zona de influência da extinta União Soviética e até países da África e da América Latina, toma-se como ponto de partida a noção de que o direcionamento de expectativas ao Poder Judiciário é uma tendência mundial, típica das democracias contemporâneas e originária de diversos fatores. São desenvolvidos, hoje, estudos voltados às peculiaridades da judicialização em contextos regionais. Quanto a Ásia, por exemplo, tem-se: GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in asian cases. New York: Cambridge University Press, 2003. Sobre o processo de reconstrução da Europa, STONE SWEET, Alec. **Governing with judges** – constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000. E com especial atenção a América Latina, GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the judiciary**: the accountability function of courts in new democracies. London: Frank Cass Publishers, 2004.

[312] STONE SWEET, Alec. **Governing with judges** – constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 38. Por isso que na Europa, houve uma preferência pela linguagem dos direitos, na imposição de direitos fundamentais pelo judiciário. FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Rule of democracy and rule of law. In: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (orgs.). **Democracy and the rule of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 242-260, p. 250.

Após a consolidação na Europa e com o reconhecimento da atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos, a "revolução constitucional"[313] irradiou-se e, juntamente com a expansão da economia de mercado, é considerada um fenômeno mundial, a abranger distintas tradições jurídicas. Seu aporte teórico, o constitucionalismo, é fórmula hodiernamente aceita na grande maioria dos países que adotam um Estado de Direito.

Concebidos, pois, dois modelos distintos de constitucionalidade que, a partir das características das sociedades que acolheram a ortodoxia constitucionalista, tomam feições as mais diversas. Classicamente, a expansão da arena judicial nos âmbitos ocupados pela política é creditada à visibilidade do modelo democrático dos Estados Unidos, a pátria da revisão judicial[314].

O direcionamento ao direito em dados momentos políticos permite atestar a existência de ciclos de constitucionalização, fundamentados nas diferenças históricas, culturais, sociais, políticas e econômicas entre os diversos países que adotaram sua fórmula. Dentre elas, destaca-se a classificação empreendida por Ran Hirschl, que aponta distinções entre os diversos processos, assentadas nas condições políticas que redundaram na promulgação de um texto constitucional.

Identifica-se a aceitação do constitucionalismo nos processos verificados após a II Guerra Mundial na Itália, Alemanha e França ("*reconstruction wave*"); como parte do processo de descolonização, como ocorreu com as ex-colônias britânicas na Índia, Gana e Nigéria, nos anos 60 ("*independence scenario*"); nos processos de transição à democracia na Grécia, Portugal, Espanha, Brasil, Colômbia, Bolívia, Peru e África do Sul ("*single transition scenario"*), nos procedimentos de transição para a economia de mercado e modelo ocidental de democracia, como nos países do antigo bloco soviético ("*dual transition scenario*").

---

[313] CAPPELLETTI, Mauro. ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la "justicia constitucional". **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 6, n. 17, p. 9-47, may./ago. 1996, p. 14-15.

[314] É o que defendem Tate e Vallinder, especialmente após a queda dos regimes políticos socialistas da Europa Oriental. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, p. 2. Ao revés, Bruce Ackerman e Mark Tushnet não visualizam a influência do constitucionalismo norte-americano nos países europeus e asiáticos, mas a prevalência do modelo alemão. Ackerman lembra que as decisões das cortes européias – precipuamente a alemã – parecem mais comprometidas com a defesa de direitos individuais. Por isso, junta-se ao esforço de outros constitucionalistas daquele país (como Mark Tushnet), a incentivar seus colegas em incursões no Direito Comparado. ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. **Virginia Law Review**, v. 83, p. 771-797, 1997. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/TheRiseofWorldConstitutionalism.pdf, p. 796. Em certos países asiáticos, embora os tribunais previstos não tenham sido implementados, também haveria uma preponderância do modelo kelseniano sobre o estadunidense. Essa preferência se dá, dentre outros fatores, pela desconfiança de um esquema descentralizado de poder, em virtude de certa uma decepção, por parte dos defensores de uma democracia convencional, com os regimes posteriormente eleitos. Tem-se a idéia, assim, que as eleições não são suficientes e que cortes fortes seriam mais adequadas. GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in asian cases. New York: Cambridge University Press, 2003 (*kindle*, posição 128/4023)

Afere-se, ainda, a constitucionalização quando associada com a incorporação de direito trans, supra ou internacional na legislação doméstica ("*the 'incorporation' scenario*") e nas oportunidades em que tais reformas, a rigor, não são acompanhadas por mudança fundamental no regime político e/ou econômico dos países que adotaram a fórmula constitucionalista, como na Suécia e no México ("*non apparent transition scenario"*)[315].

A confirmar a tese da expansão atual, tem-se democracias consolidadas, como o Canadá, Nova Zelândia e Israel, que adotaram o binômio supremacia constitucional e jurisdição ativa, sem a correspondente mudança de regime político[316].

Além da constitucionalização dos ordenamentos jurídicos e a afirmação geral de uma judicialização da política, constata-se hodiernamente um "novo movimento de expansão judicial", uma espécie de aprofundamento destes processos. Isto porque o fortalecimento das cortes parece transcender a discussão judicial de políticas públicas, as decisões sobre os direitos fundamentais ou o redesenho judicial das fronteiras legais entre os órgãos estatais, que constituíriam a "política".

Em trabalhos mais recentes, Ran Hirschl avança sobre esse "novo momento", ao tratar de um processo que inicialmente denominou de *judicialization of pure politics* e, posteriormente, de *mega politics*, que consiste na total transferência às cortes de algumas das mais pertinentes e importantes polêmicas que a política democrática pode contemplar. Tal encaminhamento – e talvez aí esteja um aspecto importante – baseia-se na noção de que as cortes são o foro adequado para a decisão das grandes disputas políticas nacionais. A atuação judicial, nesses temas, apresenta grande controvérsia, pela ausência de diretrizes constitucionais para sua solução e, por conseguinte, pela carência de amparo democrático[317].

Após demonstrar a dificuldade inicial em definir a *pure politics* – quando defendia uma espécie de "senso intuitivo" sobre seu conteúdo -, o autor estabelece que a mega política corresponde aos temas de "absoluta e extrema importância", que definem e dividem um sistema político, constituindo as "questões existenciais nacionais", categoria abrangente, a

---

[315] Tem-se, na Europa, três instancias de revisão da atividade parlamentar: juízes ordinários, juízes constitucionais e aqueles das Cortes Européias (como a Corte de Justiça e a Corte de Direitos Humanos). FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002, p. 42.

[316] HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy.** The origins and consequences of the constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 6-12. A afirmação do constitucionalismo nestes países é analisada de forma mais detida pelo autor, de modo a avaliar alguns dos pressupostos de sua proposta para a compreensão da expansão do poder judicial ao redor do mundo, especialmente no que tange às conseqüências concretas de tal fenômeno. A escolha deve-se às características destes países,que tradicionalmente seguem o modelo britânico de supremacia parlamentar e autocontenção judicial, inserindo-se na escola da *common law*. Contudo, como sociedades divididas em grupos políticos, econômicos e étnicos, reclamarão potencialidades da fórmula.

[317] HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006, p. 722-729.

incluir desde resultados eleitorais e mudança de regime político até intrincadas discussões sobre identidade coletiva e de construção nacional[318].

Não por acaso, são citados exemplos mais recentes de judicialização da mega política e conseqüente possibilidade de interferência judicial em domínios típicos e tradicionalmente reservados à "política tradicional" (agentes políticos e instituições majoritárias) em outras "democracias constitucionais", além da norte-americana[319].

Inicialmente, a interferência mais claramente política ocorre quando as cortes julgam questões relativas ao próprio processo democrático. Isto ocorreu na última década nos EUA, com as decisões da Suprema Corte sobre financiamento de campanhas, voto distrital (*gerrymandering*) e a redefinição dos distritos eleitorais, amplamente discutidas naquele sistema. Nessa categoria se incluem decisões sobre partidos políticos e candidatos – e seu afastamento das disputas eleitorais – e sobre validade das listas eleitorais[320].

O questionamento no judiciário de questões como segurança nacional, política externa e política fiscal, matérias reservadas ao Poder Executivo, também teria se fortalecido nos EUA, com a discussão das políticas encampadas pelo Governo no combate ao terrorismo após os atentados de 11 de setembro de 2001, pelos mecanismos da doutrina dos "freios e contrapesos"[321].

A sindicabilidade judicial dos temas relacionados às mudanças de regime justificaria, de igual forma, essa nova categoria, seja na apreciação de textos constitucionais, no

---

[318] Nas palavras do autor, tratam-se de "*matter of outright and utmost political significance that often define and divide whole polities*", HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **Annual Review of Political Science**, v. 11, p. 1-44, 2008. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1138008. Acesso em 18 mai 2010, p. 7

[319]HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **Annual Review of Political Science**, v. 11, p. 1-44, 2008. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1138008. Acesso em 18 mai 2010, p. 3.

[320] Em mais de 25 países, teve-se o arbitramento e até definição dos resultados eleitorais, como ocorreu em Taiwan (2004), Porto Rico (2004), Ucrânia (2005), Congo (2006), Itália (2006), México (2006) e Nigéria (2007) nas suas respectivas cortes constitucionais. São apontados como exemplo, ainda, a definição do fututo de importantes líderes políticos, no julgamento de questões como corrupção contra chefes de Estado (Silvio Berlusconi na Itália, Alberto Fujimori no Peru) e, nas palavras do autor, 'julgamentos políticos" - nos quais lideranças foram indiciadas, desqualificadas e até "removidas" da competição política por um "judiciário politizado". HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **Annual Review of Political Science**, v. 11, p. 1-44, 2008. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1138008. Acesso em 18 mai 2010, p. 7-8. Em que pese a noção de Hirschl, há uma preocupação de se distinguir, tecnicamente, judicialização (voltada à transferência do debate político ao jurídico, das instituições majoritárias, eleitoralmente controláveis, pelo judiciário) do chamado processo de criminalização. Para Maravall, a criminalização da política é uma "*response to collusion among politicians*" PRZEWORSKI, Adam. Introduction. In: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (orgs.). **Democracy and the rule of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 1-15, p. 14.

[321] HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **Annual Review of Political Science**, v. 11, p. 1-44, 2008, p. 9.

arbitramento de conflitos entre Legislativo e Executivo e nas constantes decisões sobre processos políticos conturbados[322].

A chamada justiça de transição ou reparadora é, igualmente, um campo importante para atuação judicial, tendo-se como exemplo mais eloqüente a decisão do Tribunal Constitucional Sul-Africano que permitiu o estabelecimento da Comissão da Verdade e da Reconciliação (*Truth and Reconciliation Commission*), de caráter quase-judicial, mas que assegurou a anistia para as condutas praticadas no antigo regime de *apartheid* que fossem ali confessadas ("*amnesty-for-confession*)" [323].

Por fim, tem-se as decisões referentes à convivência e integração dos diversos grupos (religiosos, étnicos) em sociedades multiculturais (denominadas de "razão de ser" da política e agrupadas, na terminologia do autor, na categoria "*defining the nation via courts*")[324].

Ao definir o recrudescimento do processo de interferência – desta vez sobre a mega política, Hirschl mostra um novo viés, que indica uma alteração *qualitativa* da judicialização da política.

4.3 Das explicações para os processos de constitucionalização às interações entre as forças políticas: o ativismo judicial entre otimismo e pessimismo

A expansão mundial, nos mais diversos contextos, a criação de cortes supranacionais e o aprofundamento da judicialização da política no plano interno, com a interferência em temas tradicionalmente afastados das instâncias judiciais, exige explicações mais complexas

---

[322] Como exemplos de cada uma das situações: (a) a "certificação constitucional", em que a Corte Constitucional da África do Sul se recusou a aceitar um texto nacional oriundo de um corpo de representantes políticos; (b) quando a Corte da Coréia do Sul restabeleceu o presidente Roh Moo-hyun, que tinha sofrido *impeachment* após decisão da Assembléia Nacional; (c) no Paquistão, teve-se com a validação de um golpe político, a partir da aplicação da doutrina da "necessidade do Estado" e no princípio "*salus populi suprema Lex",* para "poupar o país do caos e da falência". HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **Annual Review of Political Science**, v. 11, p. 1-44, 2008, p. 11.

[323] A decisão do Tribunal Constitucional Espanhol, de 2005, que assegurou jurisdição aos tribunais daquele país para julgar casos relativos a genocídio e crimes contra a humanidade, independentemente do envolvimento ou vitimização de cidadãos espanhóis é considerada outro marco. Já as batalhas judiciais para reconhecimento da situação dos povos indígenas na Austrália, Canadá e Nova Zelândia e as demandas sobre as ações afirmativas nos EUA constituiriam exemplo de política de reparação. HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **Annual Review of Political Science**, v. 11, p. 1-44, 2008. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1138008. Acesso em: 18 mai 2010, p. 12-13.

[324] A manutenção do bilinguismo e o futuro político de Quebec na federação canadense, com a apreciação da constitucionalidade do Referendo de Secessão (1998) daquela Província; o *status* jurídico e a posição da *Sharia* no ordenamento jurídico do Egito e as decisões sobre a proibição do uso de trajes religiosos no sistema de ensino público nas cortes européias seriam exemplos dessa intrincada e complexa intervenção judicial nos temas políticos. HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **Annual Review of Political Science**, v. 11, p. 1-44, 2008. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1138008. Acesso em 18 mai 2010, p. 14-17.

do que as já apresentadas, especialmente quanto à deferência, pelos demais agentes políticos, ao Judiciário.

Tradicionalmente, a adoção das constituições toma relevância particular nos momentos de reestruturação institucional, talvez porque, como comenta Boaventura de Sousa Santos, "a ambiguidade da intervenção dos tribunais, decorrente de sua imprevisibilidade e fragmentaridade, revela-se particularmente útil sempre que as forças políticas não conseguem chegar a um compromisso político em questões estruturantes"[325].

John Ferejohn, compartilhando da mesma opinião, sumariza os fatores que explicam a preferência pelo constitucionalismo em duas hipóteses:

> (a) fragmentação política horizontal ou vertical, que limita a capacidade legislativa dos demais poderes e diminui seu potencial de constituir o local onde a política efetivamente é formulada. Põe em risco, ainda, a capacidade das demais instituições controlarem as cortes. O presidencialismo, enquanto divisão horizontal, distribui poder, pela existência de outra instância controlável pelo eleitorado – o Poder Executivo, com sua capacidade de interferência nas demais agencias de poder cria inevitáveis conflitos. Já o sistema federalista permite o exercício de poder dos estados sem controle federal, ou dota-os de capacidade de bloquear ou atrasar ações nacionais, disputas que acabarão no poder judiciário[326].
>
> (b) compreensão de que as cortes podem proteger um espectro de valores contra os abusos políticos. Na Europa, a referida idéia tomou força após a Segunda Guerra Mundial, em que a experiência negativa com os parlamentos nas décadas de 20 e 30 superou o preconceito das esquerdas, que viam a revisão judicial como um instrumento contramajoritário e, com amparo na experiência norte-americana de então, voltado à garantia da propriedade privada. A ampliação do catálogo de direitos, a desconfiança do parlamento (que não se mostrou instância apta a frear o fascismo e o nazismo) e o afastamento das constituições das instâncias (com a criação dos tribunais constitucionais), teriam facilitado a percepção das cortes como garantidoras dos direitos humanos. Sugere-se, ainda, que a possibilidade de indicação de membros pelos diversos partidos e o afastamento das cortes da magistratura ordinária teriam contribuído para a aceitação na Itália e na Alemanha. Já nos EUA,

---

[325]SANTOS, Boaventura de Sousa. Direito e democracia: a reforma global da justiça. *In*: PUREZA, José Manuel, FERREIRA, António Casimiro (orgs.), **A teia global. Movimentos sociais e instituições**. Porto: Afrontamento, 2001, p. 125-177, p. 156.

[326] FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002, p. 57-58.

> essa função pareceu com mais força após o famosíssimo rodapé do caso *Carolene Products*, que marcou a nova posição da Suprema Corte, especialmente após as nomeações de Roosevelt[327].

Referidas explicações, voltadas ao contexto norte-americano e europeu, parecem não ser suficientes para compreender a atribuição do mister de administrar, no longo e tortuoso processo de afirmação constitucional, tensões inerentes aos processos políticos de sociedades multifacetadas, como as que recentemente passam por processos de adoção e aprofundamento da judicialização.

Ran Hirschl, por exemplo, faz um inventário das teorias que justificariam estes processos e, posteriormente, lança sua hipótese.

Para o autor, as teorias classificadas de "evolucionistas" asseveram a inevitabilidade do progresso judicial e creditam o fenômeno aos "macrofatores endógenos", como a necessidade de auto comprometimento dos atores políticos, devido à pouca confiança nos instrumentos tecnocráticos de poder.

As "explicações funcionalistas" justificariam a constitucionalização diante das necessidades sociais, eis que seus instrumentos seriam aptos a assentar a continuidade dos processos públicos e a unidade política. Enfatizam que as transformações jurídicas podem melhorar a eficiência das deliberações políticas, ao definir que os opositores monitorem os políticos e demais grupos políticos. A expansão das agências administrativas semi-autônomas e reguladoras exige um judiciário ativo, a afiançar as condições da política. Nas organizações supranacionais, um órgão judicial comum, como possui a União Européia, permite a coordenação dos ordenamentos, com a adoção dos vetores comuns na legislação interna de cada integrante. A deferência ao sistema jurídico, portanto, consistiria numa resposta orgânica às pressões do próprio sistema político[328].

---

[327] Essa fragmentação, segundo o autor, pode ser superada por um bom sistema de partidos, que coordene ações entre as instituições, pelo menos em certas ocasiões. FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002, p. 56-7.

[328] Associa-se, assim, a adoção da revisão judicial à incerteza politica, especialmente quanto ao processo futuro. Os custos futuros dessa opção, para os agentes, parecem interessantes porque o discurso jurídico, ainda que imprevisível, tem suas escolhas reduzidas diante dos condicionantes da interpretação jurídica e do insulamento do debate acadêmico-normativo, com suas noções de legalidade e fidelidade ao texto. GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in asian cases. New York: Cambridge University Press, 2003 (*kindle*, posição 348-358/4023). Para Stone Sweet, as explicações funcionalistas não seriam suficientes, pois não há previsibilidade na atuação judicial, pelas normas que as estruturam, pelos grupos que podem encaminhar suas demandas - das mais diversas naturezas - pela imprecisão do direito. (p.143). Mas o autor entende que há uma certa funcionalidade das cortes, que justifica sua expansão pelos mais diversos ordenamentos. Elas dispõem de meios para evitar usurpações de suas competências, mas se deve avaliar porque ou como elas conseguem que suas decisões sejam respeitadas. SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 144.

Já os chamados "modelos institucionais econômicos" sustentam a constitucionalização em virtude da garantia de previsibilidade da regulação governamental do mercado, pois a jurisdição converte-se num mecanismo "apolítico" de controle da atividade burocrática. Afasta-se a dependência dos investimentos econômicos do setor político, que não mais condicionariam o mercado. Os parâmetros de intervenção estatal na atividade econômica são afirmados pela legislação, que delineia a esfera de discricionariedade dos juízes no julgamento dessas ações.

Traçadas as linhas gerais de cada explicação, o autor atenta para as insuficiências e inconsistências delas. Os vetores políticos específicos de cada processo de judicializaçao careceriam de análise mais apurada, para destacar em que condições políticas surgem e, posteriormente, comparar as constatações de forma sistêmica. Essas teorias negligenciariam, ainda, as repercussões dos comportamentos individuais e dos interesses que os mobilizam, especialmente dos fatores que provocam a aceitação dos agentes que, a rigor, são prejudicados pelas limitações ínsitas a qualquer processo de constitucionalização.

A transferência de poder ao Judiciário, segundo Hirschl, não é fruto de um processo isolado, mas um acordo entre diversas forças, que possivelmente deve ir ao encontro do interesse desses atores[329], que assumem os riscos desse processo porque acreditam que sua posição será melhorada numa "juristocracia".

No esclarecimento de sua tese da "*self-interest hegemonic preservation",* cogita que os demais agentes políticos são movidos pelo intento de aumentar ou manter seu poder, determinar os rumos da política geral, mas sob um discurso democrático. Os agentes econômicos, por sua vez, pretendem assegurar liberdades econômicas, em vista do reconhecimento dos direitos fundamentais. Certamente, tais interesses devem encontrar ressonância nas elites judiciais, que se animariam diante da possibilidade de aumentar sua influência política e, ainda, conquistar reputação internacional.

Mais que considerações altruísticas ou morais que favorecem tal fortalecimento, são estes interesses específicos, baseados na crença de que a atividade das cortes os espelhará, que explicam a constitucionalização dos sistemas políticos. Juntamente com os fatores internos, atualmente é enfatizada, de igual modo, a relevância dos condicionamentos externos. É sabido

[329] HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. The origins and consequences of the constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 37.

que os fundos econômicos internacionais exigem a segurança e os investidores procuram por credibilidade das instituições para fazer suas opções por determinados países.[330]

Portanto, a judicialização condiciona a política, mas também é um instrumento desta, pois está respaldada na convergência de interesses dos diversos grupos preponderantes numa sociedade. O estabelecimento das condições destas interações, contudo, depende da análise de cada contexto, na busca do entendimento de suas origens e das suas conseqüências.

Trata-se de processo que se inicia nas condições institucionais, mas que depende da prática política para sua efetivação[331], sendo necessária a constatação das interações entre os diversos agentes para sua caracterização. Em verdade, são as variantes dos relacionamentos entre os órgãos de natureza jurisdicional entre si e com os demais agentes estatais, e por fim, dos poderes públicos – em suas três esferas – com os grupos sociais, políticos e econômicos, majoritários ou não, que determinam as características e extensão deste processo[332].

O conceito acadêmico de judicialização da política mostra um circuito institucional e desempenha um papel instrumental para a explicitação destas novas relações. São inevitáveis, em dadas situações, tensões entre os tribunais e demais órgãos da vida pública. Neste contexto, ganha destaque a posição das cortes frente aos desafios políticos que lhes são apresentados.

O "ciclo da judicialização" completa-se quando o Judiciário marca uma posição política antagônica àquelas predominantes nas instituições majoritárias, opondo-se às políticas por elas adotadas[333]. Tal dimensão substantiva deveria ser estudada, como propõe Ernani Carvalho, a partir das respostas das cortes, mediante a categoria do ativismo judicial, a confirmar a completude da judicialização[334].

Em sentido diverso, Dieter Grimm identifica no ativismo judicial a principal causa do avanço dos magistrados em áreas de decisão política ou típicas da regulação social –

---

[330]Santos, por exemplo, atribui às agências de financiamento externo a adoção de judiciários fortes em toda a América Latina SANTOS, Boaventura de Sousa. Direito e democracia: a reforma global da justiça. In: PUREZA, José Manuel, FERREIRA, António Casimiro (orgs.). **A teia global. Movimentos sociais e instituições**. Porto: Afrontamento, 2001, p. 125-177, p. 156.

[331] O relacionamento entre o Judiciário e os demais atores políticos não resta bem esclarecido no conceito inicial de Tate, que estaria voltado a uma concepção formal das atribuições e relações dos poderes. KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. **Sentidos da judicialização da política**: duas análises. Disponível em: ‹http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf ›, p. 10. Acesso em: 12 mar 2005, p. 17-19.

[332] CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **A judicialização da política no Brasil**: apontamentos para uma nova abordagem. Trabalho apresentado no Encontro Nacional da ABCP - Associação Brasileira de Ciência Política - Área Instituições Políticas - Painel (1) – Direitos, Justiça e Controle - 21- 24 julho 2004 – PUC – Rio de Janeiro. Disponível em: ‹www.cienciapolitica.org.br/Ernani_Carvalho.pdf›, 16-17. Acesso em: 20 maio 2005.

[333] OLIVEIRA, Vanessa. Elias de. Judiciário e privatizações no brasil: existe uma judicialização da política? **Dados**: Revista de Ciências Sociais, v. 48, n. 3, p. 559-587, 2005, p. p. 564.

[334] CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Revisão abstrata de legislação e judicialização da política no Brasil.** São Paulo: USP, *mimeo*, 2005, p. 10-11.

fenômeno que denomina, conforme a expressão que toma emprestada de Robert Badinter, de "imperialismo judicial" [335].

Entendo, portanto, que as condições de intervenção das cortes constitucionais nas questões políticas (judicialização) estão relacionadas com as possibilidades de resposta judicial (confirmação ou não de um ativismo judicial). Seguramente, a oportunidade de sucesso na via judicial constitui um incentivo para que os interessados ajuízem suas ações. Nisso, o ativismo judicial – amparado nas condições de judicialização da política – acaba por aprofundar esse mesmo processo. Todavia, são questões distintas e que merecem abordagens diferentes.

Para os estudiosos da judicialização, a força política do judiciário se assenta em seus aspectos institucionais, como a neutralidade/imparcialidade e na sua atuação particularizada, voltada aos casos específicos. Por isso, as cortes tomariam o cuidado de fundamentar suas decisões em argumentos jurídicos. Seu processo decisório, caracterizado por ser caso a caso, técnico e com baixa visibilidade, permite-lhes agir estrategicamente, tomando pequenos passos, e testando as conseqüências futuras das decisões[336].

Assim, são as escolhas posteriores das cortes que definem seu papel, pois devem fazer opções e eleger suas "batalhas" cuidadosamente, limitando os conflitos àqueles em que podem vencer ou agir de forma mais agressiva e provocar contra-ataques[337]. Os juízes avaliam os resultados das suas decisões na esfera política e tendem a votar estrategicamente, para torná-las aceitáveis aos grupos políticos. Suas preferências são norteadas pelo intuito de afirmar sua independência e obter uma inserção satisfatória no ambiente político, a resguardar a obediência aos julgados prolatados.

Para minimizar sua ingerência nos demais sistemas sociais e firmar-se como órgão relevante para o quadro institucional, as cortes se esmeram na formulação de mecanismos

---

[335] Apesar desta afirmação, o autor não desconhece as possibilidades de "delegação", quando os próprios políticos direcionam à solução de questões controversas ao judiciário, para não se desgastar perante a opinião pública. GRIMM, Dieter. Judicial activism. In: BADINTER, Robert; BREYER, Stephen. **Judges in contemporary democracy**. An international conversation. New York: New York University Press, 2004. p. 17-65, p. 17.

[336] E não basta somente a retórica da neutralidade, mas os tribunais devem parecer neutros, sob pena de decair sua credibilidade. SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 165-70. As respostas do judiciário, certamente, estão amparadas nas construções normativas. Por isso, as cortes se diferenciariam dos demais agentes políticos estatais porque estão encarregadas de determinar a constitucionalidade, sua função é proteger os direitos fundamentais e suas decisões são finais. Sua atividade, assim, é eminentemente jurídica.

[337] No que se refere a esse desempenho do sistema, são visualizadas duas possibilidades de revisão judicial: baixo equilíbrio, caracterizada nos primeiros anos por poucas decisões de reduzida importância; a de alto equilíbrio, caracterizada por um grande número de decisões que ensejam o cumprimento das autoridades políticas. GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in asian cases. New York: Cambridge University Press, 2003, (*kindle*, posição 2894/4023)

jurídicos de apaziguamento das tensões políticas, de modo a relativizar o impacto das suas resoluções. As construções jurídicas para fundamentar determinadas interpretações atingem, em alguns sistemas, alto grau de complexidade. Uma das grandes preocupações da jurisdição é precisamente a de que suas decisões sejam incorporadas à prática dos demais órgãos políticos e jurídicos sem maiores problemas, sendo absorvidas pela comunidade de agentes constitucionais.

Diante da diversidade de aspectos que envolvem essa atuação, os comentaristas se dividem entre pessimismo e otimismo quanto aos resultados e potencial democrático destes processos de judicialização da política.

Ran Hirschl, em vista de sua definição da "juristocracia", enquadra-se entre os "pessimistas", numa crítica voltada aos pressupostos da constitucionalização e às suas conseqüências econômicas.

A constitucionalização seria usualmente descrita como um fenômeno progressivo de mudança social e política, na confiança num governo tecnocrático e, por conseguinte, no desejo de reduzir a discricionariedade dos agentes estatais. Esses fatores justificariam um processo que é visto como a expansão da nova concepção de democracia e direitos do pós-guerra. Para o autor, trata-se de um fenômeno global de transferência de grandes decisões a agências semi-autônomas de poder, retirando-as das instâncias majoritárias – no que denomina de insulamento das escolhas políticas das pressões populares, de questionável probabilidade democrática.

O potencial transformador – de promoção de noções progressivas de justiça distributiva - também seria exagerado, considerando que a interpretação e implementação de direitos constitucionais dependem de muitos fatores – como ideologia, constrangimentos institucionais, condições econômicas e sociais – de difícil concretização, especialmente porque demandam intervenção estatal e a realização de despesas num período de avanço "neoliberal". Sua tese, em verdade, é mais radical: a constitucionalização consistiu num empecilho às tentativas de redução das disparidades econômicas, e não o inverso[338].

[338] A partir de situações concretas, mostra que a transferência de certas questões sociais ao judiciário decorre de encorajamento pelos próprios políticos, que não querem correr os riscos de certas decisões. Do ponto de vista dos políticos, a delegação envolve problemas de longo prazo: erosão da imagem pública autônoma das altas cortes; como garantir que estas tomarão decisões que lhes favoreça em termos de preferências ideológicas e interesses políticos (grande questão da delegação política). Do exame de quatro contextos (Canadá, 1982; Israel, 1992; Nova Zelândia, 1990; África do Sul, 1993-1996) infere que estes tribunais raramente se diferenciam desses interesses que respaldaram seu fortalecimento. Todavia, ainda mantêm uma reputação melhor que a dos outros atores políticos. HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. The origins and consequences of the constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 213-218.

Os otimistas, por sua vez, dão particular destaque às interações entre os poderes estatais e vêem na judicialização a oportunidade de um novo arranjo entre as forças políticas.

Tom Ginsburg, após analisar a Coréia do Sul, Taiwan e Mongólia, visualiza que a função das cortes na democracia, mais que a aplicação de normas pré-existentes, é justamente o desenvolvimento de uma cultura constitucional, em vista da construção do significado constitucional pela interação com outros agentes. A revisão judicial pode contribuir para os diálogos constitucionais e ter um papel chave na consolidação da democracia e no incremento a estabilidade política, no que denomina de um "ciclo virtuoso" que encoraja o cumprimento das normas constitucionais e o respeito aos direitos civis e liberdades políticas[339].

Alec Stone Sweet, após o estudo do papel das cortes constitucionais na Europa – notadamente na Alemanha, também vê o processo de judicialização da política de forma positiva, sugerindo a hipótese de uma "construção coordenada". A interação entre parlamentos e juízes faz parte da estrutura européia de poder e constitui um processo duplo, em que os parlamentares discutem "como os juízes"; e os juízes comportam-se "legislativamente" – ao emendar, vetar e "derrubar" normas[340].

4.4 Uma aproximação aos estudos sobre comportamento das cortes na *Judicial Politics*: modelo atitudinal, estratégico e institucionalismo histórico

A continuidade de um processo de judicialização da política passa pela análise dos fatores que influenciam o exercício da atividade judicial e repercutem, portanto, na interpretação dos dispositivos constitucionais. Neste sentido, proponho que a abordagem da atividade jurisdicional – e a conseqüente afirmação de um ativismo ou autocontenção - depende da comunhão dos fatores jurídicos (como texto constitucional, precedentes, intenção do legislador e outros), mas também das explicações fornecidas por outros aportes.

Levo em consideração que a adoção de um "paradigma ativista" – ou não - depende dos condicionamentos internos e externos, que definem as possibilidades de sua ocorrência e até sua amplitude. Deste modo, é complexo definir o ativismo sem a correspondente oposição entre as perspectivas políticas dos magistrados e dos titulares das demais esferas de poder. Por outro lado, as repercussões da função judicial na atuação dos outros poderes certamente

[339] GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in asian cases. New York: Cambridge University Press, 2003, (*kindle*, posição 835-847/4023)
[340] SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 184.

trazem aos "prejudicados" o interesse em limitar o protagonismo judicial. Propõe-se, destarte, o estudo das variantes dos relacionamentos dos órgãos de natureza jurisdicional entre si e com as demais instâncias políticas.

As constituições requerem que as cortes façam um balanceamento distinto de sua atividade meramente jurídica, naquilo que David Robertson denomina de exercício de "teoria política aplicada"[341]. Assim, para compreender a atuação dos tribunais, deve-se resgatar os motivos que levam a determinadas decisões, a partir dos chamados "constrangimentos" ou fatores que repercutem na decisão judicial: os valores pessoais e interação entre os juízes, o ambiente político e social no qual a corte está inserida[342].

Entre os cientistas políticos, preponderam as abordagens que compreendem diversos aspectos da atuação judicial (legais, estratégicos ideológicos) e que tentam excluir aproximações "doutrinárias" e "prescritivas", além de deduções sobre os comportamentos dos magistrados[343]. Como lembra Friedman, as decisões judiciais são um produto entre composição da corte, as questões que lhe são submetidas, e a posição do tribunal perante os outros órgãos de governo[344].

Estas pesquisas são amparadas em estudos empíricos, cujos dados pretendem descrever as interações entre "o político, o jurídico e a burocracia estatal". Referidos "conceitos e procedimentos investigativos" seriam "ora competitivos entre si, ora cooperativos, ora aparentemente auto excludentes, mas que, na verdade, são componentes de modelos que traduzem facetas diferentes de um mesmo objeto de pesquisas – o Poder Judiciário" [345].

---

[341] ROBERTSON, David. **The judge as a political theorist**: contemporary judicial review. Princeton: Princeton University Press, 2010.

[342] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 114, p. 202-ss.

[343] Os estudos na Ciência Política, todavia, são objeto de questionamentos, justamente porque parecem deixar em segundo plano a relevância dos parâmetros jurídicos de atuação. ROBERTSON, David. **The judge as a political theorist**: contemporary judicial review. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 24.

[344] FRIEDMAN, Barry. The cycles of constitutional theory. **Law and Contemporary Problems**, v. 67, p. 149-174, 2004, p. 149.

[345] Para José Mário Wanderley Gomes Neto, é possível constatar cinco modelos teóricos, na Ciência Política, que se encarregam de descrever o papel do judiciário como "como ator relevante nas questões políticas": (1) o modelo atitudinal, influenciado pela teoria psicológica "behaviorista", que se ocupa do papel das ideologias na corte; (2) a teoria econômica do comportamento judicial, que se encarrega da "escolha racional entre custos e incentivos" no exercício da jurisdição; (3) a teoria sociológica do comportamento judicial, proposta por Posner, que estuda as dinâmicas das sessões colegiadas de julgamento, e combina elementos dos modelos atitudinal e estratégico; (4) o institucionalismo histórico, que traz aspectos da teoria organizacional na abordagem do judiciário; e, por fim, a (5) cultura judiciária, que derivada do institucionalismo sociológico, estuda como as práticas culturais e/ou valores predominantes numa sociedade influenciam as decisões dos tribunais. GOMES NETO, José Mário Wanderley. **As várias faces de um Leviathan togado -** um espectro das abordagens teóricas em Ciência Política acerca do fenômeno da *Judicial Politics*. Recife: *mimeo*, 2012**.**

Para Posner, são nove teorias, cujo potencial descritivo é superdimensionado e que são individualmente incompletas nas suas explicações: atitudinal, estratégica, sociológica, psicológica, econômica, organizacional, pragmática, fenomenológica e a legalista[346].

Dentre estas, é possível destacar três tradições predominantes nas explicações sobre o comportamento judicial, que se ocupam de entender o que os juízes fazem ou porque não o fazem: o atitudinalismo, a ação estratégica e o institucionalismo histórico[347].

Interessante notar que o modelo atitudinal surgiu posteriormente à ruptura provocada pelo realismo jurídico. A idéia era mostrar as repercussões da ideologia na atividade judicial. Por isso que os primeiros trabalhos dos cientistas políticos eram voltados ao modelo atitudinal. Em oposição, tem-se o modelo estratégico, preocupado com as interações entre o judiciário e os demais agentes políticos. Os institucionalistas estratégicos preocupam-se em estabelecer que os juízes não agem somente por vontade própria, mas estão constrangidos pelo ambiente institucional. Já os institucionalistas históricos divergem das duas abordagens, ao salientar a importância do contexto e mesmo do direito na solução dos conflitos.

4.4.1 Modelo atitudinal e previsibilidade: o papel das ideologias no comportamento judicial

Dentre as perspectivas explicativas, destaca-se como uma das mais relevantes o chamado "modelo atitudinal", cuja premissa básica é a noção de que os juízes decidem com amparo em suas preferências ideológicas sinceras e seus valores, livres dos constrangimentos internos e externos, pois seus mecanismos institucionais lhes distanciariam desses fatores.

Essa relação entre processo decisório com a ideologia dos juízes não é recente. Como já apontava Robert Dahl, em 1957, podia-se constatar uma identificação entre os titulares dos poderes majoritários, responsáveis pelo processo de indicação e aprovação do jurista, e a atuação daquele como membro da Suprema Corte. Enquanto houvesse coincidência dos "projetos políticos", nos respectivos cargos, seriam improváveis as declarações de inconstitucionalidade das normas promulgadas por esses agentes. Esta postura dos juízes não denotaria, segundo o autor, uma opção deliberada pela deferência aos demais ramos políticos.

---

[346] POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 19-ss.

[347] Em detrimento de outros "mapeamentos", optei pela "classificação" utilizada no "*Oxford Handbook of Law and Politics*", que expõe as três perspectivas acima citadas, que acabam por abordar muitas dos aspectos compreendidos na *judicial politics*. Para estes modelos, as decisões judiciais são o produto das preferências pessoais, influenciadas pelos condicionantes normativos. Já os modelos estratégicos referem-se ao que é viável (*feasible*), no estudo do que os juízes podem fazer, com vistas a alcançem seus objetivos. Por fim, os institucionalistas históricos propõem, um olhar sobre as práticas estabelecidas no judiciário e suas influências.

Tanto que alertava para a possibilidade de embates entre membros da corte e titulares dos outros poderes, decorrência de períodos em que as instituições estariam ocupadas, respectivamente, por adversários políticos. Nessas situações, os magistrados, mesmo sabendo da viabilidade de ver uma decisão revertida, continuariam a perseguir suas preferências[348]. Essa suposição de que, ao concordarem com as decisões das maiorias, os juízes espelhavam suas opções sinceras seria decorrência da crescente influência na Ciência Política dos anos 50, da corrente "*behavioralist*" [349].

O modelo atitudinal tem em Jeffrey Segal e Harold Spaeth seus maiores representantes e toma emprestados elementos os mais diversos (Realismo Jurídico, Ciência Política, Psicologia e Economia), para sustentar que os juízes baseiam suas decisões do "mérito dos fatos" do caso apreciado e em suas preferências políticas individuais[350].

A análise dos aspectos fáticos do processo constitui o ponto de partida e aspecto fundamental do processo decisório. Por isso, os juízes costumam discutir as circunstâncias referentes ao caso apreciado para, ao considerar os elementos preponderantes, dar-lhes enquadramento normativo. No mérito, as decisões amparam-se, precipuamente, na ideologia dos magistrados. Se conhecidas suas preferências individuais, o modelo atitudinal entende ser possível antecipar os futuros posicionamentos dos juízes nas demandas[351].

Do estudo destas posições ideológicas e seu confronto com os casos submetidos à corte, Segal e Spaeth mostram ter mais sucesso na antecipação dos posicionamentos dos magistrados que outros modelos que se propõem a compreender a atuação judicial – como o "legal" e a "escolha racional", aos quais se contrapõem. Por atingir os melhores resultados

---

WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.) **The Oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 19-20.

[348] DAHL, Robert A.. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, n. 6, p. 279–295, 1957, p. 284-287, p. 258-ss.

[349] A tese de Dahl era referendada pelos dados que comprovavam que, dos primórdios da Constituição americana (1780) até então (década de 1950), tinham sido poucas as declarações de inconstitucionalidade. E quando estas ocorreram, já havia decorrido mais de quatro anos desde a promulgação da norma impugnada, quando a maioria legislativa que as decidira já não mais estava no poder. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D.. The Supreme Court as a strategic national policy maker. **Emory Law Journal 50** (Spring), 2001, p. 583-611. Disponível em: http://epstein.law.northwestern.edu/research/strategic.html. Acesso em: 30 mai 2011, p. 584-586. Em detrimento dessa tese de Dahl, Tomas Keck lembra dos momentos de intersecção entre composições distintas da Corte, em que são mantidos precedentes da formação anterior, independentemente da identidade político-partidária entre seus membros e os titulares dos poderes majoritários. KECK, Thomas M..**The most activist Supreme Court in history**: the Road to Modern Judicial Conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 4.

[350] SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 86-ss.

[351] SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 312-3. Como critério, os autores utilizam os editoriais dos jornais no período da indicação, que costumam caracterizar a posição do futuro magistrado – liberal ou conservador – em matéria de direitos civis, ainda que se admita a possibilidade de mudança de opinião quando estes assumem o cargo. (p. 321)

quanto à previsibilidade dos futuros pronunciamentos judiciais, a partir da definição e classificação das preferências, afirmam que o modelo atitudinal possui o *status* de melhor explicação para as decisões da Suprema Corte[352].

Interessante é que a impressão de influência destes aspectos na atuação na Suprema Corte – e no Judiciário Federal – é presente entre os agentes políticos norte-americanos. Por isso, ao lado de fatores técnico-jurídicos – denominados de "qualificação objetiva" – como a formação e atenção aos padrões éticos, as preferências políticas e a visão de mundo são observadas no momento da indicação dos futuros membros e alvo de severo escrutínio na "sabatina" para a aprovação do candidato perante o Senado[353]. No Brasil, partindo do mesmo pressuposto, Claudia Türner e Mariana Prado entendem que as indicações presidenciais às diretorias das agências reguladoras e ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal teriam como objetivo maior a maximização de influência política sobre as decisões dos futuros agentes[354].

O modelo atitudinal seria amparado, segundo Michael Bailey e Forrest Maltzman, em três premissas básicas: (a) os membros da corte não são objeto de supervisão, em virtude de sua posição de hierarquia no sistema judiciário; (b) o direito, por sua ambiguidade, permite varias interpretações; e (c) os juízes importam-se somente com a política, de modo que as visões do direito por eles demonstrada prestar-se-iam apenas para "disfarçar" suas

---

[352] SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 351. Na comprovação do sucesso do modelo atitudinal, o estudo coordenado por Cass Sunstein quanto ao Judiciário Federal ratifica a influência da ideologia (compreendida como os compromissos morais e políticos das mais diversas naturezas) nos votos. Foi possível relacionar, assim, as tendências ideológicas das cortes com os percentuais de juízes apontados por republicanos ou democratas, o que também depende – certamente – da questão a ser apreciada. SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. **Are judges political?** An empirical analysis of the Federal Judiciary. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2006, p. 129-ss.

[353] Mesmo quando não se tem a perspectiva de influenciar a corte, são discutidos os possíveis ganhos políticos oriundos da indicação, como garantir apoio político para seu partido nas eleições, mostrar-se comprometido com um determinado grupo ou causa, dentre outros. EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey. **Advice and consent**: the politics of judicial appointments. New York: Oxford University Press, 2005, p. 65-ss.

[354] Por isso, o Presidente da República teria interesse em aumentar suas chances de indicar membros e, com vistas a prolongar essa influência frente ao tribunal, nomear ministros jovens, para que exerçam um longo mandato. TÜRNER, Claudia; PRADO, Mariana. A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das Agências Reguladoras e Ministros do STF. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 27-74, 2009. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4110/2868. Acesso em: 14 jan 2012. Para Diego Argüelhes e Leandro Ribeiro, além da influência esperada sobre votos em decisões futuras do tribunal (fim interno), pode-se cogitar outros fins, como a utilização da indicação como moeda de troca para apoio político (barganha) ou agradar parcela do eleitorado, marcando-se posição política (como teria acontecido nos casos de Ellen Gracie Northfleet, por Fernando Henrique Cardoso, e Joaquim Barbosa, por Luís Inácio Lula da Silva). ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e suas finalidades políticas. Disponível em: http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/20_7_2010_18_56_13.pdf. Acesso em: 02 fev 2012, p. 12-15.

preferências individuais[355]. Neste sentido, os dois pontos mais questionáveis da perspectiva atitudinal seriam justamente essa espécie de "rejeição" da importância dos aspectos jurídicos no processo de construção judicial, com o desconhecimento da importância do direito para seus operadores, e das influências que a corte recebe de outros agentes políticos[356]. Por isso, o modelo olvida-se de outras perspectivas que interferem no processo decisório, ao pressupor que os juízes dispõem das condições institucionais[357] para converter – automaticamente – suas preferências em pronunciamentos judiciais[358].

4.4.2 A Corte e seu contexto institucional: notas sobre o modelo estratégico

O modelo estratégico ocupa-se dos constrangimentos institucionais, sociais e políticos enfrentados pelos magistrados em sua atuação. Por desvendar os diversos interesses subjacentes a uma decisão judicial, "explora o papel que a política desempenha no processo de decisão judicial"[359].

---

[355] BAILEY, Michael A.; MALTZMAN, Forrest. **The constrained court:** law, politics, and the decisions justices make. Princeton: Princeton University Press, 2011, (*kindle*, posição 189/4367)

[356] BAILEY, Michael A.; MALTZMAN, Forrest. **The constrained court:** law, politics, and the decisions justices make. Princeton: Princeton University Press, 2011, (*kindle*, posição 181/4367)

[357] Os juízes norte-americanos contam com uma série de instrumentos lhe garantem independência para decidir livremente os casos – sem receio de punições ou antecipação de eventuais prêmios. Essa noção, em contrapartida, não se aplica à instituição (cortes e o próprio sistema judicial), uma vez que os demais poderes (Congresso, Presidente) podem interferir em sua atividade –- pelo descumprimento de decisões, com iniciativas legislativas para reduzir competências, promulgação de leis que revertam entendimentos jurisprudenciais consolidados e outros. (p. 354). Todavia, o judiciário mantém-se relativamente livre dessas pressões políticas, pois costuma se alinhar aos interesses dos políticos dominantes. A estabilidade político-partidária daquele sistema, ademais, colaboraria para a ausência de interferência no judiciário – especialmente o federal (*sic*). FEREJOHN, JOHN. Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence. **Southern California Law Review**, v. 72, p. 353-384, 1999, p. 383.

[358] Neste sentido, o sistema colegiado da Suprema Corte dos EUA, com seus institutos característicos, não favorece essa avaliação, salvo quando se tem a oportunidade de que o magistrado relate a decisão, quando vencedor, ou que se valha das outras possibilidades de manifestação individual. É possível que um juiz simplesmente concorde com o resultado final, mas apresente sua discordância com os fundamentos (*concurring opinion*); ou que, anuindo ao julgamento, manifeste-se individualmente (*regular concurrence*), sob os mais diversos motivos, como influenciar as demais cortes na aplicação daquele precedente ou em futuras decisões quanto ao tema. A melhor forma de entender os entendimentos jurídicos dos juízes, contudo, é a elaboração de uma *dissenting opinion*, que fica a cargo do magistrado mais antigo entre aqueles dissidentes. Os votos dissidentes são importantes naquele sistema, pois como ocorreu algumas vezes, em decisões posteriores, a corte adotou justamente teses vencidas em precedentes. BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 112. De forma distinta, no Supremo Tribunal Federal brasileiro, as opiniões dos Ministros são amplamente conhecidas e por vezes, é possível antecipar suas decisões a partir de manifestações individuais anteriores. O sistema de votação permite que, em seus votos, os Ministros apresentem suas opiniões pessoais (ex: ADPF – anencéfalos) e o televisionamento das sessões da Corte parece acentuar esse interesse em marcar "posições" individualizadas.

[359] WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.) **The Oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 34.

A revisão judicial compreende o exercício de um poder interdependente, de sorte que "os juízes não podem efetivar suas próprias políticas e objetivos institucionais sem levar em conta os objetivos e ações correspondentes dos membros dos outros ramos de governo", sob pena de não verem efetivadas suas decisões ou sofrerem outros constrangimentos políticos[360].

Para evitar essas repercussões "desvantajosas", os juízes teriam consciência de que devem agir "estrategicamente" para atingir *suas finalidades*, pois estão atrelados às preferências dos demais atores estatais, das escolhas que esperam que estes façam e, em maior grau, do contexto institucional em que atuam[361].

A perspectiva estratégica não desconhece as preferências individuais, mas seus estudiosos rejeitam a abordagem atitudinalista - pois voltada somente às preferências ideológicas individuais - e a jurídico-formalista – que desconhece a influência de outros fatores nos julgados, à exceção do direito.

Contudo, não há consenso sobre os objetivos que movem os juízes.

Para Lee Epstein e Jack Knight, a finalidade dos magistrados é "ver o direito refletir suas posições políticas preferidas". Necessário, portanto, estabelecer uma relação entre ações e resultados, que permitiriam aos juízes, diante de diversas alternativas possíveis, optar por aquela que teriam maior probabilidade de sucesso, considerados seus objetivos ou finalidades individuais[362]. Tom Ginsburg vai além das preferências pessoais, ao pressupor que os juízes buscam prestígio e identidade profissional e, por fim, tem interesse na expansão do poder institucional, maximizando a força política da corte[363].

O modelo estratégico cuida dos aspectos institucionais, vistos como fontes de constrangimentos para o tribunal e que, em conseqüência, vinculam a atuação de seus membros. Seus estudiosos analisam especificamente as interações de "curto prazo" estabelecidas entre os próprios juízes e, de acordo com o sistema de separação de poderes, fixadas entre os tribunais e demais ramos de governo[364].

---

[360] EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D..The Supreme Court as a strategic national policy maker. **Emory Law Journal**, n. 50, p. 583-611, spr. 2001, p. 584-585; 591

[361] EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The choices justices make**. Washington, D.C.: CQ Press, 1998, p. XIII.

[362] EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The choices justices make**. Washington, D.C.: CQ Press, 1998, p. 11.

[363] GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in asian cases. New York: Cambridge University Press, 2003, (*kindle*, posição 804/4023). O autor rejeita a existência de um "projeto comum" entre advogados e juízes (Shapiro). Mais que a identidade com a comunidade jurídica, preponderaria entre os magistrados o "fator institucional". (k*indle,* posição 894/4023)

[364] Diante da variedade de elementos abrangidos sob o rótulo "instituições" – compreendidas como um "conjunto de regras que estruturam as interações sociais" – pode-se falar de instituições formais (como as leis) ou informais (convenções). Os autores concentram-se, todavia, nas instituições estatais. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The choices justices make**. Washington, D.C.: CQ Press, 1998, p. 17-8.

Numa dimensão "interna" da instituição judicial, os estudiosos desta perspectiva perceberam que os juízes agem estrategicamente perante o próprio tribunal em que atuam, para conseguir maximizar suas escolhas individuais. Com efeito, em conformidade com o estudo desenvolvido por Cass Suntein *et al*. sobre o Judiciário Federal dos EUA, a composição das turmas nas cortes pode "amplificar" ou "amortecer" as preferências individuais nas deliberações colegiadas, a repercutir, portanto, na influência das ideologias nas decisões judiciais[365].

Mais que a prolatação dos julgados, as diversas oportunidades para que os juízes possam influir nos resultados finais permitem aos juízes determinar uma "agenda", aceitando os casos no momento em que entendam que o tribunal irá julgar de maneira favorável ao seu posicionamento, maximizando suas chances de êxito. Essa "agenda" pode, também, implicar na recusa em receber casos que gerem muita controvérsia[366]. Inevitável concluir que a compreensão da atuação judicial deve passar pelo estudo dos procedimentos decisórios internos de cada tribunal, além das interações que estabelece com outros órgãos judiciais, diante das características de cada sistema processual[367].

Os defensores deste modelo se ocupam sobremaneira da caracterização das interações a que está submetida a Suprema Corte e, desta forma, comprovar sua atuação como um ator "estratégico".

No plano externo, admite-se que, num sistema de freios e contrapesos, os demais ramos podem "reagir" a uma decisão judicial das mais diversas formas: cumpri-la e aceitá-la (conforme o pressuposto da teoria jurídica); recusar-se a cumpri-la ou tentar derrubá-la (*overturn)* por emenda constitucional ou por nova legislação. Na hipótese mais radical, pode-se atacar a própria corte, reduzindo suas competências ou seu poder, ou com medidas menos

---

[365] SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. **Are judges political?** An empirical analysis of the Federal Judiciary. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2006, p. 147-150.

[366] Os procedimentos da Suprema Corte apresentam possibilidades como: a garantia do *certiorari* (apreciação no tribunal), a *conference vote* (definição do procedimento sob o qual a causa deve tramitar), a decisão do relator, no próprio voto (para garantir a maioria) e, por fim, a decisão de se juntar ao voto, apresentar *concurring* ou *dissent*. BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 92-5.

[367] WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.) **The Oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 41-2. Na jurisdição constitucional italiana, por exemplo, existe uma forte interação entre a magistratura ordinária e o tribunal, pois toda e qualquer matéria objeto de apreciação é definida pelo juiz da causa ordinária. A *Corte Costituzionale,* desde o Acórdão n.º 3, de 1956, assumiu como objeto de seu pronunciamento a norma a partir da interpretação já sedimentada nas instâncias ordinárias, evitando possíveis divergências com a magistratura, na denominada doutrina do direito vivente ("*dottrina del diritto vivente"*). ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 1988, p. 504.

drásticas, como simplesmente diminuindo seu orçamento. Referidas situações, ainda que não verificadas, seriam levadas em consideração pelas cortes[368].

Por mais que os juízes afirmem que dão a última palavra sobre a constituição e que a invalidação de uma decisão administrativa tenha dificuldades de ser revertida, fato é que as conseqüências da tomada de quaisquer das providências relativas à contrarreação dos poderes majoritários pode remover o tribunal do jogo político e "seriamente ou mesmo irrevogavelmente prejudicar sua reputação, credibilidade e legitimidade – impondo um custo potencialmente infinito para a instituição". Mesmo que a reação não seja bem sucedida, a integridade da corte pode ser prejudicada e afetada sua "habilidade para tomar futuras decisões constitucionais ou ainda, políticas de longa duração".

E, assim, Lee Epstein *et al.,* arrematam que, "ainda que os juízes se contraponham aos demais poderes, eles o farão ao tentar alcançar a decisão mais próxima de sua preferência que não desencadeie um ataque do Presidente da República ou do Poder Legislativo"[369].

Porém, a literatura política é repleta de situações em que os demais ramos de governo reagiram à intervenção judicial em seus domínios[370].

O modelo estratégico parte de pressupostos complexos, que repercutem na sua validade explicativa, como a de que os juízes possuiriam uma compreensão sofisticada do

---

[368] Em alguns sistemas, há mecanismos de revisão das suas decisões, como lembra Tom Ginsburg. GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in asian cases. New York: Cambridge University Press, 2003 (*kindle*, posição 902-907/4023)

[369] EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D..The Supreme Court as a strategic national policy maker. **Emory Law Journal**, n. 50, p. 583-611, spr. 2001, p. 599-601. O reconhecimento desse amplo espectro de hipóteses em que os juízes podem atuar sem receio das respostas dos demais poderes seria uma aproximação ao modelo atitudinal, com a prova de que algumas situações, na própria corte, permitem que haja uma imposição das preferências individuais dos magistrados. WHITTINGTON, Keith E.;KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.) **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 42. Por isso, os autores defendem a integração entre as abordagens.

[370] Um dos exemplos mais eloquentes é o da Corte Constitucional da Rússia, criada por emenda à Constituição de 1978, e que somente começou a funcionar em 1991. Desde a sua instauração, tentou exerceu um alargado papel de controle do legislativo e do executivo, com a limitação do poder normativo e outras iniciativas políticas – e retaliação ao Partido Comunista - do então presidente Boris Yeltsin. Referida posição lhe valeu um ataque do então presidente, em março de 1993, quando dissolveu o parlamento e suspendeu as atividades do tribunal. Com o restabelecimento das instituições, este voltou a funcionar em 1995, mas profundamente enfraquecido. GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in asian cases. New York: Cambridge University Press, 2003, (*kindle*, posição 1183-1204/4023) Neste sentido, Hirschl apresenta amplo repertório de reações contrárias de legislativos e executivos, em hipóteses como: desconhecimento ou "substituições" legislativas de decisões controversas; alteração do número de componentes para assegurar maioria (Venezuela, 2004; Argentina, 1990); interferência nos procedimentos de posse para garantir a nomeação de juízes "alinhados" e/ou bloquear a nomeação de juízes "indesejáveis" (Paquistão, 1995); aplicação de sanções disciplinares (Trinidad e Tobago, 2006) ou *impeachment;* introdução de restrições ao exercício da função jurisdicional e redução de competências e até a dissolução da corte em virtude de processos de crise política (Equador, 2004 e 2005). HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006, p. 748-751. O objetivo do autor é comprovar sua tese da "auto-preservação hegemônica" (*self-interest hegemonic preservation)* e conseqüente negativa de que os tribunais constitucionais e os juízes são os principais responsáveis pela judicialização, tratando-a como um fenômeno predominantemente político.

legislativo que lhe permite incrementar a aquiescência às suas decisões pelo congresso ou de que as decisões judiciais dependeriam da relação entre a composição do tribunal e os atores políticos relevantes. A corte poderia ser livre (*unconstrained*) quando as preferências do juiz médio correspondem às dos parlamentares; mas estaria "constrangida" no "âmbito fronteiriço", em que as escolhas seriam distintas entre os dois entes.

O ponto mais controverso, contudo, refere-se à independência judicial, cuja afirmação não se restringe à mera previsão normativa, mas à prática de cada sistema[371].

4.4.3 Abordagens institucionais: pela conjunção de aspectos políticos e jurídicos

A chamada abordagem institucional é atribuída às construções de Martin Shapiro, que entende pela necessidade de conjunção de aspectos políticos e jurídicos na caracterização das cortes. Isto porque sua atividade está relacionada com o sistema político em que inserida, na relação entre resolução de conflitos, controle social e aplicação da lei, e a frequente integração da sua atividade com as autoridades administrativas e públicas[372].

Como sumarizou Shapiro, essa interação justifica a opção pela revisão judicial, mas é sua prática que legitima o instituto e permite sua continuidade[373], que se assenta e mantém sua força política por dois aspectos institucionais:

> (a) (aparência de) neutralidade e imparcialidade, pretensão que se esvanece quando os juízes passam a atuar mais do que devem. Seria por isso que as cortes dispensariam tanta energia na explicação de sua atividade é neutra e imparcial, a

---

[371] Esta abordagem relaciona o sistema político à noção de independência judicial, pois nos sistemas em que há uma política unificada e forte - bipartidarismo - o exercício da revisão judicial traria conflito e eventuais retaliações; em situações distintas, a noção de independência se fortaleceria. WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.) **The Oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 32-ss. Em outro momento, Whittington lembrou que os outros poderes políticos já se mostraram fortes o suficiente para diminuir a independência e, por conseguinte, o ativismo judicial, de modo que fortalecer a independência judicial é uma forma de assegurar os compromissos constitucionais, o que também depende dos desafios enfrentados pelas cortes. WHITTINGTON, Keith E.. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n. 3, p. 446-474, jul. 2003, p. 473.

[372] O autor rejeita o chamado "protótipo das cortes", um tipo ideal distante das realidades em que estas existem. Esse ideal, criticado por juristas e políticos, corresponde à noção de um "(1) juiz independente que aplica (2) normas jurídicas pré-existentes após (3) um processo contraditório que busca (4) uma decisão em que é assegurado o direito de uma das partes e a outra perde. SHAPIRO, Martin. **Courts**, a comparative and political analysis. Chicago: The University of Chicago Press, 1986, p. 1; p. 63.

[373] Nos EUA, o sucesso da revisão judicial decorre da sua apresentação como solução para os problemas referentes aos compromissos; por servir aos interesses políticos e econômicos importantes e por aproveitar a legitimidade acumulada pelo serviço a estes grupos e sair em defesa dos menos favorecidos. SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 143-149, p. 153, ss.

partir da justificativa de suas decisões em argumentos jurídicos. Neste sentido, o autor compreende que o debate sobre auto-restrição refere-se ao risco de minar esses dois "mitos", que não se referem à mera expressão retórica, pois "uma vez ou outra" as cortes devem parecer neutras.

(b) processo decisório caracterizado por ser caso a caso, técnico e com baixa visibilidade. Como todo "ator estratégico", as cortes tendem a tomar pequenos passos, para não comprometer sua inserção neste jogo, e seu processo decisório tem a vantagem de permitir esses testes das repercussões futuras das decisões[374].

Diante desses fatores, a doutrina jurídica questiona a proximidade entre Direito e Política, considerando que as funções das cortes constitucionais - apreciar a constitucionalidade e proteger os direitos, com a prolatação de decisões finais - distinguem-se da atividade política[375].

Com base nessas diferenciações, o desconforto dos juristas com o exercício da revisão judicial pode ser atribuído aos limites que - supostamente, segundo o autor - separam as questões políticas das jurídicas[376]. Por isso, entende que todo o debate sobre ativismo judicial e autocontenção passa por uma tentativa de compreender qual o papel adequado das cortes no sistema político. Por isso, aqueles que defendem a autocontenção judicial entendem que a fiscalização de constitucionalidade é uma atividade política e, como tal, deve ser exercida com parcimônia.

Na primeira fase do debate, por exemplo, juristas como Felix Frankfurter e Learned Hand, segundo Shapiro, compreendiam um papel político para a revisão judicial, que justificava o afastamento do Poder Judiciário dessa sua tarefa, mas não convenceram os demais juristas e doutrinadores dessa rejeição. Na década de 50, os trabalhos de McCloskey e Bickel trouxeram outra perspectiva: aceitam a legitimidade da revisão judicial e um papel político para a Suprema Corte, mas dirigem sua preocupação ao que o Tribunal pode fazer ou não, considerado seu poder limitado. Hoje o debate sobre a autocontenção judicial passa pelo

---

[374] SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 164-169.

[375] SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 203.

[376] Por isso, sentir-se-iam compelidos a defender a legitimidade democrática da revisão judicial, mais do que qualquer outra atividade das cortes. Segundo o autor, outras questões seriam mais importantes que o debate normativo sobre antimajoritarismo e legitimidade democrática, como a funcionalidade e utilidade das cortes, se estas realmente controlam os agentes que se sujeitam à sua análise e outros temas. SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 142.

reconhecimento de que a Corte tem um objeto político que deve estar restrito a política. Por isso identifica nas teorias da "modéstia judicial" uma aproximação com a *Judicial Polítics*[377].

O novo institucionalismo histórico mostra uma preocupação com o papel das instituições, para além da percepção da política como um agregado de vontades individuais. Expõe, destarte, como as instituições modelam de forma relativamente autônoma as vontades individuais. Embora haja uma mescla de institucionalismo[378], há uma oposição entre a perspectiva de uma escolha racional ("*rational choice"*), com o elemento histórico/interpretativo, que posteriormente ficou conhecido como institucionalismo histórico[379]. Essas noções são acompanhadas dos alertas quanto à formação de toda uma "ordem social normativa"[380].

Nessa independência, tem-se, dentre outras contribuições, a perspectiva de que as instituições constroem uma racionalidade limitada ("*bounded rationality"*) para seus atores e desempenham um papel constitutivo, colaborando para o desenvolvimento das suas identidades, preferências e interesses. No que se refere ao judiciário, reconhece-se que as doutrinas e concepções amplas do papel institucional influenciam os juízes, ao fornecer-lhes parâmetros para limitação de sua atividade e por assegurá-los de que dispõem de um espaço de exercício de poder real.

Essa abordagem também abrange a perspectiva de que as doutrinas jurídicas constituem expressões das ideologias políticas, aptas a constranger e "empoderar" os juízes para que atribuam significado especial à política. Verifica-se uma tendência, em termos de um institucionalismo histórico comparativo - com atenção à idéia de "*path dependence*" - mas, que em certos momentos históricos, abre muitos caminhos de desenvolvimento[381].

Essas análises são, contudo, dependentes da identificação de conjunturas críticas e contingências, para que sejam observados fatores como oportunidade (*"timing"*) e sequência,

---

[377] SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 22-23.

[378] A consolidação do modelo ocorreu com o trabalho de Clayton e Gillman, no novo institucionalismo, cuja proposta é de que se deve levar em conta "o contexto institucional em que os atores agem porque esse influencia seus comportamentos", de modo que as condutas judiciais são "constituídas e estruturadas pela corte como uma instituição e por sua relação com outras instituições em pontos particulares da história". OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Justiça, profissionalismo e política**. Rio de Janeiro: FGV, 2011, p. 48.

[379] WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.) **The Oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 47.

[380] CLAYTON, Cornell W. The Supreme Court and political jurisprudence: new and old institucionalisms. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). **Supreme Court decision-making:** new institucionalist approaches. Chicago, University of Chicago Press, 1999, p. 34-5.

[381] São levadas em consideração conseqüências imprevistas e desigualdades estruturais de poder que influenciam estas dinâmicas, que fazem os processos históricos menos funcionais e eficientes para os envolvidos. WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.) **The Oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 47-9.

além de padrões estabelecidos há muito tempo ("*long-time patterns"*) ou há pouco tempo ("*short-term pattern*"), de modo a se falar de desenvolvimento, ao invés de desenho institucional. Há dúvidas, todavia, quanto a esse potencial de identificação destes fatores[382].

Expostas as três abordagens mais usuais para explicação do comportamento judicial, diante da diversidade de aspectos por elas abrangida, costuma-se destacar a relevância de conjugar as mais diversas aproximações[383]. Além dessa complementaridade, as três descrições são acompanhadas de uma crítica frequente: o desconhecimento do papel que o direito e suas instituições ocupam no processo decisório desempenhado pelos magistrados. Por isso que, ao lado destes três modelos, acrescenta-se a abordagem legal[384].

Essa quarta abordagem, entretanto, não será objeto de tópico específico por se referir justamente ao objeto do trabalho – seja quando me dediquei à autocontenção e ao ativismo como construções prescritivas da doutrina jurídica (I Parte), mas também quando cogito as inevitáveis repercussões destas teorizações na atuação judicial (II Parte).

Em verdade, uma crítica usual direcionada aos trabalhos desenvolvidos na Teoria Positiva é que estes negligenciariam os aspectos jurídicos dos debates - elementos fundamentais para a compreensão do Direito, como metodologia, processos decisórios e o conteúdo dos julgados - e sua influência nas decisões judiciais[385]. Como lembra Robertson, o juiz somente atua dentro de uma intrincada rede legal e política, o que dificulta sua autodeterminação, de sorte que próprio Direito - normas e interpretação - condiciona sua atividade[386].

Dentre os fatores que influenciam a compreensão dos juízes sobre o papel que desempenham no exercício da fiscalização de constitucionalidade, tem-se questões como a

---

[382] No direito público, já era comum que outros institucionalistas históricos reconhecessem a força das idéias, como noções amplas de papel adequado do poder judiciário e doutrinas como igualdade, neutralidade ("*judicial nonpartisanship")*, ou supremacia judicial. O problema dessas abordagens é que elas estavam concentradas especialmente na corte, sem tentar para outras instituições políticas. WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.) **The Oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 50-52.

[383] FRIEDMAN, Barry. Taking law seriously. **Perspectives on Politics**, v. 4, n. 2, p. 261-276, jun. 2006, p. 263-ss.

[384] Essa quarta abordagem é caracterizada, no trabalho de Fabiana Luci de Oliveira, a partir da contribuição de Ronald Dworkin. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Justiça, profissionalismo e política**: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2011, p. 50-ss.

[385] Como bem lembra Friedman, outros trabalhos de Harold Spaeth – expoente do modelo atitudinal, mostram que os juristas costumam discordar sobre as opiniões, mas não sobre os resultados, o que mostra que as concepções jurídicas condicionam a atuação judicial. Sugere, a partir dessas conclusões, que os cientistas políticos se direcionem à avaliação da influência do direito. FRIEDMAN, Barry. Taking law seriously. **Perspectives on Politics**, v. 4, n. 2, p. 261-276, Jun. 2006, p. 263-264.

[386] ROBERTSON, David.**The judge as a political theorist**: contemporary judicial review. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2010, p. 34. Isto porque os cientistas políticos tendem a ver as cortes como mais um corpo político, mas as encaixam no esquema do Poder Judiciário, e qualquer de suas atuações é vista como exercício da mera política.

cultura jurídica na qual receberam sua educação, as características da norma constitucional objeto de apreciação e o tempo decorrido desde sua promulgação e, por fim, questões relacionadas à Hermenêutica Constitucional, na aproximação destas normas à realidade de sua "aplicação"[387].

A interpretação constitucional requer um exercício político, mas como todo processo institucionalizado, é regulado por normas e parâmetros que guiam e limitam sua atuação. Referidos parâmetros também são fornecidos pela doutrina, que colabora na formatação do papel da revisão judicial. Neste sentido, a abordagem do papel das cortes e do universo da interpretação constitucional, feita pela academia jurídica, condiciona o entendimento dos próprios parâmetros normativos, a influenciar a afirmação de um ativismo ou autocontenção. A afirmação de uma Teoria Constitucional não é o único fator explicativo de uma determinada concepção judicial, mas a atuação de uma corte é dependente, também, das concepções jurídicas reinantes naquele período[388].

[387] Estas se unem a outros fatores, como o método de indicação para a corte e a cultura política em que estão inseridos. GOLDSWORTHY, Jeffrey. Conclusions. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (ed). **Interpreting constitutions**: a comparative study. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 321-45, p. 343.

[388] KECK, Thomas M..**The most activist Supreme Court in history**: the road to modern judicial conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 12. Para Maltzman, mesmo quando um caso provoca uma discussão amplamente focada na ideologia, os argumentos jurídicos influenciam muito a decisão. O direito é decisivo, inclusive, quando se observa os padrões ideológicos nos votos dos magistrados. BAILEY Michael A.; MALTZMAN, Forrest. Does legal doctrine matter? Unpacking law and policy preferences on the U.S. Supreme Court. **American Political Science Review**, v. 102, n. 3, p. 369-384, aug. 2008, p. 381.

CAPÍTULO V

DAS MÚLTIPLAS DIMENSÕES DO ATIVISMO: UMA ANÁLISE JURÍDICO-POLÍTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS, DA ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS E DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Sumário: 5.1 Da origem do termo às perspectivas de estudo: uma aproximação ao debate sobre o ativismo judicial. 5.2 Das diversas dimensões do ativismo judicial: política, metodológico-interpretativa e institucional. 5.3 Neutralidade judicial e preferências individuais no processo decisório: o ativismo partidário e ideológico nos EUA. 5.4 Por uma "adequada prestação jurisdicional": desconhecimento dos precedentes, judicial legislation e métodos "aceitáveis" de interpretação constitucional. 5.5 A corte constitucional e suas relações com as instâncias de poder: ativismo institucional ou contramajoritário.

Após as explicações em torno dos fatores que condicionam a atuação judicial, fundamentais para a contextualização da revisão judicial, o estudo das descrições do exercício desta função - dentre juristas e pesquisadores que se ocupam dos dados – demanda o mapeamento das diversas dimensões de análise do judiciário albergadas na discussão em torno do ativismo judicial.

O objetivo deste Capítulo é mapear os diversos usos da expressão ativismo judicial e perquirir acerca da sua operatividade para a apreciação do exercício da fiscalização de constitucionalidade.

Entre os cientistas políticos, prepondera a caracterização das posibilidades de manifestação, que abriga dimensões já reconhecidas da atuação judicial, e a constatação de sua ocorrência, tornando o ativismo um fenômeno "quantificável".

Na literatura jurídica, diante dos esforços doutrinários no sentido de uma conformação judicial – analisadas nos capítulos anteriores – a hipótese que norteia o presente capítulo é de que a caracterização do ativismo, em suas diversas dimensões, representa o resgate do "estado da arte" do debate acerca da jurisdição constitucional. Avanço, ainda, na sugestão. Dentre os juristas, o termo refere-se a um juízo valorativo, que provavelmente indica uma crítica doutrinária, na constatação de uma atuação discordante dos contornos para o exercício da revisão judicial. A delimitação destas dimensões e a seleção dos aspectos mais

relevantes dessas abordagens são fundamentais para as tentativas de balizamento do debate compreendido pelas expressões ativismo e autocontenção.

5.1 Da origem do termo às perspectivas de estudo: uma aproximação ao ativismo judicial

O primeiro registro do termo ativismo judicial é creditado a uma reportagem de 1947, da revista de variedades *Fortune Magazine*, denominado "*The Supreme Court: 1947*". No texto, o historiador democrata Arthur Schlesinger Jr., após descrever as relações pessoais, simpatias e inimizades entre os membros da corte, traça uma distinção entre os juízes "ativistas" e os campeões da "auto-restrição". Por se tratar de um ensaio jornalístico, sem pretensões acadêmicas, o objetivo do autor parecia ser a desmistificação do tribunal[389], e não propriamente uma avaliação do papel institucional da Suprema Corte daquele país.

A caracterização de magistrados ativistas e não ativistas era atribuída às visões distintas do direito e sua interpretação, que dividiria o Tribunal em dois campos, capitaneados por "representantes" de cada posição.

Na descrição de Schlesinger Jr., os *Judges* Hugo Black (1937-1971) e William O. Douglas (1939-1975) entenderiam que a argumentação legal é mais maleável que "científica" ("*The Black-Douglas view*"). Estes seriam conscientes de que a ambiguidade dos precedentes a serem considerados e a diversidade das doutrinas aplicáveis nos casos submetidos à apreciação permitiriam escolhas, e quaisquer delas seriam aceitáveis à "lógica jurídica". Para essa visão, não haveria respostas corretas; mas escolhas políticas, tidas como inevitáveis. O processo decisório, sem "falsa pretensão de objetividade", deveria estar atento às conseqüências sociais. Estes juízes seriam ativistas, pois sua concepção do direito abriria espaço para considerações de ordem ideológica.

Já o segundo grupo era dos "campeões da auto-restrição", capitaneado pelos *Judges* Robert H. Jackson (1941-1954) e Feliz Frankfurter, que conduziam sua atividade no sentido da autocontenção, pois entendiam que as decisões políticas deveriam ficar a cargo dos representantes eleitos pelo povo[390].

---

[389] GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, mai. 2009, p. 1195.
[390] KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004, p. 1447.

O articulista percebeu a relevância das distintas visões do direito e da revisão judicial e suas repercussões na atividade jurisdicional dos magistrados[391] Contudo, a definição dos aspectos "ativistas" e, por conseguinte, dos seus "adversários" dificulta a descrição das características necessárias ou supérfluas à visualização do ativismo, a demonstrar a ambiguidade da expressão[392]. Tampouco se esclarece quais decisões constituiriam exemplo desta postura. Assim, a oposição entre os magistrados relacionados ao ativismo ou à auto-restrição não permite inferir no que consistiria o primeiro, quando analisado o resultado da atuação da Corte[393].

Referida descrição não era completamente alheia às questões políticas inerentes ao exercício da atividade julgadora. Contudo, há discordância entre os comentaristas do texto sobre as impressões de Schlesinger Jr.: enquanto alguns identificam certa simpatia com a concepção dos juízes ativistas[394], por denotar preferência pela limitação da revisão judicial aos casos em que fossem discutidas as liberdades civis; outros autores mostram a influência das construções do início do século XX – especialmente de James B. Thayer, de modo que o ativismo teria uma conotação negativa[395]. Ao final de seu artigo, o autor alertava para os riscos que a posição atribuída aos juízes Black e Douglas poderia ocasionar à democracia[396].

A primeira definição do ativismo judicial peca pela precariedade ínsita à toda concepção inaugural. Ademais, constituía uma descrição jornalística das perspectivas jurídicas e, por conseguinte, políticas dos juízes, sem outras pretensões. De toda sorte, fixa um aspecto importante sobre a noção: a idéia de que determinados magistrados, a partir do instrumental fornecido em sua formação acadêmica e de considerações particulares sobre o direito, podem inclinar-se a desenvolver uma visão expansiva da revisão judicial.

---

[391] A visualização dessas distintas concepções acerca do papel da Suprema Corte, para Schlesinger Jr., era atribuída ao ambiente de formação acadêmica dos juízes. Assim, os magistrados formados na Universidade de Yale seriam inclinados ao ativismo; de modo diverso, aqueles relacionados a Universidade de Harvard seriam voltados idéia de restrição judicial, berço de notáveis expoentes das teorias de autocontenção.

[392] KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004, p. 1950.

[393] GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, mai. 2009, p. 1203.

[394] KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004, p. 1449.

[395] "*My aim is to show that the term emerged from a complex tradition of judicial critique. Not only have Americans repeatedly criticized federal courts' behavior, the grounds for such criticism have differed widely. To illustrate such variety, I will discuss four episodes of controversial judicial conduct that would have been familiar to Schlesinger"*. GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, mai. 2009, p. 1209.

[396] Keenan D. Kmiec traça um paralelo entre a concepção procedimentalista de democracia desenvolvida por John Hart Ely no clássico livro "*Democracy and Distrust*" trinta anos depois e a preocupação externada por Arthur Schlesinger Jr. no artigo descrito. KMIEC, Keenan D.. the origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004, p. 1449.

Desde a publicação do artigo de Schlesinger Jr, a expressão ativismo judicial ganhou imensa popularidade na academia e na imprensa estadunidense[397]. Como atenta Keenan D. Kmiec, em estatística frequentemente mencionada nos trabalhos sobre o tema, apenas nos anos 1990, o termo foi citado em 3.815 artigos em jornais e revistas jurídicas. Nos primeiros quatro anos da década passada, as expressões "ativismo" e "ativista judicial" foram objeto de referência em 1.817 trabalhos[398]. Na Suprema Corte, a primeira menção ocorreu num voto dissidente do *Justice* Black, para atacar uma das decisões da Corte Warren na defesa de direitos do acusado no processo penal[399].

Em verdade, o debate em torno de um ativismo judicial ultrapassou as fronteiras dos EUA e hoje é comum em outros sistemas. Interessante notar, quanto ao tema, que as construções da doutrina norte-americana – em detrimento das peculiaridades daquele ordenamento[400] – são bastante influentes em todo o mundo.

Como já alertado, a discussão sobre ativismo é compartilhada entre cientistas políticos e juristas, com as características específicas e leituras distintas de cada abordagem[401].

Entre os cientistas políticos, parte-se de uma perspectiva quantificável para, diante dos dados coletados, avançar em outras discussões, com análise das causas e repercussões de uma "tendência" ao ativismo judicial. Inicialmente, a caracterização de um aspecto "quantitativo" ou "contramajoritário" era preponderante, preocupados com a frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalidava as normas e demais atos dos outros poderes

---

[397] Os primeiros trabalhos voltados ao ativismo, nos EUA, remontam aos anos 40 e 50 do século passado, mas vou utilizar preferencialmente da literatura produzida a partir da última década, de modo a oferecer panorama atualizado do debate. Dedicarei maior atenção aos trabalhos voltados a Suprema Corte, mas não desconheço que algumas contribuições importantes sobre o ativismo surgiram em trabalhos sobre os demais órgãos jurisdicionais norte-americanos, especialmente o Judiciário Federal. A pouca revisão da Suprema Corte (menos de 1% dos casos submetidos à apreciação) permite ao Judiciário Federal uma ampla possibilidade de definir questões políticas. BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 10. Ademais, a magistratura federal, que confronta e analisa primordialmente atos de governo teria uma tendência "ativista". CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **Measuring judicial activism**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 34.

[398] KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004, p. 1442.

[399] BROWN, Rebecca L. Activism is not a four-letter word. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 1247-1274, 2002, p. 1257. No período entre 1950 a 2009, a expressão ativismo teria sido empregada na Suprema Corte dos EUA em 132 oportunidades, especialmente nos votos dissidentes. POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 519.

[400] Os argumentos em torno de uma autolimitação judicial nos tribunais constitucionais europeus assumem outros fundamentos, referentes à interpretação constitucional, em conseqüência do próprio modelo das cortes européias e do "mito" kelseniano do legislador negativo. Assim, segundo Cesare Pinelli, quando as cortes "européias" determinam prescrições *positivas* ao legislador, forneceriam argumentos para a crítica acadêmica e conseqüente imputação de uma postura "ativista". PINELLI, Cesare. The concept and practice of judicial activism in the experience of some western constitutional democracies. **Juridica International**, n. XIII, p. 31-37, jul. 2007, p. 34-37.

[401] Justamente por isso, é a abordagem mais comum, com ampla divulgação nos trabalhos jurídicos e dos cientistas políticos e, ainda, nos próprios meios de comunicação dos EUA, como o *New York Times.* GREEN,

estatais[402], sobretudo do Legislativo Federal[403]. Afastam-se, assim, de um juízo valorativo acerca da intervenção judicial, na busca pela compreensão de uma continuidade ou não entre as posturas de ativismo e autocontenção[404].

Posteriormente, outras explicações para o comportamento judicial passaram a influenciar os estudos. Passou-se para a análise do modo e grau em que as preferências políticas individuais moldam os votos dos juízes. Questões "normativas", como fidelidade aos precedentes da própria corte ou matéria submetida à apreciação (liberdades civis atraíriam mais atenção, por exemplo) também são abordadas. Por fim, tem-se o estabelecimento de parâmetros para explicação da atuação amparados em fatores institucionais, como as diferenças entre a invalidação de legislação federal ou estadual e as interações entre os envolvidos no processo judicial, como as influências do *Solicitor General* e do *amicus curiae*[405].

No alargamento do objeto de estudo, Frank B. Cross e Stefanie Lindquist, na aproximação com debates mais próximos dos juristas, estabelecem padrões para abordagem do ativismo ou a definição de uma "timidez", tendo em conta dois referenciais: o institucional e ideológico. No plano institucional, a avaliação pode ser feita a partir dos parâmetros da constitucionalidade: (a) da revisão judicial dos estatutos federais; (b) da revisão judicial das normas estaduais: (c) da revisão judicial das ações da administração federal, inclusive das agências independentes; (d) do emprego das doutrinas de "justiciabilidade" (da garantia de acesso, portanto, às cortes federais); (e) da propensão da Suprema Corte a "derrubar" seus precedentes anteriores. Já a "dimensão ideológica" implica no estudo dos padrões para a invalidação das normas, precedentes ou ações administrativas de "adversários" políticos,

---

Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, mai. 2009, p. 1218.

[402] Neste sentido, HOWARD, Robert M.; SEGAL, Jeffrey A. A preference for deference? The Supreme Court and judicial review. **Political Research Quarterly***, v*. 57, n. 1, p. 131-143, mar., 2004,

[403] Há um consenso doutrinário sobre a aferição do grau de ativismo da Suprema Corte a partir da invalidação da legislação federal. Cogita-se que esta espécie legislativa representa a vontade política nacional, de modo que a atuação dos tribunais, neste sentido, seria mais critica ou controversa. CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **Measuring judicial activism**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 34; 48. SUNSTEIN, Cass R..**Radical in robes**: why extreme right-wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005, p. 41-43.

[404] Entre os cientistas políticos, verifica-se uma "tendência" de avaliação de aspectos mais substanciais do debate, para além das estatísticas. CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **Measuring judicial activism**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 31-ss.

[405] LINDQUIST, Stefanie A.; SOLBERG, Rorie Spill. Judicial review by the Burger and Rehnquist Courts: explaining justices' responses to constitutional challenges. **Political Research Quarterly**, v. 60, n. 1, p. 71-90, mar. 2007.

tomando-se aqui, como critério, a inevitável (nos EUA) distinção entre magistrados "liberais" ou "conservadores"[406].

Diante da especificidade de estudo, a discussão sobre ativismo entre os juristas adquire outros contornos. Se a total deferência aos poderes políticos seria uma negação do próprio controle de constitucionalidade, a academia jurídica concentrou-se na fixação de técnicas decisórias e prescrições ao julgador, que poderiam conformar sua atuação. O desrespeito a estes parâmetros daria margem às descrições sobre a ocorrência de ativismo, o que denota o caráter "pejorativo" da expressão[407] - conforme discutirei mais adiante -, comumente utilizada como um instrumento de crítica doutrinária à corte.

5.2 Das diversas dimensões do ativismo judicial: política, metodológico-interpretativa e institucional

Na vasta literatura sobre o tema, parece haver um ponto de relativo consenso: pela diversidade de aspectos abrangidos pela expressão, o ativismo é um termo multidimensional.

A ambigüidade se dá, inclusive, quanto ao próprio objeto de estudo. A imputação de "ativismo" pode ser dirigida a um determinado juiz, a um "grupo de juízes" – como se atentou no artigo que publicizou o termo - e, por fim, a um dado tribunal. São comuns as definições de ativismo, no complexo universo da jurisdição constitucional, referentes a uma específica decisão – ou conjunto de decisões sobre determinado tema controvertido[408].

A percepção de que o ativismo judicial pode ser atribuído unicamente à concepção jurídica encampada por um dado magistrado não explicaria adequadamente o fenômeno, especialmente se reconhecidos os diversos elementos que contribuem para a conversão de concepções jurídicas individuais em manifestações judiciais, especialmente os institucionais.

---

[406]CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **Measuring judicial activism**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 133-4.

[407]O amplo espectro de críticas ao uso do parâmetro explicativo do ativismo judicial permitem um aparte ao expressado por Elival da Silva Ramos, para quem não haveria na doutrina norte-americana ""um sentido negativo na expressão "ativismo"", pois naquele sistema, o ativismo seria "invariavelmente elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais". Em que pese a valiosa critica do autor de que, no *Common Law*, seja mais complexo identificar um ativismo, dificuldade de que se mostra ao longo de todo este capítulo, não se pode afirmar que naquele sistema o debate tenha se deslocado somente para o âmbito da filosofia política e à legitimidade democrática. RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: USP, 2009*, mimeo*, p. 82-83.

[408] É de se destacar que, num universo de decisões rotineiras, as cortes acabam por ganhar notoriedade por um apanhado de decisões controvertidas, aproximação à atuação das cortes freqüente entre os juristas, que costumam apegar-se – hipótese que trabalharei especificamente nos últimos capítulos – a determinadas decisões "controversas" e afirmar o "ativismo" de um tribunal. Em vista dessa dificuldade, William Marshall sugere que o analista afaste-se das questões muito complexas apreciadas pelos tribunais, de modo que se possa determinar um

Neste sentido, os estudiosos dos impactos da composição das cortes nos resultados das demandas entendem que os tribunais colegiados tenderiam a oferecer maiores constrangimentos para decisões "diferenciadas" ou "inovadoras", ainda que os juízes possam emitir um julgamento separado em cada caso, e apresentem as razões de dissenso com a opinião majoritária. Em contrapartida, decisões individuais alargariam o espaço para manifestações extremadas – e eventualmente, ativistas.

Embora em alguns tribunais tenha-se a prática de não publicizar os votos discordantes, poder-se-ia detectar, numa análise voltada a período temporal mais amplo, padrões de concordância ou discordância emergente[409]. Quanto às interações numa dada Corte, a inclinação ao ativismo ou recuo na compreensão do papel a ser desempenhado pode, também, ser influenciada por um dos membros do tribunal[410].

Por fim, o ativismo não é estanque, havendo recuos e avanços no que se refere à prática da revisão judicial. É possível que uma determinada corte seja "ativista" por um período, mas depois "opte" por uma postura mais comedida no que se refere à invalidação de atos dos outros poderes. Verifica-se, ainda, certa seletividade na atuação, com a eleição de temas e atos de instâncias de poder específicas – horizontais ou verticais - para interferência preferencial do tribunal.

Portanto, a interação no circuito "juízes – tribunal – decisão" promove o encadeamento necessário para abranger todos os objetos analisados sob a égide do termo ativismo judicial.

A avaliação albergada pela expressão implica em questõess das mais diversas naturezas – político-partidárias, institucionais, interpretativas, dentre outras, cuja

---

padrão. MARSHALL, William P.. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, set. 2002, p. 105-6.

409 *"But throughout the common law world it remains indisputable that supreme court judges are first and foremost individual adjudicators who are prepared to make up their own minds on the issues in question rather than just blindly follow the lead of some other more experienced judge*." DICKSON, Brice. Comparing supreme courts. In: DICKSON, Brice (org**.). Judicial activism in common law supreme courts**. London: Oxford University Press, 2007, p. 1-18, p. 10. "

410 Há dúvidas, neste sentido, quanto ao poder de influência do *Chief Justice* no período em que é apontado para exercer tal liderança, ainda que estes cheguem a denominar, na academia norte-americana, "eras" daquela corte. Aqui no Brasil, já são verificados esforços para identificar o protagonismo de determinados Juízes, sua influência sobre os colegas e, como corolário, a impressão de uma "marca" na história do STF. Sobre o tema, o excelente artigo de Carlos Alexandre de Azevedo Campos compara as distintas percepções do controle de constitucionalidade dos Ministros Moreira Alves e Gilmar Ferreira Mendes, avalia a influência que exerce(ra)m sobre seus pares em determinado período e, por fim, relaciona suas perspectivas interpretativas com a mudança de paradigma na atuação do tribunal. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves x Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 541-595.

categorização não pode ser utilizada para formar uma definição única do ativismo judicial[411]. Se a variedade de critérios, à primeira vista, compromete a cientificidade da abordagem – tema que será objeto do próximo capítulo - alguns autores se ocupam de catalogar estes significados, para assegurar validade à discussão sobre ativismo.

Para Craig Green, os cânones mais utilizados para identificar uma manifestação de ativismo judicial se referem à decisão que: (a) implique num erro jurídico grave; (b) produza resultado controverso ou indesejável; (c) invalide uma norma e, ainda (d) seja um produto destes e outros fatores. Sua proposta, para dar cunho operativo à expressão, é que esta se refira ao desrespeito ao que denomina de "padrões culturais da atuação judicial", exercidos sem qualquer revisão[412].

Já para William Marshall, destacam-se nas abordagens questões como: (a) ativismo contramajoritário; (b) não originalismo; (c) ativismo de precedentes - tido como a "falha" ao não acolher os precedentes; (d) ativismo jurisdicional – ao não aderir aos limites jurisdicionais de seu próprio poder; (e) criatividade judicial, entendida como a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional; (f) ativismo remedial – o uso do poder judicial para impor obrigações afirmativas aos demais ramos de governo ou manter instituições governamentais sob supervisão judicial como parte da imposição de uma garantia; (g) ativismo partidário[413].

Conforme Keenan Kmiec: (a) derrubada de atos constitucionais dos outros poderes; (b) desconsideração dos precedentes; (c) exercício de atividade legislativa ("*judicial legislation"*); (d) desvio da metodologia "aceitável" de interpretação; (e) julgamento "voltado aos resultados" (*"result-oriented judging"*)[414].

Para Ernest Young: (a) substituir as decisões dos ramos políticos federais ou governos estaduais; (b) afastar-se do texto constitucional ou de sua "história"; (c) afastar-se do precedente judicial; (d) emprego de fundamentação ampla ou "maximalista", ao invés das estreitas ou "minimalistas"; (e) "*exercising broad remedial"*; (e) decisão dos casos de acordo com as preferências político-partidária dos juízes[415].

---

[411] MARSHALL, William P.. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, set. 2002, p. 102.

[412] Sua preocupação se dá com a construção de normas de conduta judicial, de modo a aferir a ocorrência de ativismo. GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, mai. 2009, p. 1217-1218, p. 1199

[413] MARSHALL, William P.. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, set. 2002.

[414] KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004, p. 1466.

[415] YOUNG, Ernest A.. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002, p. 1441-ss.

Diante desta pluralidade – e pelo fato de que muitos desses aspectos se referem unicamente às características do sistema jurídico estadunidense - optei por distinguir os critérios estabelecidos em três perspectivas gerais: partidário-ideológica, metodológico-interpretativa e institucional.

Inicialmente, dirijo minha atenção ao plano das escolhas individuais, na preocupação com a ideologização no exercício da função jurisdicional, em detrimento das escolhas políticas encartadas nas outras instâncias estatais de representação popular – um dos aspectos mais controvertidos do debate sobre ativismo nos EUA.

Passo, posteriormente, à compreensão da atividade jurisdicional, tentando mostrar as características que lhe diferenciam de outras manifestações estatais. Por isso, o estudo se volta à interpretação das fontes do direito pelas cortes, moldada pelas diversas teorias que intentam explicar e moldar a aplicação da constituição.

Por fim, o debate se refere ao questionamento acerca da atuação do judiciário, no universo das competências dos agentes governamentais. Trata-se, assim, da caracterização do ativismo como uma questão institucional, oportunidade em que a análise propriamente quantitativa merece destaque. Referida avaliação tem inevitáveis repercussões no sistema político, e salienta as relações do poder judiciário no universo da separação de poderes, sob o plano democrático.

Mostrar os diversos aspectos compreendidos pela expressão ativismo não implica que estas características estão apartadas ou individualizadas. As três abordagens estão relacionadas. A pluralidade dos itens propostos nestes trabalhos permite, inclusive, classificar "aspectos" ativistas ou restritivos numa mesma decisão judicial, a partir do critério analítico empregado[416]. Os aspectos, portanto, podem ensejar uma superposição ou serem contrapostos, se analisados em conjunto[417]. Todavia, devo destacar que a opção pela exposição do chamado ativismo partidário-ideológico no início permite-me isolar esse aspecto – fundamental no debate estadunidense, mas albergada pelos aspectos metodológicos em outros sistemas – como no caso brasileiro, nos quais as preferências não são tão evidentes – das duas dimensões preponderantes abrangidas sob o rótulo de ativismo judicial.

---

[416] Como exemplo, Caprice Roberts pontua que os próprios constrangimentos ao exercício da função judicial e as particularidades de um caso concreto permitem que a corte se depare com uma demanda na qual a fidelidade aos precedentes requeira a invalidação de uma lei federal, por exemplo. ROBERTS, Caprice L.. In search of judicial activism: dangers in quantifying the qualitative. **Tennessee Law Review**, v. 74, p. 1-45, 2007, p. 26.

[417] O amálgama das diversas acepções teria como contraponto o enfraquecimento da própria validade ou utilidade explicativa do termo, como comumente alertam os estudiosos do ativismo. Cf. por todos, GREEN,

5.3 Neutralidade judicial e preferências individuais no processo decisório: o ativismo partidário e ideológico nos EUA

Em um dos debates que antecederam a eleição para Presidente dos Estados Unidos, em 2000, o então candidato George W. Bush afirmou sua intenção de não indicar juízes "liberais" e ativistas[418], mas apenas aqueles comprometidos com uma interpretação "estrita".

Referida promessa de campanha, além de mostrar a relevância da noção de ativismo judicial naquele sistema político, aponta uma das mais importantes dimensões do debate sobre as manifestações do judiciário: a preocupação com uma "ideologização" dos magistrados e da prestação jurisdicional. E, mais, mostra a discutível identificação do ativismo com uma determinada corrente do espectro político estadunidense, a liberal[419].

Em detrimento das dificuldades da verificação da sobreposição dos critérios ideológicos e partidários sobre os aspectos meramente jurídicos na atividade judicial – justificada, dentre outros fatores, porque esses são componentes importantes na interpretação, especialmente das questões constitucionais - fato é que esta preocupação é corrente nos estudos sobre o tema.

A noção de ativismo judicial, voltada preponderantemente aos aspectos "políticos", constitui uma das críticas mais usuais à atuação da Suprema Corte e do Judiciário Federal, está arraigada no debate norte-americano e guarda profunda relação com as teorizações ali produzidas. A fundamentação desta dimensão ideológica pode ser atribuída a diversos fatores, inclusive aos aspectos institucionais, mas o ponto mais "incômodo" das manifestações tidas como ativistas – por repercutir na crítica democrática – remete à perspectiva de que os juízes

---

Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, mai. 2009, p. 1217-1218.

[418] "*I don´t believe in liberal, activist judges" (...) "I believe in strict constructionists. And those are the kind of judges I will appoint*". EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey. **Advice and consent**: the politics of judicial appointments. New York: Oxford University Press, 2005, p. 60.

[419] Com efeito, há uma difundida idéia de que os juízes conservadores politicamente não seriam, a rigor, ativistas, ao passo em que os liberais apresentariam essa tendência. MARSHALL, William P.. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, set. 2002, p. 128. Em sentido diverso, na identificação entre concepção política e visão da atividade jurisdicional, cabe a provocação feita por Ernest A. Young quanto à caracterização da atual composição da Suprema Corte como ativista e também "conservadora". O autor buscou a distinção entre as concepções políticas dos conservadores e liberais – republicanos e democratas, respectivamente – e confrontou essas características com o marco teórico avaliativo do clássico modelo atitudinal (Segal e Spaeth), em sua tentativa de previsão das decisões dos juízes da Suprema Corte. Como conclusão, entende que, embora a corte pareça conservadora, o resgate dos projetos políticos atribuídos às concepções acima relatadas mostraria justamente o contrário – que se tem hoje nos EUA um ativismo especialmente liberal. Sua assertiva é fortalecida pelo fato de que o conservadorismo, ao lado dos seus aspectos políticos, também consiste em formas específicas de visualizar as instituições (no sentido de uma conformação aos seus papeis institucionais e numa defesa das maiorias democráticas) e a própria função judicial, amparada, nestes aspectos pelas idéias de restrição, originalismo e formalismo – perspectivas restritivas desde a

estão simplesmente impondo suas preferências aos cidadãos, desprovidos dos controles eleitorais e sem fidelidade à Constituição, numa "perversão" de sua atividade.

Os analistas, todavia, esforçam-se em distinguir entre a mera crítica política sobre o mérito das decisões judiciais e as atuações baseadas em questões alheias às "fontes normativas legítimas"[420], na inserção da ideologia dos juízes como critério decisório – um componente "estranho" no exercício da função jurisdicional, especialmente quando se imagina que o respeito ao Judiciário deriva do mito de um tribunal jurídico e imparcial "cujo dever é preservar nosso senso de continuidade com a constituição", como alertava Mc Closkey[421].

Naquele contexto, o receio das conseqüências das inclinações políticas dos magistrados pode ser vislumbrado no grande – e já esperado - debate político e jurídico posterior à indicação de um jurista à Suprema Corte, cujas proporções são inimagináveis em outros sistemas políticos[422].

Seguramente que a vinculação dos magistrados às suas preferências políticas é mais clara num sistema que conta com dois partidos preponderantes, com bandeiras políticas razoavelmente definidas. São conhecidas as influências partidárias nas indicações presidenciais, que constituem importante fator para a aprovação perante o Senado[423]

Interessante notar que, ao lado de fatores como sua qualificação "objetiva" - formação e atenção aos padrões éticos -, as preferências políticas e a visão de mundo dos magistrados são levadas em consideração no momento da indicação dos futuros juízes pelo Presidente, na compreensão de que estes aspectos certamente influenciarão nas futuras

---

origem do termo "autocontenção". YOUNG, Ernest A.. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002, p. 1141, 1201.

[420]CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A..The scientific study of judicial activism. **University of Texas**, Law and Economics Research Paper, n. 93, p. 1-28, 2006.

[421] MCCLOSKEY, Robert G. **The american Supreme Court**. 5.ed. revisada por Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010 (*kindle* - posição 265/5399).

[422] Certamente para evitar críticas quanto à ideologização-partidarização, nas arguições perante o Senado, verifica-se uma tendência entre os últimos indicados a Suprema Corte em afirmar sua "neutralidade". A postura de Sonia Sotomayor em sua sabatina (2009), por ter repetido diversas vezes que sua "filosofia constitucional" consistia na fidelidade à lei, é objeto de ferrenha crítica de Ronald Dworkin. DWORKIN, Ronald. **Justice Sotomayor**: the unjust hearings. Disponível em: http://www.nybooks.com/articles/archives/2009/sep/24/justice-sotomayor-the-unjust-hearings/. Acesso em:12 dez 2009. "*The United States has long been in the midst of an intense debate about the role of judicial "ideology" and "activism," both in general and in relation to the process of appointing and confirming federal judges."* SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. **Are judges political?** An empirical analysis of the Federal Judiciary. Washington, D.C.:Brookings Institution Press, 2006, p. 130.

[423] Lee Epstein e Jeffrey Segal, por exemplo, defendem que a escolha dos futuros *Judges* é mais partidária que ideológica, tanto na Suprema Corte quanto no Judiciário Federal. No que concerne ao último, chega-se a impressionante dado, em que se admite que 92,5% das indicações, em 135 anos de história, referiam-se aos candidatos filiados ao partido do Presidente. EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey. **Advice and consent**: the politics of judicial appointments. New York: Oxford University Press, 2005, p. 2-26.

decisões[424]. Não por acaso, a composição da corte e suas tendências políticas, senão para explicação do que seria ativismo, parece importante para antecipar o direcionamento dos seus julgados.

Deve-se distinguir, neste caso, a visão de uma "partidarização" da revisão judicial, consistente no denominado "ativismo partidário', compreendido como o uso da função jurisdicional para favorecer as causas e questões relativas às simpatias políticas dos magistrados, especialmente na sua identificação com as propostas políticas republicanas ou democratas[425][426].

Ainda na identificação do magistrado ativista, compreendido como aquele que se porta como um agente político, tem-se o chamado ativismo ideológico ("*result-oriented judging*"), produto da atuação do juiz que almeja determinadas finalidades com sua decisão[427]. Ter-se-ia, assim, a substituição das preferências dos representantes eleitos por aquelas do julgador. Trata-se de um argumento comumente alegado pelos críticos de determinada decisão ou de certo magistrado, de uma dada composição da Corte e, inclusive, da própria jurisdição constitucional.

Quanto aos aspectos ideológicos, tem-se a interminável discussão entre conservadores e liberais na política, que repercute entre os próprios acadêmicos norte-americanos e suas manifestações contrárias ou favoráveis às cortes, como será visto mais adiante.

A distinção entre conservadores e progressistas pode ser sumarizada – com todos os prejuízos decorrentes deste tipo de simplificação –no que concerne às diferenças na

---

[424] Mesmo quando não se tem a perspectiva de influenciar a corte, são discutidos os possíveis ganhos políticos oriundos da indicação, como garantir apoio político para seu partido nas eleições, mostrar-se comprometido com um determinado grupo ou causa, dentre outros. EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey. **Advice and consent**: the politics of judicial appointments. New York: Oxford University Press, 2005, p. 65-ss.

[425] MARSHALL, William P.. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, set. 2002, p. 104.

[426] A análise dos fins "partidários" da atuação judicial fortaleceu-se com o célebre caso *Bush v Gore*, que definiu as eleições presidenciais de 2000, em favor do candidato republicano George W. Bush. Na referida decisão, a apertada maioria (5x4) foi constituída justamente pelos juízes mais conservadores da corte - Anthony Kennedy, Sandra Day O´Connor, William H. Rehnquist, Antonin Scalia e Clarence Tomas. Nesse controverso caso, decidiu-se que um julgado da Suprema Corte da Flórida foi proferida em desconformidade com a Cláusula de Proteção Igualitária da Décima Quarta Emenda. Mantida, assim, decisão que, apenas três dias antes, havia interrompido a recontagem preliminar manual dos votos que estava ocorrendo em alguns condados daquele estado. Na anulação da decisão, a Suprema Corte entendeu que nenhum método alternativo de contagem de votos poderia ser estabelecido nos prazos fixados pelo Estado da Flórida. Assim, a maioria dos votos do Colégio Eleitoral da Flórida deveria ser atribuída ao candidato republicano, o que acabou por decidir as eleições presidenciais. A doutrina critica veementente tal decisão, por constituir manifestação de ativismo judicial por vários aspectos. EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey. **Advice and consent**: the politics of judicial appointments. New York: Oxford University Press, 2005, p. 16.

[427] KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004, p. 1475.

interpretação do Direito Constitucional e de suas instituições. Os liberais apresentariam uma posição mais favorável à proteção jurídica das liberdades individuais não econômicas (inclusive quanto aos direitos reprodutivos), à igualdade racial (ou tratamento igualitário por instituições privadas), mas não quanto às garantias de propriedade (direitos econômicos). Já os conservadores têm, em sua "agenda", a preferência pela proteção dos direitos econômicos e o respeito à autonomia das unidades federadas, dentre outras bandeiras referentes às relações individuais[428].

A crítica ideológica à corte se refere às denominadas decisões políticas que, segundo Richard Posner, consistem nos julgados em que se "toma partido em questões morais que dividem o público em linhas partidárias e não podem ser resolvidas por análises especializadas, impostas por razões legais convencionais"[429].

Em detrimento das pertinentes críticas que comporta, que entendo que devem ser levadas em consideração, fato é que o referido critério apresenta embaraços para sua verificação, senão para aferir a motivação do julgador, ao menos pela ausência de critérios menos controversos para a compreensão do(s) parâmetro(s) decisório(s) do(s) qual(is) o juiz se afastou[430]. De toda sorte, enfrenta-se óbices para definir quais seriam as decisões partidárias e ou ideológicas, por ser complicado de se inferir a intenção do julgador, poucas vezes expressa em suas decisões, o que criaria empecilhos para detectar tal influência ou mesmo medi-la[431]. Tal dificuldade seria reforçada pela convenção entre os juízes da *common*

---

[428] *"Conservatives," on the other hand, have preferred that judges protect economic rights and defend the values of federalism. These are sweeping caricatures, of course, but they do capture familiar perspectives on the rule of constitutional judging. And as the Court's own agenda shifts, conservative and liberal views about constitutional judging shift as well. Thus, when the Court was protecting conservative values at the turn of the last century, liberals attacked the institution of judicial review. When the Court changed direction after 1937, liberal views on judicial reiew changed too. The Court of late has been advancing the conservative perspective rather aggressively—hence newfound liberal discontent with judicial review."* FRIEDMAN, Barry. The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five. **Yale Law Journal**, v. 112, p. 153-259, 2002, p. 159-160.

[429] POSNER, Richard A. **How judges think**. Massachusetts: Harvard University Press, 2008, p. 312. Além da definição de aspectos políticos na decisão ou nas manifestações individuais na decisão colegiada, a própria seleção dos casos permite aos juízes utilizarem-se deste critério para determinar uma agenda, aceitando os casos no momento em que entendam que a corte irá julgar de maneira favorável ao seu entendimento, tendo assim, maior possibilidade de êxito. Essa "agenda", para Lawrence Baum, poderia também ser cogitada na recusa em receber casos que gerem muita controvérsia. BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 92-95. De todo modo, esse adiamento da decisão – enquanto estratégia decisória – não diferiria das "virtudes passivas" propostas por Bickel, por exemplo, o que somente denota a complexidade de se contrapor as figuras do ativismo e da auto-restrição judiciais.

[430]Para tal fim, alguns autores propõem que, da fundamentação das decisões individuais, sejam aferidos critérios – inclusive quantitativos - para explicar padrões ideológicos dos juízes, numa aproximação assemelhada ao modelo atitudinal. CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The scientific study of judicial activism. **University of Texas Law, Law and Economics Research Paper**, n. 93. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=939768. Acesso em: 18 jan 2011, p. 12..

[431] Como lembra Shapiro, a complexidade em se definir os fatores que instruíram uma decisão judicial, ou a opção por um "ativismo" reside na tendência que juízes apresentam de esconder suas preferências políticas nas

law de não se pronunciar publicamente sobre decisões que tenham alcançado, salvo quando, em palestras e artigos para revistas jurídicas, expõem sua visão dos problemas legais[432].

Os obstáculos para aferição das manifestações judiciais voltadas aos fatores políticos e ideológicos, e a própria complexidade do fenômeno político – do qual a academia jurídica não se afasta – provocam dúvidas sobre a validade deste parâmetro explicativo do ativismo judicial[433]. Isto porque a atribuição de um ativismo ideológico parece, como afirmam os estudiosos, dizer mais sobre o analista que sobre a composição da corte[434]. Assim, as objeções variariam a partir da posição do crítico – acadêmico ou não - no espectro político, o que também remete à compreensão jurídica da fiscalização de constitucionalidade.

5.4 Por uma "adequada prestação jurisdicional": desconhecimento dos precedentes, *judicial legislation* e métodos "aceitáveis" de interpretação constitucional

Dentre os juristas, a identificação de um ativismo judicial sugere que o Judiciário estaria agindo em desconformidade com o seu papel "apropriado". Diante dessa impressão, o debate se fundamenta no desenvolvimento de uma Teoria Normativa acerca do papel dos tribunais em determinado ordenamento jurídico, como pressuposto indispensável para qualquer análise sobre o tema[435]. Embora possua repercussões institucionais, verifica-se que

---

razoes jurídicas. SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 128. Lembro, ainda, que na maioria dos ordenamentos jurídicos as pautas de reivindicações políticas foram convertidas em normas jurídicas, como se discutiu na abordagem dos processos de judicialização da política.

[432] DICKSON, Brice. Comparing supreme courts. In: DICKSON, Brice (org.). **Judicial activism in common law supreme courts.** London: Oxford University Press, 2007, p. 1-18, p. 10. Neste sentido, é importante lembrar que os juízes da Suprema Corte dos EUA se insurgiram contra o projeto de televisionamento das suas sessões. Um de seus magistrados mais propensos a manifestar opiniões em discursos e entrevistas, Antonin Scalia, compareceu perante uma Comissão do Senado, apresentando seus fundamentos para que a legislação nesse sentido não fosse aprovada. De todo modo, Baum lembra que a Corte agora disponibiliza a transcrição das suas decisões e permite até a o lançamento das fitas com os argumentos jurídicos discutidos, em temas de grande interesse público. Essas negativas de publicização constituiriam uma ampla prática de limitação da abertura de informações sobre o processo decisório da Corte, a evidenciar seu distanciamento da política ordinária, o que não implica num total alheamento quanto aos membros dos outros poderes, tampouco aos demais grupos fora da corte, sendo freqüentes as palestras nas universidades americanas. BAUM, Lawrence. **The SupremeCourt**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 16-17.

[433] "*But the running theme here is that although the search for neutrality is often a straw with no real adherents except in the minds of the opponents, the four debates about neutrality can be understood as reflecting genuine and deep disagreements about many of the central issues of judicial review*." SCHAUER, Frederick. Neutrality and judicial review. **KSG Working Paper**, n. RWP03-008, p. 1-33, 2003. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=380920. Acesso em 15 mai 2011, p. 1-2.

[434] "*How one defines and uses judicial activism often says more about the speaker than the judicial target*." YOUNG, Ernest A.. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002, p. 1216.

435 YOUNG, Ernest A.. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002, p. 1141- 1142.

esta passa por uma compreensão metodológica, pois depende do estabelecimento de critérios para a atuação judicial. Nesta seara, define-se o ativismo como o exercício impróprio da jurisdição, em desconformidade com o que denomino de "parâmetros aceitáveis de decisão judicial", estabelecidos nas normas jurídicas e nas construções acerca desta função.

Neste caso, devo alertar para as distinções entre estes contornos, a partir de cada específico ordenamento e da tradição jurídica em que está inserido, pois se trata de perspectiva que abrange e repercute o debate teórico acerca das fontes do direito num sistema e sua interpretação[436].

No caso estadunidense, como lembra Craig Green, a atuação da corte não estava devidamente esclarecida na constituição e os originalistas não encontram uma descrição apurada nos "papéis federalistas", sua fonte primordial de compreensão. Os estatutos judiciários também não são rigorosos sobre os exatos contornos da atividade jurisdicional.

Mas a normatização existente sobre a atividade da Suprema Corte, as interpretações fixadas e as compreensões firmadas sobre o exercício da sua função – por exemplo, a doutrina das questões políticas – consistiriam nos constrangimentos institucionais internos ("*institutional internal activism*"). A exigência de coerência do sistema implica numa relação harmônica entre os órgãos do judiciário, especialmente importante num sistema de *common law* e suas exigências de segurança jurídica – compreendidas como gradualismo, confiabilidade, valor preditivo e certeza. Deve-se ressaltar que, nos EUA, o respeito ao judiciário é creditado à "tradição" de restrição da instituição.

Como dito, além dos parâmetros normativos, a presente dimensão do ativismo está profundamente relacionada com o debate sobre os métodos aplicáveios para o exercício da função[437]. O emprego do rótulo ativismo seria apropriado, deste modo, quando "ultrapassados" os "padrões culturais da atuação judicial"[438].

---

[436] GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, mai. 2009, p. 1243. Neste aspecto, sugere-se que os juristas se voltem ao debate sobre as questões institucionais, mas não se desvencilhem da análise de culturas particulares, períodos históricos e questões geográficas, fundamentais para a avaliação do judiciário e colaborariam para um maior esclarecimento sobre o significado do ativismo judicial.

[437] GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, mai. 2009, p. 1242-ss. Segundo Green, a teoria jurídica, por sua vez, ao tecer considerações genéricas voltadas à moral e à interpretação e não aos aspectos práticos do exercício dessa função, subdimensionaria o caráter institucional do direito, imprescindível à caracterização do papel do judiciário e, por conseguinte, do próprio ativismo judicial.

[438] Discute-se a viabilidade da construção de "normas de conduta judicial", aptas a oferecer um critério, de abrangência limitada, para crítica do exercício desta autoridade, que não estaria sujeita a outros controles. "*Contrary to conventional wisdom, I propose that judicial activism has no inherent link to boosting individual liberty or curbing governmental power. Instead, the "activist" label is useful only where a judge has violated cultural standards of judicial role. Such standards are not formally enforced and are only partly explicit. Yet they are vital to any legal system that (like ours) contains broad judicial discretion. Many applications of*

Nos EUA, cogita-se dimensões do ativismo voltadas ao não-originalismo na interpretação da constituição e de suas emendas, além de um profícuo debate acerca da desconsideração dos precedentes judiciais ("ativismo de precedentes"). A inobservância destas fontes implicaria no exercício de *criatividade judicial*, entendida como a criação de novas teorias e direitos, numa atividade quase-legislativa, que gerou a famosa expressão crítica "*legislate from the bench"*. Por fim, ainda restam as críticas quanto ao processo decisório, na constatação, dentre outros, de um *maximalismo* judicial.

Como todos os aspectos do ativismo judicial, tais parâmetros podem ensejar contradições e superposições. Sujeitam-se, ainda, aos questionamentos acerca da sua validade teórica e sua mera constatação não significa, necessariamente, que a decisão amparada nestas técnicas ou práticas é "boa" ou "má", a depender de seu analista.

Fala-se no "ativismo de precedentes", que se refere ao descumprimento dos precedentes judiciais, relevante fonte no sistema de *common law*[439]. A rejeição destes acarreta o risco de minar a confiança que os cidadãos e atores políticos depositam na corte quando está simplesmente aplicando normas decorrentes do texto e da interpretação histórica da Constituição ("*is simply applying norms found in the text and history of the constitution*"). O questionamento dos precedentes pode ser visto como uma forma de sobrepor os entendimentos - valores próprios e escolhas políticas – em prejuízo das fontes normativas válidas[440].

O ativismo de "precedentes" é complexo de se afirmar nas situações específicas, pois voltada à função desta importante fonte naquele sistema[441], aos institutos jurídicos relacionados ao processo decisório e ao complexo debate sobre interpretação. É de destacar o papel da doutrina do *stare decisis*, de acordo com a qual um tribunal está vinculado aos seus próprios precedentes e aos dos entes superiores na hierarquia judiciária[442]. Importa notar que

---

judicial power are nearly impossible to supervise, including most Supreme Court decisions, certain judgments of acquittal, and many civil settlements. I propose that "activism" is an appropriate, albeit limited, term of condemnation when such unreviewable authority is abused." GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, mai. 2009, p. 1199.

[439] MARSHALL, William P.. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, set. 2002, p. 116-120.

[440]YOUNG, Ernest A.. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002, p. 1141, 1149.

[441]Como esclarece o Prof. Guido Soares, a força de impor-se a futuros casos (*authority*) pode dividir-se em: "a) *persuasive*, em geral de decisões de cortes de jurisdição paralela (mesma jurisdição de outros Estados) ou de votos vencidos ou minoritários da mesma corte ou de cortes superiores,e a determinados assuntos (...), quando invocadas em outros Estados; b) *binding authority*, as decisões das cortes superiores da mesma jurisdição ou as decisões da mesma corte; repita-se que uma única decisão pode constituir-se em *precedent*." SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: RT, 1999, p. 42.

[442] Como compreende Martin Shapiro, é a garantia do *stare decisis* que permite a conciliação entre a perspectiva de um *law making* e o sistema de *common law*. De todo modo, referida doutrina redundaria no emprego, pelo

os precedentes - horizontais e verticais – devem vincular e influenciar a atividade judicial. No que concerne aos precedentes horizontais, tem-se o dever de que a Suprema Corte siga seus entendimentos anteriormente firmados em casos semelhantes. De modo diverso, há quem entenda que a desconsideração de precedentes "equivocados" não configuraria ativismo judicial, mas tão somente decisão apropriada da Constituição[443]. A vinculação aos precedentes verticais, por sua vez, espelha o dever dos tribunais inferiores de obedecer aos precedentes fixados na Suprema Corte; que, por sua vez, também não pode desconsiderar as regras estabelecidas nos demais órgãos jurisdicionais, para não comprometer a coerência do sistema jurídico.

Assim, espera-se que os juízes sigam a *rule of law* determinada em julgados pretéritos, quando necessária para a decisão no caso sujeito à apreciação. Na verdade, o *holding* ou *ratio decidendi* constitui "a norma extraída do caso concreto que vincula os tribunais inferiores", que se refere à "regra explícita ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário a atingir a decisão, à luz das razões por ele adotadas". Apenas o *holding* possui efeito jurídico, não a fundamentação da decisão anteriormente tomada (*dictum*)[444].

Os juízes aplicam, usualmente, a técnica do *distinguising*, mostrando que o precedente se distancia do caso posto à apreciação. É usual comum limitar a aplicação dos precedentes, entendendo que estes não se aplicam a muitos casos, sem necessariamente derrubá-los[445]. Na hipótese em que o precedente é "derrubado", tem-se o *overruling*, caracterizado como a ab-rogação do precedente ou sua derrogação, que o mantém para certos aspectos do tema apreciado[446].

Certamente que esse descumprimento é controverso, uma vez que o sistema jurídico prevê mecanismos que permitem que a Suprema Corte e demais tribunais derrubem seus próprios precedentes. Como o *overruling* faz parte do sistema, haveria dificuldade em

---

juiz, do mesmo método decisório dos demais agentes políticos. SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 90-97.

[443] KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004, p. 1468.

[444]BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 119. No que se refere ao *obter dictum*, nas palavras de Patrícia Perrone Campos Mello, trata-se "de qualquer manifestação do tribunal não necessária, a exemplo de considerações marginais efetuadas pela corte, argumentos lançados por um dos membros do colegiado e não acolhidos ou apreciados pelo órgão, dissensos constantes de votos divergentes" que pode, eventualmente, transformar-se em um *holding* alternativo. Mas em regra geral, sua "eficácia é persuasiva, na medida da força de seus argumentos". (p. 125-126) MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122-126.

[445] Referidas técnicas parecem ser constantemente utilizadas para limitar abrangência dos criticados precedentes "garantistas" da Corte Warren em matéria criminal. Todavia, o que parece mais controverso é o *overruling*, em que o tribunal "derruba seus próprios precedentes". Segundo Baum, entre 1980 a 2008, são dois *overrulings* por ano. BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 119.

compreender-se, nesses casos, ativismo judicial. Porém, além dos prejuízos à previsibilidade das decisões, ter-se-iam as conseqüências institucionais de enfraquecimento das relações horizontais e verticais travadas com os demais órgãos jurisdicionais, como por exemplo, a não observância da jurisprudência firmada nos "circuitos"[447].

Por esses fatores, diante de um sistema caracterizado pelo respeito aos precedentes, o desconhecimento destes implicaria em ativismo – salvo se o próprio precedente já configurava um exemplo de "atuação positiva"[448].

No que concerne aos limites da atividade judicial, é de se lembrar que a crítica pode se referir à inovação na ordem jurídica empreendida pelos magistrados em suas decisões.

A desconformidade da atuação dos juízes pode ocorrer, assim, quando se estabelece uma interpretação distinta da pretendida pelo legislador ("*rather than strike a statute down, a court may instead interpret it in a way that departs from the likely intent of its enacting legislature*")[449]. Referida manifestação de ativismo é entendida como a "legislação judicial" (*judicial legislation*), quando os juízes legislam "*from the bench"*[450].

Os estudiosos dos tribunais constitucionais afirmam que, dentre outras características do sistema de *common law*, como a oralidade dos procedimentos e a doutrina dos precedentes, o ativismo seria potencializado pelo reconhecimento dos juízes como *law-makers*. Os debates seriam abertos aos aspectos não necessariamente jurídicos e à ponderação das conseqüências sociais e políticas das várias soluções possíveis. Como salienta Brice Dickson, os juízes das cortes supremas poderiam atuar como se fossem parlamentares que não pertencem a nenhum partido político[451].

---

[446] SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: RT, 1999, p. 42.

[447] Todavia, segundo Lawrence Baum, os juízes costumam seguir precedentes mesmo quando consignam sua discordância com eles e, embora não se sintam propriamente constrangidos pelas interpretações das cortes inferiores, costumam citá-las. Deste modo, a regra do *stare decisis*, se não controla, ao menos estrutura a atuação da Suprema Corte. BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 120.

[448] "*These examples suggest that even one of the most uncontroversial definitions of judicial activism requires reaching deeper into jurisprudential concepts than one might first expect. Adherence to precedent is surely a virtue in most cases, but it is helpful to tease out precisely which kind of precedent--and what kind of law--is at issue. Only then can one make a constructive point about "judicial activism" as disregarding precedent."* KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004, p. 1471.

[449] YOUNG, Ernest A.. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002, p. 1141, p. 1146.

[450] KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004, p. 1471.

[451] DICKSON, Brice. Comparing supreme courts. In: DICKSON, Brice (org.). **Judicial activism in common law supreme courts**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 1-18, p. 7. De modo diverso, os argumentos em torno de uma autolimitação judicial nos tribunais constitucionais europeus assumem outros fundamentos, referentes à interpretação constitucional, em conseqüência do próprio modelo das cortes européias e do "mito" kelseniano do legislador negativo. Assim, segundo Cesare Pinelli, quando as cortes "européias" determinam prescrições *positivas* ao legislador, forneceriam argumentos para a crítica acadêmica e conseqüente imputação de

Porém, os tribunais dispõem de um constrangimento necessário à sua atuação – a interpretação do direito existente. No sistema de adjudicação, toda decisão abrange três aspectos: é um julgamento sobre a disputa específica submetida à apreciação, envolve a interpretação sobre os problemas jurídicos em causa e uma posição sobre as questões políticas fundamentadas nas questões jurídicas[452].

Por isso, critica-se a possibilidade de que os juízes possam atribuir significado aos valores constitucionais, uma vez que o próprio sistema processual obriga-os à objetividade, pois devem decidir sobre casos cujos termos são postos pelos litigantes e não tem controle sobre sua "agenda"; não determinam, em geral, as partes que devem ser ouvidas, pois sua atitude é provocada; e devem fundamentar sua decisão em critérios "objetivos" e argumentos "aceitáveis"[453].

Além da inovação na ordem jurídica, pode-se identificar o "ativismo" no processo decisório, pelo distanciamento dos cânones de interpretação consolidados ("*departures from accepted interpretive methodology*").

Referido critério, inicialmente, apresenta um empecilho árduo de transpor: a diversidade do debate acerca da Hermenêutica Constitucional e as esperadas divergências de opinião sobre os "recursos interpretativos" à disposição dos magistrados.

Em que pese tal dificuldade, os autores parecem encontrar um espaço de afirmação de ativismo num meio preponderantemente variado, entre meras falhas na atuação dos magistrados e a constatação de uma "inadequação" do uso dos instrumentos de interpretação disponíveis. Equívocos no processo decisório implicariam num ativismo judicial, sob os mais diversos fundamentos, como ausência de fidelidade à lógica ou à realidade factual, falhas na análise dos pedidos, direcionamento das citações a autoridades inadequadas e outros[454].

Entretanto, o mais relevante parece ser o emprego da "interpretação constitucional imprópria", quando os juízes utilizam o "direito natural" ou outras influências[455,] em

---

uma postura "ativista". PINELLI, Cesare. The concept and practice of judicial activism in the experience of some western constitutional democracies. **Juridica International**, n. XIII, p. 31-37, jul. 2007, p. 34-37.

[452] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 1-3.

[453] FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n.1, n. 1-58, nov. 1979, p 13-15.

[454] Interessante notar, quanto aos constrangimentos internos, que Caprice Roberts situa nesta dimensão os debates acalorados entre juízes – ou "lavagem de roupa suja", nas palavras da própria autora. ROBERTS, Caprice L.. In search of judicial activism: dangers in quantifying the qualitative. **Tennessee Law Review**, v. 74, p. 1-45, 2007, p. 18-20.

[455] Interessante notar que a menção às decisões de tribunais estrangeiros, prática incentivada sob o chamado "cosmopolitismo constitucional", também é compreendida como manifestação inadequada, por implicar no desconhecimento das fontes tradicionais do direito. Sobre o tema, é constantemente citada a crítica do *Justice* Antonin Scalia, na decisão do caso *Lawrence v. Texas*, em que afirma que a citação de julgado da Corte Européia de Direitos Humanos seria mais um recurso para o ativismo judicial. ROBERTS, Caprice L.. In search of judicial activism: dangers in quantifying the qualitative. **Tennessee Law Review**, v. 74, p. 1-45, 2007, p. 8.

detrimento da concepção formalista aceitável do papel do judiciário, e afirmam estar simplesmente aplicando a lei[456].

Por fim, numa tentativa de estabelecer um espaço aceitável de interpretação constitucional, recorre-se à já conhecida distinção proposta por Cass Sunstein, entre as concepções minimalistas e maximalistas do direito, voltadas não ao mérito das decisões judiciais, mas ao modo pelo qual as cortes decidem. O juiz minimalista empregaria as várias técnicas de escusa (*avoidance techniques*) e as virtudes passivas. No modelo descrito, é uma postura voltada à solução dos casos de forma mais estreita, deixando tanto quanto possível não decidido; pode manifestar-se na aplicação de decisões anteriores por interpretá-las como tendo de fato decidido o mínimo possível. Enfim, a autocontenção se fundamentaria no já amplamente discutido "uso construtivo do silêncio"[457].

Em oposição, o juiz maximalista, diante de um caso individual, parte para proposições gerais, que contemplem diversas situações, mais ampla do que a tutela jurisdicional requerida para resolver a disputa particular posta à apreciação. Esse tipo de manifestação pode visualizado, por exemplo, pela utilização abusiva dos *dicta*, ao invés de uma concepção limitada. As considerações sobre temas e circunstâncias alheias àqueles submetidos à apreciação na fundamentação das decisões são apontadas como uma das maiores manifestações de ativismo judicial. O mesmo ocorre com as ordens determinadas pelos tribunais que interfiram nas rotinas e funcionamento dos demais poderes ou, ainda, que determinem despesas públicas de valores elevados, questões reservadas à atuação das outras

---

Em que pese o receio de Scalia, os estudiosos da jurisdição constitucional em diversos ordenamentos afirmam que a *Supreme Court* é das menos afetas à citação de decisões de outras cortes ou de entes supranacionais. ROBERTSON, David. **The judge as a political theorist**: contemporary judicial review. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 35.

[456] Neste sentido, tem-se a discussão interminável sobre os critérios de interpretação aplicáveis ao direito norte-americano – como o originalismo, o tradicionalismo e tantos outros - e sua relação com o ativismo judicial, que torna difícil distinguir-se entre manifestação ativista e emprego de metodologias não-ortodoxas de interpretação ("*principled but unorthodox methodologies*").KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004, p. 1473-4.

[457] SUNSTEIN, Cass R.. The Supreme Court, 1995 Term — Foreword: leaving things undecided. **Harvard Law Review**, n. 110, 1996, p. 6-7.

agências estatais[458]. Deste modo, o maximalismo judicial seria exacerbado pela imposição de remédios expansivos[459].

Estes critérios, cuja exposição – embora sucinta – permite estimar sua complexidade e imprecisão, prestam-se à avaliação das decisões judiciais e dos agentes públicos encarregados dessa atividade, pela doutrina jurídica, sob o rótulo de ativismo judicial.

5.5 A corte constitucional e suas relações com as instâncias de poder: ativismo institucional ou contramajoritário

É importante ressalvar que os diferentes comportamentos definidos como ativismo judicial convergem num ponto: os aspectos institucionais das decisões, pois implicam na autonomia judicial frente aos demais atores do sistema político estatal[460]. A corte encarregada da revisão judicial de legislação, por deter o poder de invalidar os atos dos demais poderes, impõe-se diante destes e perante os órgãos legislativos e administrativos dos entes locais. O mesmo se dá em suas relações com os demais tribunais, seja porque estes decidiram a questão no passado e viram seu precedente ser derrubado, ou porque a decidirão no futuro, condicionados pela manifestação anterior do órgão jurisdicional superior. Por fim, ainda que se verifique uma postura de deferência, esta ocorre em prejuízo do próprio julgamento independente sobre a questão legal, com suas repercussões institucionais.

Nesse plano, a dimensão mais discutida refere-se aos constrangimentos externos ("*institutional external activism*") direcionados à atividade da corte, especialmente no que concerne à separação de poderes – os denominados limites horizontais. Outras restrições também são impostas, por exemplo, pelo sistema federativo, tidas como constrangimentos verticais, sem prejuízo das questões voltadas às próprias competências jurisdicionais, que impediriam, por exemplo, o uso restritivo ou indevido destas. Tornar-se-ia viável, assim, um

---

[458]Frank Cross e Stefanie Lindquist, a partir de Richard Posner, lembram que a identificação de casos como minimalistas ou perfeccionistas é extremamente difícil, por mais que estas noções encetem uma pretensão descritivo-explicativa. Talvez porque se tratam de observações da teoria jurídica, que não contam com a preocupação de falseabilidade que norteia os estudos dos cientistas políticos. CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **Measuring judicial activism**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 36. Deve-se reforçar, como já abordado anteriormente, que a doutrina jurídica também questiona a viabilidade do minimalismo enquanto projeto explicativo da atuação judicial, e prefere associá-lo às abordagens prescritivas de comportamentos adequados para a jurisdição constitucional.

[459] YOUNG, Ernest A.. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002, p. 1151-1158.

[460] Segundo o autor, a abordagem institucional ofereceria a vantagem de afastar o debate de uma concepção "normativista" do papel da Suprema Corte. YOUNG, Ernest A.. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002, p. 1143-1145, 1173.

"ativismo por inação" ou pelo uso expansivo dos remédios processuais contra os demais poderes[461].

Na avaliação do ativismo sob o ângulo das instituições, a noção de contramajoritarismo é comum em todas as abordagens, e está presente na própria formulação do termo. Este espelharia a inclinação do tribunal em aplicar seu entendimento da constituição, mesmo que contrário às maiorias políticas do momento[462]. A conclusão de que estes interferem indevidamente na atividade dos demais poderes provoca desconforto, especialmente pela distribuição constitucional de funções, em sua dimensão político-democrática e, ainda, organizacional.

Como se viu na I Parte, a primeira dimensão é das mais controversas, pois remonta às discussões sobre o déficit democrático da jurisdição constitucional e a (i)legitimidade da sua atuação, pois a invalidação dos atos dos outros ramos é compreendida como a retirada das decisões das mãos dos eleitores[463].

No plano organizacional, deve-se consignar que o marco normativo de distribuição de competências estatais, a separação de poderes, é justificado diante de sua concepção funcional. Para além do argumento democrático, a especialização das funções públicas depende da correspondente organização de estruturas administrativas aptas ao desempenho das atividades propostas[464]. Pode-se falar que as decisões de cunho político-econômico pertencem à órbita dos poderes majoritários também porque estes possuem o aparato burocrático para lidar com todos os aspectos implicados na análise.

O debate contramajoritário assume sentido institucional externo, pois voltado às relações que o poder judiciário trava com os demais poderes estatais, que recebe apurada análise dos estudiosos do ativismo judicial.

A *priori*, de acordo com os dados, uma corte que costuma invalidar atos dos demais poderes seria ativista. A maior objeção a este critério, que denota o exercício de um ativismo apto a configurar a maior tensão no âmbito institucional, é precisamente porque a invalidação dos atos contrários à Constituição configura a finalidade do controle de constitucionalidade, e como corolário, uma das funções mais importantes dos tribunais encarregados desta atividade.

---

[461] ROBERTS, Caprice L.. In search of judicial activism: dangers in quantifying the qualitative. **Tennessee Law Review**, v. 74, p. 1-45, 2007, p. 5-16.

[462]BROWN, Rebecca L. Activism is not a four-letter word. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 1247-1274, 2002, p. 1271.

[463] SUNSTEIN, Cass R.. **Radical in robes:** why extreme right-wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005, p. 43.

[464] ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, p. 663-727, jan. 2000, p. 634.

Contudo, ainda que uma prerrogativa ínsita à afirmação da revisão judicial, esta é uma das demonstrações mais eloqüentes de força política do poder judiciário.

Se a análise parte de uma visão negativa do ativismo judicial, toda e qualquer deferência pode ser tida como uma postura adequada, o que negaria, grosso modo, a própria jurisdição constitucional. Por isso, os autores críticos da atividade de uma determinada composição da um Tribunal reconhecem que nem toda manifestação merece o rótulo de "ativista"[465]. Tenta-se "refinar" a concepção, com amparo num argumento material, numa aproximação entre os aspectos descritivos e prescritivos de estudo, mais próximo ao debate jurídico da questão.

Se nem toda manifestação judicial é, a rigor, questionável ou ruim, os próprios doutrinadores entendem que este critério não apresenta uma dimensão definitiva do ativismo, que deve ser estudado à luz de outras noções[466]. Para Keenan Kmiec, apenas seriam ativistas as decisões que anulam manifestações dos outros poderes quando estas podem ser interpretadas, de algum modo, como constitucionais. O ativismo consistiria, diante deste pressuposto, numa "restrição injustificada" da atuação dos demais ramos de governo, a contrariar o princípio da separação de poderes.

Mas essa redefinida versão do parâmetro contramajoritário do ativismo apresenta a dificuldade ínsita à interpretação das normas jurídicas. Essa concepção seria "falha", ainda, por sua subjetividade, por ser dependente da compreensão do analista acerca da constitucionalidade do dispositivo para, apenas, se desconfirmada, poder-se falar de um ativismo[467].

A necessidade de estabelecer um critério material – a constitucionalidade ou inconstitucionalidade evidente – do dispositivo interpretado mostra que, por vezes, o debate

---

[465] "*When we speak of "judicial activism", we must be careful not to confuse it with the power of judicial review itself. The fact that the judiciary interprets the constitution and other laws in one way or another is not in itself indicative of judicial activism at all*". POWERS, Stephen P.; ROTHMAN, Stanley. **The least dangerous branch?** Consequences of judicial activism. Westport, Connecticut: Praeger Publishers, 2002, p. 1. Neste sentido, advoga o direcionamento da doutrina jurídica para além da pesquisa empírica sobre o ativismo, pois a análise dos métodos de interpretação traria uma adequada noção do funcionamento adequado do judiciário naquele sistema, e, portanto, pela redefinição do próprio embate entre ativismo e autocontenção judicial. ROBERTS, Caprice L.. In search of judicial activism: dangers in quantifying the qualitative. **Tennessee Law Review**, v. 74, p. 1-45, 2007, p. 5.

[466] GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, mai. 2009, p. 1219.

[467] KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004, p. 1464-1466.

sobre o ativismo refere-se à fundamentação das decisões, questão certamente impossível de ser analisada à luz de "fórmulas quantitativas"[468].

O aspecto institucional externo contempla, ao lado da anulação dos atos dos demais poderes – dimensão a que me refiro como "negativa" –, as situações em que as cortes "invadem" a esfera de competência destes, substituindo sua atuação quanto a determinados temas, ou suprindo suas omissões no cumprimento dos deveres constitucionais. Assim, seriam estabelecidas, pela jurisdição, condutas não previstas na legislação. Essa perspectiva implica na expansão da autoridade judicial para tratar de determinados casos e controvérsias, e também se relaciona com o debate contramajoritário, pois interfere nas políticas dos demais poderes[469], organizados funcionalmente para atuar em determinadas áreas.

Essas manifestações são conhecidas, em alguns estudos, como ativismo "remedial" e jurisdicional. O primeiro se refere ao uso da função judicial para impor obrigações afirmativas aos outros ramos de governo ou manter instituições governamentais sob supervisão judicial como parte da imposição de uma garantia. A crítica, neste caso, estaria concentrada no resultado obtido – interferência indevida no espectro de competências, e não propriamente nas técnicas processuais empregadas para tomar tal decisão[470].

O ativismo jurisdicional, por sua vez, consiste na recusa em aderir aos *limites* da função judicial, numa espécie de superdimensionamento das suas competências, em prejuízo dos demais poderes[471] e das atribuições cometidas às outras instâncias do próprio judiciário.

Essa versão pode ser verificada em condutas as mais diversas, como a relativização das chamadas "doutrinas de justiciabilidade" do sistema judicial norte-americano, no desconhecimento das "virtudes passivas", nos moldes propostos por Alexander Bickel[472], pelo desconhecimento dos precedentes já firmados pela própria corte ou até por questões

---

[468] ROBERTS, Caprice L.. In search of judicial activism: dangers in quantifying the qualitative. **Tennessee Law Review**, v. 74, p. 1-45, 2007, p. 5.

[469] CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **Measuring judicial activism**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 37. Essa expansão pode ser ocorrer por questões procedimentais, como atenta a doutrina brasileira, mas também por uma sindicabilidade em temas tradicionalmente afastados do judiciário, como apregoa a doutrina das *political questions*, por exemplo.

[470] MARSHALL, William P.. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, set. 2002, p. 129.

[471] Essa dimensão seria visualizada, nos EUA, precipuamente no âmbito do Judiciário Federal, de feição liberal. Os conservadores, em contraponto, "converteram a critica em ação" e, ao conseguir nomear juízes adequados a este perfil ideológico, estes encamparam uma visão restritiva das questões processuais (cabimento de *habeas corpus*, pertinência do ajuizamento dos remédios constitucionais contra os estados e outros), de modo a reduzir a possibilidade de que tais demandas versem sobre temas constitucionais. Encamparam, também, uma interpretação estrita da legitimação processual, para evitar o ajuizamento de ações. Curiosamente, a auto-restrição do exercício das competências é também tida como "ativismo", pois configura um afastamento dos contornos típicos da função jurisdicional. MARSHALL, William P.. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, set. 2002, p. 120-ss.

interpretativas, como a discussão de aspectos constitucionais não abrangidos pela demanda submetida à apreciação[473].

Assim, haveria ativismo quando o tribunal utiliza prerrogativas típicas dos ramos legislativo e executivo, como a tomada de decisões políticas e determinação de garantias para sua efetivação, no processo de interpretação da lei à luz da constituição.

Ter-se-ia, aqui, duas manifestações de ativismo, combinadas. Na primeira versão, o judiciário, nas liberdades civis (processo penal e prisão, reforma da saúde mental e outros) propõe um remédio que é "ativamente" administrado pelos tribunais. Na segunda, os magistrados se aproximam da função legislativa, ao reinterpretarem a norma para promover uma alteração substancial da intenção do Congresso, como teria ocorrido nos casos de ação afirmativa e direitos de voto[474].

Em quaisquer das versões do ativismo – negativa ou positiva - há uma questão recorrente: a conclusão de que os juízes estão impondo suas preferências aos representantes eleitos e demais instâncias de poder, em detrimento da distribuição normativa de competências. A avaliação das normas atribuidoras de competências se distingue a partir do sistema jurídico avaliado – nos EUA, parece haver uma indefinição, enquanto que em outros ordenamentos, como o brasileiro, estas são exaustivamente previstas. De toda forma, a doutrina jurídica e as práticas assentadas em cada sistema são fundamentais para a compreensão deste universo e, conseqüentemente, da imputação ou não de ativismo judicial, em suas repercussões institucionais[475].

Assim, a classificação entre dimensões na tentativa de aproximação aos diversos temas e questões abarcados pela contraposição entre ativismo e autocontenção procedida mostra que esses aspectos – e os problemas teóricos que representam – estão entrelaçados. A possibilidade de intervenção judicial é influenciada pela discussão doutrinária, de importante papel na configuração dos "limites" para a atividade– sejam eles procedimentais (modo de exercício) ou materiais (temas em que a intervenção das cortes é recomendável). A

---

[472] CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **Measuring judicial activism**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 38.

[473] MARSHALL, William P.. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, set. 2002, p. 123-4.

[474] Referida "categorização" excluiria outras manifestações atípicas da Suprema Corte, como Bush v Gore, que não se enquadraria nesta definição. Certamente que tal classificação é instrumental, aos fins propostos. POWERS, Stephen P.; ROTHMAN, Stanley. **The least dangerous branch?** Consequences of judicial activism. Westport: Praeger Publishers, 2002, p. 1-2; p. 10.

[475] Por isso, alguns estudos empíricos são direcionados a um espectro de temas em que a intervenção judicial poderia ser perfeitamente aceita e, por isso, não geraria controvérsia. CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **Measuring judicial activism**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 39-41.

perspectiva político-ideológica – importante na análise empírica[476] - também deve ser contextualizada na metodologia jurídica – que fundamentou importantes escolas, como a defesa de um "formalismo"[477]. E todos esses pontos refletem na compreensão do espaço da fiscalização de constitucionalidade, em suas relações com os demais órgãos jurisdicionais e, principalmente, com os demais ramos de governo. O círculo completa-se, em virtude das repercussões deste tema no arranjo democrático[478].

[476] Lee Epstein e Andrew D. Martin, numa análise que abrangeu o período de 1969–2009, mostram que mais que uma opção por autocontenção ou deferência – numa relutância de declarar a inconstitucionalidade dos atos dos demais poderes, são as preferências políticas dos magistrados frente aos temas analisados que justificam a posição pela anulação ou manutenção da norma. EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. Is the Roberts Court especially activist? a study of invalidating (and upholding) federal, state, and local laws. **Emory Law Journal**, v. 61, p. 737-758, 2012.

[477] Mostrar os diversos aspectos compreendidos pela expressão ativismo não implica na afirmação de que estas características estão apartadas ou individualizadas. Como bem lembra Roberts, a escolha sobre uma metodologia não deixa de ser uma opção valorativa, a espelhar uma determinada concepção de constituição. Está, portanto, no universo das escolhas do PJ. ROBERTSON, David. **The judge as a political theorist**: contemporary judicial review. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 19.

[478] Dentre os "modelos democráticos", discute-se a configuração de uma controversa democracia judicial ou "juristocracia", dependente da intervenção das cortes constitucionais, que seriam protagônicas em dados sistemas. HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy.** The origins and consequences of the constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

CAPÍTULO VI

DA DELIMITAÇÃO DO ATIVISMO E DA AUTOCONTENÇÃO ENQUANTO PRESCRIÇÕES E DESCRIÇÕES DA TEORIA CONSTITUCIONAL

Sumário: 6.1 Ideologia política e crítica acadêmica: um obstáculo à cientificidade do debate acadêmico sobre ativismo judicial? 6.2 "Ciclos" da Teoria Constitucional: entre objetividade acadêmica e contingência histórica na definição dos critérios para a atuação judicial. 6.3 Por uma dimensão "neutra" da discussão do ativismo e da autocontenção: um retorno à pesquisa quantitativa? 6.4 Da multiplicidade à operatividade: uma proposta de delimitação do ativismo e autocontenção enquanto prescrições e descrições da Teoria Constitucional.

Ativismo e autocontenção são expressões que correspondem a um debate multidimensional, submetido a um obstáculo: a indefinição dos critérios sob os quais, no universo de cada um dessas dimensões, é possível falar de um ativismo ou de rejeitá-lo. Reflete a dificuldade da Teoria Constitucional, em seus aspectos prescritivos, em descrever os caracteres "aceitáveis" para o exercício do controle de constitucionalidade. Em virtude desta imprecisão, a atuação da corte pode sujeitá-la às críticas; contudo, a opção por uma autocontenção também não a libera de censura, relacionada, por exemplo, à deferência aos poderes e eventual negligência na defesa de importantes valores constitucionais.

Pela conjugação de aspectos variados de análise, pela ambiguidade na abordagem de seu objeto de estudo e principalmente, pelo comprometimento da "imparcialidade acadêmica", defende-se a não utilização do termo ativismo e do seu correlato, sua substituição e, especialmente, a eleição de parâmetros mais específicos para avaliação das decisões judiciais.

Neste capítulo, meu intento é analisar estas objeções quanto à cientificidade e operatividade da contraposição entre ativismo e autocontenção para, em seguida, cogitar seu potencial explicativo da atividade de revisão judicial desempenhada pelos tribunais. Assim, encerro a Parte II da Tese com a delimitação dos aspectos mais relevantes abrangidos pela discussão, projetando as contribuições que as prescrições e descrições representadas por estes termos podem fornecer para a Teoria Constitucional.

6.1 Ideologia política e crítica acadêmica: um obstáculo à cientificidade do debate acadêmico sobre ativismo judicial?

Diante da complexidade e imprecisão dos debates abrangidos pela expressão, como expus no último capítulo, fala-se num senso intuitivo[479] de ativismo, desconectado de uma avaliação mais criteriosa, que impediria ou dificultaria uma discussão acadêmica útil. Por isso, a noção seria hoje um desgastado "lugar comum", um conceito impreciso, cuja ampla divulgação teria se dado em prejuízo da objetividade acadêmica[480].

A popularização da expressão nos meios de comunicação e no ambiente político dos mais diversos sistemas, dentre outros fatores, colabora para a substituição ou prevalência de critérios alheios ao direito sobre as questões técnicas na avaliação nos pronunciamentos judiciais e, por conseguinte, na imputação de um "ativismo".

Mesmo entre os juristas, ao lado de critérios como "não deferência ao legislativo" e "inovação na ordem jurídica", há uma impressão de que ativismo é sinônimo de uma atitude "indesejada"[481], ainda quando não se tenha precisa idéia dos parâmetros sob os quais um pronunciamento judicial é "inadequado". O rótulo ativismo, portanto, pecaria pelo mesmo defeito que pretende criticar em sua dimensão política ou ideológica: seria uma definição voltada aos resultados almejados pelo crítico[482], e não instrumento de objetiva avaliação.

Em verdade, a relação entre ideologia política e crítica judicial apresenta-se com um dos grandes obstáculos à cientificidade do debate sobre ativismo e remete a um problema importante na Teoria do Direito: a influência das preferências individuais nas concepções jurídicas.

A pretensão de resgate do debate desenvolvido na Teoria Constitucional sob os rótulos de ativismo e autocontenção judicial deve enfrentar uma questão importante: sua "ideologização" – na opinião pública, mas principalmente, na academia jurídica.

Nos EUA, composições conservadoras e liberais da Suprema Corte já padeceram sob a "acusação" de ativismo judicial por parte de seus detratores.

---

[479] YOUNG, Ernest A.. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002, p. 1141.

[480] KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004, p. 1443.

[481] Rebecca L. Activism is not a four-letter word. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 1257-1247, 2002, p.1257; SMITH, Stephen F. Taking lessons from the left? Judicial activism on the right. **Georgetown Journal of Law & Public Policy**, inaugural, p. 57-80, 2002-2003, p. 58-59.

[482] ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism**: making sense of Supreme Court decisions. New Haven: Yale University Press, 2006, p. 3, p. 39. Roosevelt III lembra que o emprego político das críticas ao

De início, a crítica à atuação do tribunal era uma preocupação liberal, em virtude dos julgados da Era Lochner[483]. Em resposta às decisões nas primeiras décadas do século XX, fortaleceram-se as concepções em torno de uma restrição judicial. Com a Corte Warren, a imputação de uma postura ativista deslocou-se para o lado conservador (ou republicano), que manifestava discordância quanto à afirmação de direitos e liberdades civis por esta composição.

A Suprema Corte era censurada por analistas de todos os espectros políticos na fase de transição representada pela Corte Burger (1969-1986), que alternava entre a afirmação de direitos civis e o desconhecimento de alguns dos precedentes firmados pela formação anterior.

Diante da "mobilização conservadora", potencializada pela decisão de *Roe v Wade* (1973), a oportunidade histórica de indicações no período entre 1969 e 1991 pelos presidentes republicanos redundou na Corte Rehnquist (1986-2005), chefiada por aquele que é considerado o *Chief Justice* mais conservador da história, símbolo de composição de perfil similar. Em que pese a expectativa por uma fase de autocontenção, teve-se duas surpresas: a afirmação de um ativismo judicial "conservador", que gerou muita controvérsia, em especial entre os doutrinadores progressistas[484], acompanhado, entretanto, da manutenção e reafirmação de certos direitos[485], sob novos critérios.

Atualmente, a Corte Roberts (2005-) parece alternar entre as perspectivas, ao entender pela afirmação do direito individual de ter armas (*District of Columbia v. Heller*), uma bandeira conservadora tradicional, mas titubear na garantia de direitos para os

---

ativismo da corte, por lideranças, teria como objetivo afetar a independência judicial. Por isso, a academia jurídica teria o dever de colaborar e fornecer algum conteúdo significativo para o debate político (p. 236).

[483] O erro de Lochner não seria seu ativismo ou sua noção de direitos. Na verdade, seu equívoco teria sido uma visão inflexível do bem comum, à época que os EUA passavam por mudanças econômicas e sociais radicais. BROWN, Rebecca L. Activism is not a four-letter word. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 1247-1274, 2002, p. 1268.

[484] A atuação restritiva da corte na apreciação das medidas governamentais de limitação a direitos políticos, justificadas pelos atentados de 11 de setembro de 2001, gera a discordância dos democratas. BROWN, Rebecca L. Activism is not a four-letter word. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 1257-1247, 2002, p. 1268. Ao revés, Dickson nota que os esquerdistas no Reino Unido e Canadá, que historicamente criticavam os juízes de direito por supostamente privilegiarem os favorecidos, hoje vêem no judiciário um aliado para o fortalecimento dos direitos das minorias (homossexuais, povos indígenas e outros). DICKSON, Brice. Comparing supreme courts. In: DICKSON, Brice (org.). **Judicial activism in common law supreme courts**. London: Oxford University Press, 2007, p. 1-18, p. 13.

[485] Interessante que a conciliação de uma agenda política liberal com uma autocontenção metodológica conduziu os membros da Corte Rehnquist ao chamado ativismo conservador, passando à anulação dos atos que constituíam prerrogativa dos demais poderes, como o estabelecimento de critérios para ações afirmativas, assentado nos pilares da crítica ao ativismo e do questionamento aos aportes liberais – a era do *New Rights*. KECK, Thomas M.. **The most activist Supreme Court in History**: the road to modern judicial conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 146, p. 155.

"acusados" de terrorismo presos em Guantánamo (como em *Hamdan v. Rumsfeld*, 2006 e *Boumediene v. Bush*, 2008)[486], numa espécie de autocontenção ou minimalismo "seletivo".

Alega-se que a herança conservadora mantém-se não somente quanto à auto-restrição do Tribunal em questões determinadas, mas na compreensão de limitação do próprio governo – o que justificaria decisões sobre temas econômicos, em que a Suprema Corte teria interferido para expor suas preferências[487].

A variedade de composições, de diversas inclinações ideológicas, as decisões por elas tomadas e a imputação de um ativismo ou não, sob os mais diversos critérios jurídicos - posição quanto aos precedentes, reconhecimento da presunção de constitucionalidade, minimalismo decisório e outros, aqui descritos sob a dimensão metodológica - comprometeria a abordagem objetiva da questão.

O senso crítico do ativismo, portanto, está relacionado com o debate jurídico. Como salienta Cass Sunstein, ativismo judicial, dentre suas acepções, relaciona-se à censura doutrinária da Corte, à constatação de que esta, numa dada decisão, teria se afastado da correta interpretação da Constituição ("*the court is not following the right understanding of the Constitution*"). E, neste sentido, corresponde a um "insulto"[488]. Na famosa expressão do *Justice* Antonin Scalia, a descrição de uma decisão como manifestação ativista é "sinônimo" de um pronunciamento "com o qual não se concorda"[489].

A academia teria permitido que o debate entre ativismo e autocontenção - ou legitimidade e ilegitimidade da revisão judicial - suplantasse o *mérito* das decisões[490]. Não se teria uma análise "genuína" do exercício do controle de constitucionalidade, mas uma "arma poderosa" de embates, que distorceria e desviaria a contenda, ao destacar questões de menor importância. Para Brown, mesmo os critérios "técnicos" (respeito aos precedentes, deferência às decisões majoritárias, etc.), não deveriam ser o foco da doutrina jurídica, a quem compete

---

[486] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 24. Alguns cogitam o abandono da autocontenção e sua substituição pelos "princípios fundamentais de limitação do poder". KECK, Thomas M.. **The most activist Supreme Court in history**: the road to modern judicial conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 148.

[487] KECK, Thomas M.. **The most activist Supreme Court in history**: the road to modern judicial conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 5.

[488] Num segundo sentido, o ativismo seria sinônimo de um debate "puramente descritivo" — referente a rejeição ou derrubada de um precedente ou que anula os atos dos demais poderes, por exemplo, e não indica – propriamente - um erro. SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes**: why extreme right-wing courts are wrong for america. New York: Basic Books, 2005, p. 42.

[489] A permanência de alguns membros na transição entre Rehnquist e Roberts garantiria a oportunidade de verificar a evolução da discussão do papel da corte, numa composição estável, por muitos anos, e as alterações de rumo da sua jurisprudência. YOUNG, Ernest A.. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002, p. 1140.

[490] BROWN, Rebecca L. Activism is not a four-letter word. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 1257-1274, 2002, p. 1270-3.

avaliar a habilidade da instituição para a boa governança e para a defesa de seu papel na Constituição. E essas questões justificariam ou não o exercício de um ativismo, sob os mais diversos critérios[491].

Para Kermit Roosevelt III, o ativismo judicial é um "mito" e a autocontenção, em contrapartida, também é alvo de objeções[492]. Assim, ativismo corresponderia a uma expressão "retórica", que apenas exprime a divergência do analista com o "mérito" da decisão ou a "acusação" de substituição do significado da constituição pelas preferências pessoais do magistrado, que representa uma censura política do tribunal que somente faria sentido se o Direito Constitucional estivesse restrito à política. Por isso, propõe que a avaliação da Suprema Corte seja feita precipuamente em vista de *critérios jurídicos*, com a substituição do conceito por noções como a de "legitimidade", que entende ser a avaliação da razoabilidade da decisão, a análise se esta foi tomada a partir de parâmetros "aceitáveis" de comportamento judicial, mesmo que seu resultado não seja aprovado por indivíduos com ponto de vista distintos[493].

Deste modo, o exercício apropriado da autoridade judicial, se não suficiente para angariar a concordância dos cidadãos ou agentes governamentais, pelo menos não forneceria argumentos para a acusação de que a Corte excedeu suas funções. Ter-se-ia, assim, uma identificação entre legitimidade e ausência – ou redução - da controvérsia. A hipótese do autor é que, em detrimento dos questionamentos sobre a atividade do tribunal, o exame das suas decisões com base em outros critérios seria apto a mostrar os erros cometidos, mas que estes são menos comuns do que o rótulo ativista dá a entender[494].

Em verdade, os critérios sugeridos pelos autores para a avaliação – a meu ver – estão contemplados pelo debate entre ativismo e autocontenção, cuja análise – dentre os juristas – depende de concepções sobre o papel da revisão judicial num dado sistema e como a corte pode atuar para bem desempenhar essas finalidades no concerto político em que se insere.

Não por acaso, autores como Stephen Smith sugerem um estudo a partir dos contornos da revisão judicial, com a proposta do estabelecimento de critérios, dos quais

---

[491] BROWN, Rebecca L. Activism is not a four-letter word. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 1257-1247, 2002, p. 1257-1259.

[492] ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism**: making sense of Supreme Court decisions. New Haven: Yale University Press, 2006, p. 232.

[493] ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism**: making sense of Supreme Court decisions. New Haven: Yale University Press, 2006, p. 3-4.

[494] Sua proposta, portanto, é que o debate sobre a atuação judicial seja independente da confirmação ou não da decisão tomada pelos outros ramos de governo. De todo modo, um elevado ou persistente número de decisões ilegítimas justificaria, em longo prazo, a tomada de medidas aptas a limitar o papel da corte. ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism**: making sense of Supreme Court decisions. New Haven: Yale University Press, 2006, p. 37-8.

distingue os formais (referentes aos limites para exercício da competência jurisdicional da corte) e substanciais (relacionados à construção da decisão, com especial atenção ao processo de interpretação e fundamentação nas fontes de direito - normas e precedentes)[495].

A possibilidade de se eleger ou refinar metodologicamente os critérios de análise da atuação judicial traria a vantagem de albergar outros aspectos acerca do processo decisório e suas conseqüências[496].

Referida discussão, contudo, conduz a um dos pontos controversos inicialmente assentados, na definição de que o ativismo corresponderia a um abuso do poder, exercido "fora dos limites de atuação judicial", em especial aqueles aos quais a corte está submetida. Ou, como compreende Craig Green, o ativismo representa uma discussão "cultural" sobre o "papel do judiciário", questão em que os juristas tem um papel fundamental, ao desenvolver "normas internas" – ou uma compreensão sobre os critérios válidos – para o "comportamento judicial"[497].

Assim, a interação entre corte e doutrina jurídica e, por conseguinte, a aprovação ou reprovação das decisões judiciais representada nestes termos descritivos conduz à análise das prescrições que lhe dão significado.

6.2 "Ciclos" da Teoria Constitucional: entre objetividade acadêmica e contingência histórica na definição dos critérios para a atuação judicial

A dependência, na caracterização do ativismo ou da autocontenção, das construções doutrinárias em torno da revisão judicial também põe à prova a validade da discussão, diante da próxima relação entre a Teoria Constitucional e um de seus objetos de estudo - os julgados da Corte Constitucional –, como ressaltado na Parte I da Tese.

A questão é que a impressão acadêmica quanto à atuação de um tribunal varia ao longo dos anos e, como resultado, os critérios de análise alteram-se. A discussão em torno da fiscalização de constitucionalidade e as construções da doutrina jurídica também espelham as inclinações pessoais dos autores, o que reverbera na imputação ou não de ativismo judicial.

---

[495] SMITH, Stephen F. Taking lessons from the left? Judicial activism on the right. **Georgetown Journal of Law & Public Policy**, inaugural, p. 57-80, 2002-2003, p. 70-ss.

[496] KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004, p. 1444. O amplo debate já desenvolvido sobre o ativismo pode ser convertido num fator positivo, como um instrumento de discussão construtiva na academia e na sociedade.

[497] GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, mai. 2009, p. 1222-3.

Essa intrínseca relação entre concepções doutrinárias e julgados da Suprema Corte norte-americana é caracterizada, por Barry Friedman, através da noção de "ciclos da teoria constitucional", uma importante descrição das influências das circunstâncias políticas e preferências pessoais nas teorizações sobre a fiscalização de constitucionalidade.

A definição destes "ciclos" permite visualizar como os fundamentos em torno da jurisdição constitucional são apropriados pelos acadêmicos do diversos segmentos ideológicos, a depender da composição do tribunal e a receptividade ou não a certas demandas. Neste sentido, progressistas poderiam utilizar argumentos anteriormente usados por conservadores e a recíproca parece verdadeira[498].

O início remonta às primeiras décadas do século passado, em que uma composição conservadora da Suprema Corte provocava reações negativas quanto ao papel da revisão judicial – que deram margem às prescrições em torno da auto-restrição, como visto. Posteriormente, as inovações da Corte Warren teriam deslocado o foco para construções em torno das potencialidades do instituto, desde que a atuação do tribunal estivesse em conformidade com os temas e técnicas vislumbrados.

Segundo Larry Kramer, desde as inovações que caracterizaram a "revolução de direitos", juristas liberais e conservadores estabeleceram um consenso sobre o controle de constitucionalidade, avançando na noção de supremacia judicial. No caso dos primeiros, pela concordância com as decisões do Tribunal. Para os segundos, a crítica ao mérito dos julgados não repercutia na rejeição ao instituto, com o qual já estariam "familiarizados". Assentadas essas premissas, a embate direcionou-se ao *modo* de interpretar, a partir de perspectivas como a metodologia de interpretação ou "teorias da construção constitucional"[499].

Na ausência de dúvidas quanto à supremacia judicial, a noção jurídica de deferência teria perdido o sentido, mas constitui uma espécie de "estratégia" – expressão não utilizada pelo autor – na decisão sobre o quanto se pode ou não sacrificar o "capital político" da Corte. Reconhece-se, assim, que a revisão judicial tem resultados políticos. E esses fatores, em conjunto, ocasionaram a "perda de relevância" das teorias de auto-restrição[500].

Para Richard Posner, a ascensão da Teoria Constitucional nestes novos termos teria causado a "decadência" dos parâmetros "thayerianos" de contenção, pois estes são dependentes da ausência de uma concepção clara de interpretação constitucional. Isto porque

---

[498] FRIEDMAN, Barry. The cycles of constitutional theory. **Law and Contemporary Problems**, v. 67, p. 149-174, 2004.
[499] KRAMER, Larry D. Judicial supremacy and the end of judicial restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 621-634, jun. 2012, p. 632.

as novas construções, mais do que recomendar "sensibilidade" ou "prudência", prescrevem - especialmente aos juízes da Suprema Corte – *como* devem ser decididos os casos[501].

Se a auto-restrição parece estar em descrédito, as teorizações em torno da limitação do exercício da revisão judicial permanecem. Não no sentido inicial, de manutenção das decisões dos demais poderes como produto da mera aquiescência[502]. As novas construções vislumbram um papel para a jurisdição constitucional, mas trazem fórmulas para sua moderação, sob novos pressupostos. Se antes as noções de deferência, departamentalismo e formalismo prevaleciam, as teorias da autocontenção – como prefiro denominá-las - são reforçadas por concepções mais complexas de democracia, pela preocupação com as relações travadas pelo Judiciário com os agentes políticos estatais e grupos sociais e o "arbitramento" dos conflitos entre estes. Destaco, ainda, o relevante problema hermenêutico - como se observa da discussão representada pelo minimalismo e as perspectivas de interpretação que lhe são opostas - denominadas de perfeccionistas, na classificação de Cass Sunstein.

A guinada conservadora das últimas décadas seria o fator preponderante para a defesa, pelos acadêmicos liberais, de conformação da Suprema Corte. O "descontentamento" com a atividade de revisão judicial ali exercida teria influenciado intelectuais como John Hart Ely e Cass Sunstein, numa tendência a limitar e, no caso de Mark Tushnet, numa interessante manifestação contra a fiscalização de constitucionalidade[503].

---

[500] KRAMER, Larry D. Judicial supremacy and the end of judicial restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 621-634, jun. 2012, p. 633-634.

[501] "*This is not to say that Supreme Court Justices are unconstrained by precedent and clear statutory text and the other orthodox materials of judicial decision making; lower-court judges pay even greater heed to these things. But there is nothing Thayerian about deference; it's thumb-on-the-scale deference to legislative judgments that is the hallmark of Thayerism."* POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 537-538. O originalismo, a liberdade ativa (de Stephen Breyer) e mesmo o minimalismo de Cass Sunstein são tidos como exemplos das teorizações vigentes. Mas a que melhor representa esse novo momento, segundo Posner, é a construção de Ronald Dworkin. Quanto ao minimalismo, especificamente, devo discordar do autor, vez a definição das situações que permitem ou ensejam o emprego de técnicas minimalistas demanda o exercício de prudência, em sua dimensão "estratégica", por exemplo.

[502] Como questiona Richard Posner, há dúvidas se a auto-restrição, nos termos preconizados por Thayer, já foi empregada, ou seria uma mera retórica para mascarar a ideologia política dos magistrados, através de "métodos ortodoxos" de decisão judicial. Para o autor, restritivistas como os juízes Oliver Holmes Jr. e Felix Frankfurter e autores como Bickel "*adjust law to their extralegal beliefs and their emotions (such as's super-patriotism) with scant reference to the constitutional text*." (p. 546) POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 533.

[503] Além dos autores citados, Friedman menciona Bruce Ackerman e a perspectiva de um "constitucionalismo popular", defendida por Larry Kramer, como reações às decisões conservadoras do tribunal. FRIEDMAN, Barry. The cycles of constitutional theory. **Law and Contemporary Problems**, v. 67, p. 149-174, 2004, p.155-7, p. 162.

Deste modo, enquanto os progressistas se apoderam da tradição de profunda crítica, que resulta num libelo contra a supremacia judicial – num enfraquecimento do controle de constitucionalidade[504], os conservadores silenciam.

Sob parâmetros teóricos mais sofisticados[505], haveria um retorno aos questionamentos do início do século XX, com o resgate de argumentos que interpelam a legitimidade democrática da revisão judicial, ao invés de justificá-la. E é na defesa da Suprema Corte por parte dos conservadores, num momento parecido àquele vivenciado na Era Lochner, que o "ciclo" da Teoria Constitucional se completa[506].

Mais que o resgate da relação entre doutrina e Corte nos Estados Unidos, a descrição destes ciclos traduz a profunda relação que o debate acadêmico sobre o papel da revisão judicial guarda com as composições do Tribunal e suas decisões[507] e um receio que pode ser trazido para a análise de outros sistemas jurídicos: a conversão da Teoria Constitucional em um apanhado de considerações – e críticas - sobre os julgados das cortes.

Vive-se um momento em que os problemas teóricos correspondem às dúvidas que cercam a atividade da instituição: como interpretar o direito, qual a legitimidade para o exercício dessas funções e, por fim, qual o papel que desempenha para a construção

---

[504] Segundo Keith Whittington, a supremacia judicial refere-se à "autoridade interpretativa" dos tribunais sobre o significado da constituição, porque outra instância não pode sobrepor-se às suas determinações neste tema. Os demais poderes, nesta impressão, têm de obrigação de obedecer às decisões, mas também de observar os parâmetros ali fixados em deliberações futuras (deferência). Assim, a supremacia judicial estaria resumida na famosa frase atribuída ao juiz Robert Jackson: "nós não somos finais porque somos infalíveis,mas somos infalíveis, porque somos finais". Neste sentido, a supremacia judicial depende revisão judicial, mas o inverso não é verdade. As eventuais dúvidas sobre a supremacia, contudo, repercutem na avaliação da revisão judicial. WHITTINGTON, Keith E. **The political foundations of judicial supremacy**: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 5-8.

[505] Richard Posner mostra que, em detrimento do "ativismo conservador" da atual Suprema Corte, este não teria sido acompanhado por uma defesa, entre os acadêmicos liberais, da auto-restrição. Tal momento pode ser creditado ao fato de que os próprios liberais possuem uma teorização sobre o papel da corte, de modo que rejeitariam a mera contenção. Para o autor, a qualidade da deliberação mudou e a corte interage melhor com a doutrina, com suas contribuições. Coincidentemente, isso ocorreu com uma corte conservadora e ativista. POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 548.

[506] "*And from conservatives, a strange silence. Again, it could be they were too busy launching and participating in the conservative revolution to write about it. But it does not take a lot of effort to observe that some of what they wrote at the time of the conservative entrenchment was not as clear as it is now, and will not prove as helpful to them at the moment. Perhaps the best example is that the idea of the "Constitution outside the courts" now so prominent on liberal lips was originally a conservative idea.*" FRIEDMAN, Barry. The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five. **Yale Law Journal**, v. 112, p. 153-259, 2002, p. 164.

[507] A relação da Teoria Constitucional norte-americana com os julgados da Suprema Corte, os contornos ideológicos da expressão ativismo judicial e a recente "apropriação liberal" desta noção são objeto do trabalho de Stephen Smith. SMITH, Stephen F. Taking lessons from the left? Judicial activism on the right. **Georgetown Journal of Law & Public Policy**. Inaugural, p. 57-80, 2002-2003, p. 58-ss.

democrática. E essa reciprocidade entre tribunal e doutrina dá-se em prejuízo de outros importantes temas do Direito Constitucional[508].

A interação também provoca dúvidas sobre a coerência destas construções, especialmente daqueles que moldam suas teorizações para servir a determinados fins políticos, morais e ideológicos. Referido problema seria agravado quando estes se deparam com mudanças entre os titulares de poder – aí incluídos os membros do tribunal - ou vivenciam períodos de transição[509]. Para Frederick Schauer, por exemplo, haveria um "oportunismo e hipocrisia" dos constitucionalistas progressistas que, empolgados com a Corte Warren, celebravam as virtudes de revisão judicial e, agora, tornaram-se ferrenhos críticos do ativismo judicial, o que denota o risco de fundamentos teóricos voltados a fins determinados[510].

A diversidade de concepções, amparada nas influências recíprocas entre doutrina e tribunal, que responde aos seus julgados e tenta influenciar os próximos, traz aos juristas uma difícil escolha. A perspectiva de construção de uma metodologia perene – desconectada das condições na qual foi construída – seria oposta à possibilidade de mudança de opinião, diante de novas condições, ainda que em prejuízo da objetividade acadêmica.

Barry Friedman, que expõe o dilema, lembra que numa visão retrospectiva, o desconhecimento das mudanças políticas pode "sair caro", de modo que as respostas teóricas à corte "tem mais probabilidade de sobreviver ao teste da história se enfrentarem os méritos

---

[508] Após verificar a identificação entre a Corte Warren e a Teoria Constitucional, Whittington critica essa sintonia. Por isso, elogia trabalhos que se voltam a outras questões e não se esgotam na revisão judicial, como as obras de Bruce Ackerman e Mark Tushnet. WHITTINGTON, Keith E. Herbert Wechsler's complaint and the revival of grand constitutional theory. **University of Richmond Law Review**, n. 34, p. 509-543, may. 2000, p. 509-511. Em verdade, Mark Tushnet desvia a atenção sobre o modo de interpretar e volta-se à pergunta sobre a instância de poder responsável pela interpretação das normas constitucionais. Ocupa-se, assim, de distinguir a supremacia judicial da revisão judicial, mas ao final de seu livro, concentra suas críticas na rejeição da revisão judicial. TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999. O livro de Tushnet, contudo, é lido por Whittington como uma "forma diferenciada de Teoria Constitucional", não propriamente uma negativa da revisão judicial. WHITTINGTON, Keith E. Herbert Wechsler's complaint and the revival of grand constitutional theory. **University of Richmond Law Review**, n. 34, p. 509-543, may. 2000, p. 531.

[509] Segundo Posner, tem-se dúvidas se doutrinadores comprometidos com um determinado segmento ideológico manteriam sua posição se a corte apresentasse uma composição afinada com suas perspectivas. POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012, p. 546. Para Friedman, essas "mudanças" sempre ocorreram, mas a observação torna-se mais interessante nos períodos de transição: "*Even when change happens slowly, however, there is that point when a shift occurs, and constitutional thinkers get caught. One of those times was the late 1950s and early 1960s, when, as one commentator pointed out, "one is struck by the irony that liberals and conservatives have today adopted views completely the reverse of those each held in the constitutional crisis of the 1930s*." FRIEDMAN, Barry. The cycles of constitutional theory. **Law and Contemporary Problems**, v. 67, p. 149-174, 2004, p. 160.

[510] "*American constitutional liberals may have waited two decades to become aware of the fact that Earl Warren was dead, but when they finally woke up to the reality, so the charge goes, they quickly changed course about the glories of judicial review and the virtues of judicial activism.*" SCHAUER, Frederick. Neutrality and judicial

do que o tribunal está fazendo, em vez de saltar para sugestões de mudança estrutural"[511]. Neste sentido, sua sugestão é o exercício de "humildade histórica", que demanda aos juristas o questionamento sobre a persistência de suas teorizações diante de configurações políticas distintas[512].

A discussão sobre coerência e consistência acadêmicas, mais que em ataques aos autores, provoca dúvidas quanto à cientificidade das construções amparadas em decisões judiciais. Em contrapartida, os argumentos de diversidade e contingência histórica são postos como uma vantagem por Richard Fallon, que entende pela necessidade de que as teorias constitucionais – voltadas à descrição da Constituição e à prescrição de como os juízes devem "interpretá-la" e "aplicá-la" – atendam a três finalidades principais: (a) manutenção da *rule of law*; (b) preservação da igualdade de oportunidades na democracia política; (c) proteção de um catálogo moral e politicamente aceitável de direitos substantivos.

A avaliação dessas teorias – e, por conseguinte, a opção por uma delas - deve obedecer a um critério: sua capacidade de promover essas finalidades.

Essa seleção envolveria um cálculo "parcialmente instrumental", dependente de diversos fatores cambiantes, como a natureza do Poder Judiciário, o ambiente político e a orientação dos movimentos políticos dominantes no que se refere à Constituição e a determinados temas (como "justiça substantiva", por exemplo). Assim como informações sobre os juízes, estes dados seriam importantes, para avaliar quais teorizações possuiriam as melhores condições para assegurar esses objetivos "comuns" ao debate constitucional[513].

---

review. **KSG Working Paper**, n. RWP03-008, p. 1-33, 2003. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=380920. Acesso em 15 mai 2011, p. 31-32.

[511] Os termos do dilema posto por Friedman em termos que merecem transcrição: *"Rather, the claim here is that constitutional theorists are caught in a dilemma. On the one hand, they can adhere to their views, ignore shifting institutional politics, and write theory that at best will have the smell of the lamp about it, at worst might betray their own ideological values. On the other hand, they can allow their views to shift with politics, risking that they will appear as something less than aloof theoreticians. The backward-looking eye of history suggests that the first horn of the dilemma— obliviousness to political change—can come at a serious price*". FRIEDMAN, Barry. The cycles of constitutional theory. **Law and Contemporary Problems**, v. 67, p. 149-174, 2004, p. 166-167, p. 172.

[512] FRIEDMAN, Barry. The cycles of constitutional theory. **Law and Contemporary Problems**, v. 67, p. 149-174, 2004, p. 170.

[513] "*If information about judges is useful in gauging the practical implications of various constitutional theories, then information of this kind should also matter greatly in assessing rival theories' comparative attractiveness. Armed with predictions about how courts are likely to decide cases under alternative role specifications, we are better equipped to assess which theories will do better, and which worse, at realizing the rule of law, political democracy, and substantive rights*" (…) "*That the anticipated capacities and characters of judges are relevant to constitutional theory is undoubtedly a familiar point. Perhaps no one has ever thought otherwise. To my mind, however, this banality has implications that are not always, or perhaps even widely, recognized*." (p. 568-569) FALLON JR., Richard H.. How to choose a constitutional theory. **California Law Review**, v. 87, n. 3, p. 535-580, 1999.

Por certo que essa variação – dependente das circunstâncias de aplicação – sujeita-se às críticas. Dentre estas, destacam-se as relacionadas à viabilidade da opção por uma determinada construção diante do tema posto à apreciação e das preferências do intérprete. Mark Tushnet censura as "grandes teorias interpretativas" da doutrina estadunidense, pois suas prescrições somente seriam aceitáveis se não ultrapassados os limites propostos por cada uma delas. A construção de John Hart Ely, por exemplo, voltada à participação e à representação, não teria o mesmo impacto em outras áreas – como privacidade, talvez dependentes de aportes da Filosofia Moral, como na obra de Ronald Dworkin. Em maior grau, o mesmo ocorreria quanto ao Legislativo e Judiciário, pois a teoria "liberal", quando se refere às limitações de uma instância, acabaria por fortalecer a outra; e o inverso também acontece[514].

Diante desta dificuldade, Fallon Jr. mantém seu argumento em prol da "variação"; mas alerta para a impossibilidade de que a escolha – embora instrumental – seja oportunista, de modo que aqueles que defendem uma determinada teorização devem estar preparados para eventuais conseqüências indesejáveis do modelo eleito[515].

6.3 Por uma dimensão "neutra" da discussão do ativismo e da autocontenção: um retorno à pesquisa quantitativa?

A Teoria Constitucional abrange múltiplas concepções acerca do papel da revisão judicial e dos tribunais encarregados desta atividade e visualiza, neste ambiente diversificado, uma vantagem, diante dos propósitos a que se dispõe.

Todavia, no meio preponderantemente variado de construções sobre como os juízes devem decidir, que "apontam para diferentes direções", é possível que estes escolham a teorização apta para sua finalidades e abandonem aquelas que os forcem a "conclusões inaceitáveis", o que mostra as dificuldades desta interação entre corte e doutrina[516].

---

[514] TUSHNET, Mark. **Red, white and blue**. a critical analysis of constitutional law. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 301-313.

[515] FALLON JR., Richard H.. How to choose a constitutional theory. **California Law Review**, v. 87, n. 3, p. 535-580, 1999, p. 578-9.

[516] "*The arguments about what courts should do frequently point in quite different directions, and generally have enough substance that a judge can pick and defend any theory he or she wants. The question then is on what basis a judge would choose a theory. The historical record suggests that a judge is rather more likely to pick a theory and reluctantly find that it leads to conclusions he or she would have preferred to avoid.*" […] "The theory class might respond to these objections by once again asserting that the difficulties arise because judges have not gotten the message. There is nothing wrong with the theory, only with the judges. I think we are entitled to be skeptical when a hundred years of constitutional theory has not yet persuaded judges to follow where

Assentada a diversidade de perspectivas e a contingência dos critérios de avaliação das cortes, o grande desafio é assegurar uma dimensão operativa à discussão em torno do ativismo judicial e sua "antítese" – a autocontenção, o que depende da delimitação das descrições abrangidas pelas referidas expressões[517].

Inicialmente, os defensores da possibilidade de se definir algum conteúdo para os termos buscam desvencilhar-se da noção de que o ativismo constitui uma mera crítica à Suprema Corte, inclusive com o intuito de enfraquecer sua atuação. Para isso, há uma preocupação em não tecer considerações sobre o mérito das decisões ativistas[518], para que este rótulo não corresponda a um juízo de reprovabilidade destas, a partir das opiniões do analista. Este tipo de abordagem, que é rejeitado, pecaria por dizer mais sobre o intérprete do que propriamente sobre a atividade jurisdicional. Para William Marshall, a correção de uma decisão pode estar relacionada à constatação de seu ativismo, mas estas questões são distintas[519]. Ademais, o emprego do rótulo ativista em um sentido negativo – como sinônimo de ruim ou inadequado - acabaria por comprometer os dois adjetivos. Negligenciaria os "modos específicos sob os quais um pronunciamento judicial é impróprio, nocivo ou errado"[520].

Na procura desse conceito apartado de um juízo valorativo, direciona-se a atenção para a construção de categorias jurídicas que permitam uma avaliação mais criteriosa da atuação judicial, sob parâmetros mais "objetivos" – e a partir daí falar-se num ativismo ou autocontenção. A primeira questão, aqui, é afastar-se da perspectiva de que o ativismo promove ideologias progressistas e garante a defesa dos direitos individuais e, em contrapartida, desgarrar-se da visão positiva da deferência aos ramos democráticos eleitos.

---

principle – as defined by the theory class – leads". TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999 *(kindle*, posição 2306/3587, 2333/3587)

[517] Minha proposta, assim, leva em conta a advertência de Cass Sunstein, que afirma que a academia jurídica tem o dever de garantir algum conteúdo ou operatividade à discussão, ainda que o termo ativismo judicial assuma distintas conotações e estas possam ser utilizadas pelos grupos mais diversificados. SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes**: why extreme right-wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005.

518 "*Our aims in this article are purely descriptive. We do not presume that such judicial activism is a bad thing, and one could make a strong theoretical argument that a given justice was too deferential and insufficiently activist (e.g., Justice White in review of federal statutes). Our baseline for activism is essentially a Thayerian one, characterizing as activist those statutory invalidations where unconstitutionality is not perfectly clear as a legal matter".* CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The scientific study of judicial activism. **University of Texas Law, Law and Economics Research Paper**, n. 93. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=939768. Acesso em: 18 jan 2011, p. 19.

[519] A tentativa de construção de um conceito "neutro" impede os autores de apontar boas e más decisões, análise que depende, principalmente, dos resultados destes julgados, o que permitiria definir composições "conservadoras" ou "progressivas" da corte. MARSHALL, William P..Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, set. 2002, p. 105.

[520] KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004, p. 1473.

Para isso, autores que discutem o ativismo contramajoritário lembram que algumas decisões ativistas estariam distantes de cânones clássicos do constitucionalismo, em que a intervenção judicial seria "legítima", como nos casos em que se presta à proteção das minorias ou à correção das falhas do regime representativo. Portanto, é possível que julgados ativistas sejam também ideologicamente conservadores[521].

De modo diverso, um juiz pode ser "ativista" simplesmente por deferir muito e assim permitir, por exemplo, excessos e ilegalidades no exercício do poder governamental, ou por deferir pouco. Em ambas as hipóteses, estas decisões se distanciam do que se concebe como o exercício de uma "função jurisdicional adequada" e configurariam, pois, ativismo judicial[522].

Na tentativa de se garantir um sentido apartado de considerações ideológicas ou de juízos de valor, na academia jurídica, defende-se o emprego de uma avaliação comum entre os cientistas políticos: a análise quantitativa dos casos em que um tribunal julgou a inconstitucionalidade de atos dos demais ramos de governo, anulando-os. O ativismo traduz-se numa "propensão" a julgar a inconstitucionalidade das decisões dos outros poderes[523]. É de se ressaltar que estas propostas vêem a análise dessas constatações como ponto de partida – e não de chegada – da discussão acadêmica da atuação das cortes, sujeitas a escrutínio por outros critérios.

Nesta seara, Richard Posner, em trabalho muito influente sobre o tema, tentou estabelecer um significado mais preciso para a auto-restrição[524].

De início, assentou que a expressão pode significar, em relação a determinado magistrado, pelo menos cinco condutas: (a) não permitir que suas visões políticas influenciem nas decisões; (b) ser "cauteloso, prudente, hesitante" sobre a introdução dessas opiniões; (c) atentar para os constrangimentos políticos para o exercício do poder judicial; (d) basear suas decisões na preocupação de que a criação de direitos pela via judicial abarrote a instituição de

---

[521] . MARSHALL, William P..Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, set. 2002, p. 109; 112-113.

[522] "*I propose that judicial activism should be defined as the abuse of unsupervised power that is exercised outside the bounds of judicial role. First, I will explain what it means for judicial decisions to be unsupervised. Then, I will analyze why debates over unsupervised judging are so important"*. (p. 1223). GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, mai. 2009, p. 1226-1228.

[523] KECK, Thomas M.. **The most activist Supreme Court in history**: the road to modern judicial conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 7.

[524] Devo destacar que o trabalho do autor é de 1983 e se referia ao Judiciário Federal estadunidense. Isto porque, em artigo de 2012, aqui mencionado em diversos momentos, Posner defende a decadência da auto-restrição. POSNER, Richard A. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59, n. 1, p. 1-24, 1983.

ações, impedindo seu funcionamento adequado; (e) pretender reduzir o poder da Corte frente aos demais ramos de governo[525].

Após rejeitar as quatro primeiras noções, por fatores como impossibilidade de verificação, inconsistência ou por implicarem "numa visão equivocada da atividade judicial", o autor se volta à quinta perspectiva, no que denomina de "*separation of powers judicial self-restraint*" ou "*structural restraint*". Esta se justifica pelo interesse em reduzir seu poder em relação às outras instituições de governo e baseia-se na compreensão de que o Judiciário constitui o mais fraco entre os ramos de governo, de sorte que a atuação contida seria uma forma de preservar seu "capital político", numa concepção que se assemelha ao modelo estratégico[526].

A vantagem desta construção é que se afasta de uma visão negativa do ativismo ou positiva da auto-restrição, resultado dependente do contexto em que foi produzida – ou, como prefere o autor - da "situação histórica particular em que o juiz se encontra". A auto-restrição, deste modo, seria um "bem contingente", e não absoluto[527].

Posner alerta também para a impossibilidade de se construir uma teoria de decisão judicial através da perspectiva de uma auto-restrição, diante de tantos outros fatores que contam para a apreciação do trabalho do juiz e, em conseqüência, da assunção de papéis pelo judiciário, distantes da mera oposição entre ativismo e autocontenção. Dentre esses critérios jurídicos, destaca aspectos como respeito às fontes do direito, conhecimento jurídico, bom senso, experiência de vida, disposição para o trabalho e outros. Por isso, sua sugestão é de que, mais importante do que avaliar a instituição por esses critérios, seria utilizá-los como um instrumento para debate[528].

---

[525] "*The first definition is useless for present purposes because I am interested in exploring the possibilities of self-restraint in the open area of judging, where by definition the correct decision cannot be obtained without bringing in personal policy preferences. Definition 2 identifies what I shall call the "deferential" judge, to distinguish him from the judge who is self-restrained in the sense used in definition 5; I shall argue later that the confusion of deference with the other sense has had an unfortunate consequence. Definitions 3 and 4 identify what I shall call "prudential self-restraint" and discuss briefly in this section before turning to the main focus of this paper: self-restraint as a substantive political principle used by judges in deciding certain cases in the open area (definition 5)."Prudential self-restraint" has two aspects, the "political" (definition 3) and the "functional" (4)*". POSNER, Richard A. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59, n. 1, p. 1-24, 1983, p. 10.

[526] POSNER, Richard A. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59, n. 1, p. 1-24, 1983, p. 11-12.

[527] "*[…] In any event, this last argument is about the here and now - not about restraint versus activism sub specie aeternitatis. And it shows moreover that even if we confine our attention to the present, it is difficult to talk convincingly about judicial self-restraint across the whole constitutional landscape*". POSNER, Richard A. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59, n. 1, p. 1-24, 1983, p. 15.

[528] "*Self-discipline (implying among other things due submission to the authority of statutes, precedents, and other sources of law), knowledge of law and thoroughness of legal research, a lucid writing style, a-power of logical analysis, common sense, experience of life, a commitment to reason and relatedly to the avoidance of "result-oriented" decision in the narrow sense in which I should like to see the term used, openness to*

Mais recentemente, Cass Suntein também defende uma visão "neutra" de ativismo, como fenômeno mensurável pela assiduidade das decisões nas quais as cortes invalidam os atos dos demais poderes, "retirando as decisões das mãos dos eleitores" (*sic*). Deste modo, representantes de todos os espectros teóricos – minimalistas, originalistas e outros – podem ser "ativistas" em um dado momento[529].

Tomando como parâmetro a pesquisa quantitativa, os resultados de algumas das pesquisas desenvolvidas nos EUA mostram que o papel de intervenção da Suprema Corte daquele país na política é superdimensionado[530]. Contrariam, ainda, a percepção de que o tribunal seria ativista.

Há quem defenda um descompasso entre a efetiva atuação da Corte e a impressão geral sobre seu impacto no sistema, como Frederick Schauer, ao descrever que seus julgados não repercutem sobre as grandes questões do governo norte-americano[531]. Os temas ali apreciados seriam distintos – e essa seria uma característica histórica[532] – dos assuntos que interessam à população. Sua ilação, amparada em dados acerca das questões discutidas pelos órgãos de imprensa mais relevantes e pesquisas de opinião entre os cidadãos, é sintetizada na idéia de que, seja pelo que a Corte decidiu - ou por não haver decidido - fato é que suas decisões passam ao largo de alguns dos grandes debates nacionais[533].

---

colleagues' views, intelligence, hard work-all are qualities admired in the activist and the restrained alike; all are indeed the bedrock elements of judicial workmanship". POSNER, Richard A. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59, n. 1, p. 1-24, 1983, p. 22-23.

[529] SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes**: why extreme right-wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005.

[530] Poucos são os autores que fazem uso das estatísticas, sempre prejudiciais ao argumento, para referendar a tese de que a Suprema Corte é ativista. Mas a Corte Rehnquist, que julgou 30 normas federais no prazo de 5 anos, é, por esse dentre outros motivos, tachada como tal. **The most activist Supreme Court in history**: the road to modern judicial conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 2.

[531] SCHAUER, Frederick. The Supreme Court, 2005. Foreword : the Courts agenda - and the Nation's. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 1, p. 5-64, nov. 2006, p. 34.

[532] Mesmo as Cortes Warren e Burger, cujos trabalhos foram objeto de tantos questionamentos, exibiriam essa tendência de pouca intervenção da nas "grandes questões" (p. 33). "*In the year after Brown, for example, 4% of the public thought that race relations was the most important problem facing the government, compared to 28% for avoiding war, 20% for Russia, China, and foreign policy, and 6% for Communism." (…) "When the Supreme Court was strengthening the wall of separation between church and state in the 1960s, particularly in Engel v. Vitale130 and Abington School District v. Schempp,131 public concern about religion and government never even registered on the Most Important Problem rankings, and so too with the reapportionment decisions in the 1960s132 and abortion at the time of Roe v. Wade.133 And when the Court was in the process of deciding monumental criminal procedure cases like Mapp v. Ohio,134 Miranda v. Arizona,135 and Gideon v. Wainwright,136 concern about crime was largely invisible,137 not to surface until some years later when George Wallace and then Richard Nixon made it a central focus of the 1968 election."* SCHAUER, Frederick. The Supreme Court, 2005. Foreword. The courts agenda - and the nation's. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 1, p. 5-64, nov. 2006, p.3, 9.

[533] SCHAUER, Frederick. The Supreme Court, 2005. Foreword. The courts agenda - and the nation's. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 1, p. 5-64, nov. 2006, p. 34.

Haveria, portanto, uma desconexão entre o trabalho da Suprema Corte e a defesa, na academia jurídica, de sua relevância naquele sistema político[534]; também seria instrumentalizada pela noção acadêmica de ativismo judicial.

É interessante notar que a Suprema Corte atua em poucos dos casos que lhe são submetidos, ao utilizar os diversos instrumentos processuais, típicos do sistema norte-americano, que lhe permitem dispensar as demandas[535]. Assim, alcança uma média inferior a oitenta decisões por ano, proporção bastante limitada quando analisados o número de eventos e ações que poderiam ensejar sua atuação[536].

Prevaleceria, nesta seletividade, uma auto-restrição da sua atividade, em detrimento do superdimensionado espaço atribuído à discussão sobre seu ativismo.

Quanto ao mérito, apenas um quarto dos casos decididos refere-se a questões constitucionais, no que se distingue da impressão dos doutrinadores, que parecem prestar mais atenção nas interpretações da Constituição, por envolverem questões fundamentais acerca da estrutura e poder, enquanto a corte se concentra especialmente sobre o direito federal.[537].

Se, quanto aos temas julgados, a atuação efetiva da Suprema Corte mostra-se menos relevante, o mesmo ocorre quanto ao chamado ativismo contramajoritário. A análise dos julgamentos de inconstitucionalidade contraria, no aspecto quantitativo, a perspectiva de uma

---

[534] "[…] *make the fallacious leap from the accurate premise that much of what the Supreme Court does is important to the erroneous conclusion that much of what is important is done by the Supreme Court. Lawyers, judges, and legal academics are not alone, of course, in seeing the world through the lens of their own discipline*." SCHAUER, Frederick. The Supreme Court, 2005. Foreword : the Courts Agenda - and the Nation's. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 1, p. 5-64, nov. 2006, p. 8.

[535] Em 2007, foram apresentados oito mil casos – segundo Baum, alguns importantes, pelas partes envolvidas e pelos interesses nacionais em jogo. Destes, apenas noventa tiveram a garantia do "*certiorari*". O tribunal, assim, teria amplo controle sobre os casos que pretende apreciar. Após aceitar o caso, a corte pode ser seletiva quanto à questão que pretende apreciar, pois geralmente garante *certiorari* para apenas uma questão por petição, ainda podendo determinar que as partes levantem uma questão que não foi desenvolvida. É possível, ainda, determinar o procedimento de seu julgamento, a partir do tipo que consideração o caso vai receber: "*full consideration*" – com apresentação de novos memoriais, sustentação oral e decisão que demandará amplo julgamento - ou "*summary consideration*" – em que apreciará a demanda com os elementos já disponíveis. Mesmo quando decide pela apreciação ampla, é possível que, após a apresentação das razões pelas partes, o caso seja dispensado ("DIG – *dismissed as improvidently granted*"). Já na segunda hipótese a corte freqüentemente decide com uma "*GVR order*", em que mantém a decisão do tribunal, mas reencaminha o processo para sua reconsideração. BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 84-86.

[536] Interessante notar, quanto à matéria, que boa parte dos casos realmente tem origem no governo federal e maioria deles refere-se à litigância comum (apelos dos condenados criminais, reclamações das grandes corporações e outros). Já a litigância "política" é mais comum nos casos em que a corte se dispõe aceitar, talvez porque contenham questões que interessam aos juízes, como sugere Baum. BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 69-71.

[537] No que concerne à matéria, boa parte dos casos refere-se às liberdades civis, o que demonstraria que a corte é uma instância de poder especializada. Mesmo o ponto que incomoda parte dos juristas, a intervenção na atividade dos demais ramos, mostra-se limitada. Segundo o mesmo autor, sua atuação é restrita a certas áreas – não se envolve, por exemplo, na política externa. BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 158, 161.

intervenção "desmedida" ou de uma "tirania judicial"[538]. Ainda segundo Baum, as declarações de inconstitucionalidade atingem parte insignificante da produção legislativa que, no mérito, não abrangeria questões relevantes[539].

Para Lawrence Baum, a atuação é limitada por duas questões: restringe-se aos casos submetidos à apreciação e pelo fato de que suas decisões são implementadas pelas cortes inferiores ou pelos administradores, que contam com certo grau de discricionariedade sobre sua aplicação, o que pode distanciá-la do intento dos julgadores. Tem-se, por fim, a possibilidade de interferência do Congresso e do Presidente, que podem conformar (emendar, aplicar de forma distinta) ou até mesmo legislar novamente sobre o tema. Aquele tribunal, assim, não seria uma força dominante no governo norte-americano[540].

Essas informações, em verdade, já são recepcionadas pela teoria jurídica, ocupada com as condições para exercício da atuação judicial e com sua possibilidade de efetivar direitos e produzir transformações sociais. Nestas construções, mais que a prescrição dos casos e modo sob os quais a atuação judicial é recomendável, as explicações da Teoria Positiva são levadas em consideração, para mostrar as limitações inerentes ao exercício da atividade judicial e, por conseguinte, a necessidade de que a Teoria Normativa incorpore esses dados, a partir do reconhecimento das condições viáveis para o exercício da revisão judicial[541].

Em acordo com estas construções, o ativismo não implica no exercício de um juízo de valor, mas a discussão se volta à classificação das decisões em critérios auxiliares, que permite a análise de seus impactos e conseqüências para as partes envolvidas, suas repercussões para as políticas adotadas e, ainda, nas relações entre as instituições afetadas[542].

Portanto, a descrição de um ativismo – ou constatação de uma autocontenção – desempenha um papel instrumental para debate e compreensão, que aponta para algo mais

---

[538] "[…] *this power grab has any serious claim to be regarded as legitimate by the American citizens* ***whose ability to govern themselves through their legislators has thereby been radically diminished****. This is the question that should be front and center in the ongoing debate over the judiciary*". WHELAN, Edward. Supreme Confusion - The new yorker doesn't understand originalism. **National Review Online**, apr. 13, 2005. Disponível em: http://www.nationalreview.com/comment/whelan200504130752.asp. Acesso em: 12 jun 2011.

[539] É de se destacar, quando se trata do ativismo contra majoritário, que nem toda declaração de inconstitucionalidade envolve um conflito entre as instituições. Quanto mais distante no tempo é a política questionada, mais provável é que os titulares dos poderes majoritários tenham interesse justamente em sua anulação. BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 162-164.

[540] BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010, p. 4.

[541] ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope**: can courts bring about social change?, 2a ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008; EPP, Charles R.. **The rights revolution** - lawyers, activists, and Supreme Court in comparative perspectives. Chicago: The University of Chicago Press, 1998; TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

[542] POWERS, Stephen P.; ROTHMAN, Stanley. **The least dangerous branch?** Consequences of judicial activism. Westport, Connecticut: Praeger Publishers, 2002, p. 10.

complexo: as relações que a corte trava com os demais poderes, a partir do complexo diálogo que mantém com as demais instituições através de seu processo decisório.

6.4 Da multiplicidade à operatividade: uma proposta de delimitação do ativismo e autocontenção enquanto prescrições e descrições da Teoria Constitucional

Na academia, as duas perspectivas de análise – empírica/prescritiva – e as diversas dimensões abrangidas - ideológica/institucional/metodológica – na caracterização de um ativismo judicial mostram a complexidade do debate abrangido por esta expressão e remete à dificuldade do estabelecimento de "parâmetros" acadêmicos para avaliação da atuação judicial. Quanto ao seu objeto, observa-se também a imprecisão, pois o rótulo é aplicável a uma decisão judicial, um juiz e mesmo uma dada composição da Corte.

Da colaboração entre Teoria Normativa e Positiva, o debate entre ativismo e autocontenção ampara-se, respectivamente, na avaliação doutrinária e no desenho efetivo da atividade das cortes nas relações entre instâncias de poder.

O resgate dessa discussão, em seus múltiplos aspectos, mostra que a expressão ativismo judicial abrange uma visão contingente e circunstanciada da academia jurídica sobre o adequado papel da revisão judicial. Insere-se numa tradição de crítica às credenciais democráticas dessa atividade, mas também abarca a complexidade do processo decisório constitucional, especialmente quanto ao relacionamento que as cortes travam com demais instâncias políticas.

A definição dessas expressões passa pela compreensão do papel a ser desempenhado pelo Judiciário frente às decisões tomadas no âmbito dos poderes majoritários (plano político-institucional), bem como pela análise das decisões jurisdicionais em seus aspectos metodológicos, por espelharem uma determinada concepção ou um conjunto de idéias sobre a interpretação das questões constitucionais, aptos, pois, a interferir no concerto político.

Deste modo, duas dimensões (ou dois objetos de análise) se destacam:

(a) metodológica, que marca a relação entre a corte e doutrina. Aqui, o ativismo judicial representa uma crítica posterior, a partir das prescrições da teoria jurídica para conformação judicial, quanto ao modo de exercício (procedimentos e técnicas decisórias) e temas em que essa intervenção é recomendável. A autocontenção, embora retrate a adequação a estes parâmetros, não necessariamente corresponde à aprovação da atuação.

(b) institucional, que espelha a relação entre a corte e as demais instâncias estatais de poder (ramos de governo e outras instâncias judiciais, além de entes federados), a partir das competências normativas. Nesse caso, o ativismo se refere à afirmação do poder decisório ou à efetiva apreciação da questão, com anulação e até substituição do ato da outra instância. A autocontenção, em contrapartida, expõe o reconhecimento da competência das demais agências estatais.

Minha hipótese é que estas expressões, em seu conteúdo prescritivo ou normativo, espelham a aprovação ou crítica da academia jurídica às decisões judiciais. A diversidade e imprecisão dos termos, à primeira vista um empecilho, permitem resgatar a discussão sobre o espaço e critérios "válidos" para a afirmação da jurisprudência constitucional, na relevante interação entre doutrina constitucional e atividade da Corte, que aprecia a atividade desta e influencia seus julgados.

No plano quantitativo, a análise das oportunidades em que um tribunal invalidou – ou não - os atos dos demais poderes constitui-se num importante ponto de partida para a construção teórica, instrumental para que a doutrina jurídica se aproxime de *um de seus objetos de estudo* – as decisões judiciais no controle de constitucionalidade, pondo-o em perspectiva a partir da complexidade do fenômeno político.

A correlação entre as duas dimensões de estudo acima propostas é importante e as expressões autocontenção e ativismo judicial atendem aos dois eixos, pois indicam os diversos aspectos a serem abordados na análise do exercício do controle de constitucionalidade – na caracterização de uma espécie de "estado da arte" da teoria jurídica, mas também permite, diante da constatação ou desconfirmação de uma efetiva tendência a julgar a inconstitucionalidade dos atos dos outros poderes, avaliar as relações que a jurisdição constitucional trava; sendo instrumental, portanto, para a construção de uma teorização que passe por esses aspectos[543]. Desta conjunção, é possível denotar a real intervenção do

[543] FALLON JR., Richard H.. How to choose a constitutional theory. **California Law Review**, v. 87, n. 3, p. 535-580, 1999. Neste sentido, Richard Fallon defende reunião entre as pretensões descritivas e prescritivas da teorização jurídica – união resistida pelos juristas. "*Anyone who cares about constitutional law confronts a large and proliferating number of constitutional theories, by which I mean theories about the nature of the United States Constitution and how judges should interpret and apply it*." (p. 537)" *"Like legal theories generally, constitutional theories resist classification according to the division between positive or descriptive theories on the one hand and normative or prescriptive theories on the other. 10 Few, if any, constitutional theories are purely normative." "Most, if not all, claim to fit or explain what they characterize as the most fundamental features of the constitutional order. But few constitutional theories are purely descriptive either. 3 Most theorists also seek to influence practice, typically by offering prescriptions for reform. 4 These prescriptions aim to bring constitutional practice more fully into accord with what the various theories identify as the deepest fundamental values of the written Constitution or of surrounding practices."* (p. 540-541)

Judiciário nos atos dos demais poderes, a descrever – ou se aproximar – do efetivo desenho das interações da corte.

Essa abordagem – em que as dimensões metodológica e institucional estão intrinsecamente relacionadas com a compreensão de um ativismo judicial – deve ser feita por uma aproximação entre as contribuições do empiricismo e de questões marcadamente jurídicas - como fundamentação dos julgados prolatados[544], motivação para a rejeição das causas, observância ou desconhecimento da jurisprudência firmada no próprio Tribunal ou demais instâncias judiciais e outros.

Se, como afirma Martin Shapiro, todo o debate sobre ativismo e autocontenção judicial passa por uma tentativa de compreender qual o papel adequado das cortes no sistema político e os que defendem a autocontenção mostram que a revisão de constitucionalidade é política, por isso deve ser exercida com parcimônia, as decisões judiciais devem ser examinadas por outros parâmetros, aptos a demonstrar sua funcionalidade , utilidade e se estas realmente controlam os agentes que se sujeitam à análise, sem prejuízo de outros fatores.[545]

E, neste sentido, a descrição do ativismo e da autocontenção judicial, se não contemplam todas essas complexas questões, presta-se a aclarar as práticas realmente desenvolvidas, fundamental para suas novas construções – prescritivas.

Delimitadas as duas dimensões de análise do ativismo e da autocontenção, assentada a necessidade de conjunção das abordagens empírica e normativa para sua caracterização e por fim, reconhecida a importância das construções teóricas na conformação desta atuação, avanço no estudo sobre o ativismo judicial no Brasil nos capítulos seguintes, com a descrição das pretensões da doutrina jurídica voltadas à concretização/interpretação constitucional e das relações estabelecidas entre a corte constitucional e os demais poderes estatais.

---

[544] Para Barry Friedman, a abordagem apenas quanto ao resultado pode levar a uma conclusão equivocada sobre o que a corte fez – diante da relevância da fundamentação. Propõe-se que, além do mérito dos casos em que a questão constitucional foi apreciada, as ações "rejeitadas" sejam analisadas. Como exemplo, lembra que, no direito norte-americano, a mera distinção entre procedência/improcedência diz pouco sobre a *rule*, que é o que realmente importa num sistema de precedentes, pelo estabelecimento de parâmetros para as cortes inferiores. Ademais, os constrangimentos externos à atuação podem ser melhor visualizados nos casos em que a corte rejeita o processo. FRIEDMAN, Barry. Taking law seriously. **Perspectives on Politics**, v. 4, n. 2, p. 261-276, jun. 2006, p. 267; 271.

[545] SHAPIRO, Martin; SWEET. Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 22-23. Para Shapiro, o desconforto dos juristas com o exercício da revisão judicial pode ser atribuído aos limites que - supostamente, segundo o autor - separam as questões políticas das jurídicas. Por isso, sentem-se compelidos a defender a legitimidade democrática da fiscalização de constitucionalidade mais do que qualquer outra atividade das cortes. Haveria, todavia, questões mais importantes do que o debate normativo sobre antimajoritarismo e legitimidade democrática. (p. 147)

PARTE III

PARA ALÉM DA EMANCIPAÇÃO CONSTITUCIONAL? O ATIVISMO INSTITUCIONAL E METODOLÓGICO DO STF NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

CAPÍTULO VII

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: UMA APROXIMAÇÃO AO MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE e AO STF

Sumário: 7.1 Judicialização da política e ativismo judicial no Brasil: uma distinção necessária. 7.2 Das condições institucionais: o controle de constitucionalidade dentre as atribuições do "múltiplo" STF. 7.3 Como o STF responde às demandas? Uma incursão pela pesquisa empírica sobre a atuação da Corte no controle de constitucionalidade abstrato. 7.3.1 Da prevalência das questões processuais sobre as decisões de mérito. 7.3.2 Controle da Administração Pública e das normas dos legislativos estaduais: o STF se aproxima de um Conselho de Estado? 7.3.3 O STF e suas relações com Executivo Federal e Congresso Nacional: uma corte deferente? 7.4 Como interpretar os dados? Uma defesa da análise dos processos decisórios do STF.

A Parte III da Tese se dedica à discussão em torno do ativismo e da autocontenção no Brasil, a partir da atuação do Supremo Tribunal Federal. Nesta abordagem, manterei a linha argumentativa já esposada, no sentido de que o debate sobre ativismo judicial se insere num fenômeno mais amplo – a judicialização da política – processo originário de condições institucionais específicas e da dinâmica estabelecida entre os agentes de poder que *encaminha as demandas políticas ao judiciário*. Assim, o ativismo refere-se especificamente às respostas judiciais, seja pela prescrição dos contornos aceitáveis da sua atuação ou pela avaliação de sua atuação.

Neste Capítulo, descreverei as linhas gerais da judicialização da política brasileira, diante das previsões da CF-88 e do fortalecimento das instituições jurídicas, com a previsão de um controle de constitucionalidade complexo e da concentração de atribuições no STF. Diante do compartilhamento do tema "ativismo judicial" por cientistas políticos e juristas,

proponho uma incursão pelas pesquisas empíricas já desenvolvidas quanto à atividade do STF e pelas interpretações que oferecem sobre o tema, para avançar no debate dentre os juristas nos capítulos supervenientes.

7.1 Judicialização da política e ativismo judicial no Brasil: uma distinção necessária

Há um relativo consenso – entre juristas e cientistas políticos - sobre a ocorrência de uma judicialização das relações políticas e sociais no Brasil, verificável pelo fortalecimento e relevância das instituições judiciais e incorporação do discurso jurídico nas interações entre os diversos grupos políticos e sociais. Trata-se de um processo complexo, que traz conseqüências para todos os envolvidos.

A judicialização é um fenômeno creditado ao arranjo institucional previsto na Constituição Federal de 1988. Contudo, os juristas – e os juízes – sempre participaram ativamente do sistema político brasileiro, de distintas formas. É possível identificar um longo processo de reforço da magistratura[546], que teve na Constituição de 1891, com a adesão aos pilares da democracia estadunidense - separação de poderes, federação e controle de constitucionalidade - o prenúncio da prerrogativa de anular os atos dos demais poderes.

A normatização da revisão judicial em cartas anteriores permite afirmar precedentes indicativos do direcionamento às instituições judiciais das demandas amparadas em normas jurídicas[547], ainda que a possibilidade de interferência judicial fosse limitada. Tradicionalmente, apesar de sua relevância como "árbitros dos conflitos políticos", os juízes estavam devidamente circunscritos pela função que lhes cabia na distribuição entre os poderes, por expressos mecanismos normativos de restrição[548] e, ainda, por outras pressões políticas[549].

---

[546] Do período imperial até a Primeira República, o livro de Andrei Koerner caracteriza as tensões e relações entre judiciário brasileiro e sistema político. KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira**. São Paulo: Hucitec/Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

[547] Para Werneck Vianna et al, os juristas sempre tiveram sua relevância no arranjo institucional brasileiro, na verificação de uma tendência de instrumentalização dos conflitos sociais e políticos aos entes da justiça, característica do processo de modernização e industrialização nacionais, iniciado nos anos 30. Deste modo, tem-se o fortalecimento do Direito do Trabalho, e conseqüentemente a criação da Justiça do Trabalho. Identificado, também, o papel da Justiça Eleitoral na apreciação dos conflitos políticos. Por fim, Vianna et al apontam a "tradição de conceber a dimensão do público pelo Direito Administrativo", o que já ocorreria com as relações de classe, através do Ministério do Trabalho. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)**, v.19, n. 2, p. 39-85, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf. Acesso em: 18 mai 2008, p. 42.

[548] Como exemplo, tem-se que na Carta de 1934, com a criação da representação interventiva, que atribuía ao Procurador-Geral da República a possibilidade de provocar o STF para apreciação da conformidade dos atos

De acordo com esse histórico e talvez em resposta às fragilidades anteriores[550], realmente coube a CF-88 a transformação do papel do Judiciário no sistema político brasileiro, pelo desenho institucional que promove, mas também por seus dispositivos materiais que permitem a tradução de demandas políticas na linguagem jurídica, tornando-as "judicializáveis", diante de um texto analítico, que permite que as mais diversas expectativas – e doutrinas – sejam criadas em seu nome.

A discussão sobre os conteúdos constitucionais encontra respaldo no texto vigente que, amparado por um projeto redemocratizante, positivou os mecanismos da democracia representativa e participativa. A previsão dos meios de canalização das expectativas da "comunidade de intérpretes" às instituições estatais, os mecanismos de defesa popular dos direitos coletivos e difusos – como a ação civil pública e ação popular -, ou ainda, as possibilidades de reclamações aos poderes públicos, permitem aferir que o texto constitucional previa os futuros embates sobre seu conteúdo.

Para Ernani Carvalho, a conjunção entre democracia política, controle recíproco entre os poderes e a previsão de extenso catálogo de direitos fundamentais, com seus correspondentes instrumentos de garantia trazem os contornos gerais deste processo[551].

Neste modelo, ao assegurar autonomia ao Judiciário e expandir suas competências – exemplificada na adoção de um complexo sistema de controle de constitucionalidade -, fortalecer outras instituições do Direito (Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública) e canalizar o acesso das demandas políticas através destes meios, tem-se as condições para a expansão deste poder[552]. Por ser um dos instrumentos do processo de

---

estaduais em desobediência aos princípios federativos, houve o cuidado de estabelecer, no art. 68, a regra que excluía o Poder Judiciário da apreciação das questões "exclusivamente políticas". Na mesma norma, foi instituída a cláusula de reserva de plenário, interpretada como uma limitação ao poder judicial. CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão de constitucionalidade no desenho institucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 12, n. 23, jan./abr. 2010, p. 176-207, p. 178-183.

[549] Sobre um período posterior, que também denota as dificuldades de afirmação, Sadek lembra que as "mudanças na estrutura do Poder Judiciário mostram que esse poder foi se tornando gradativamente mais complexo e, por outra parte, que não esteve imune às crises que marcaram a República. A instabilidade institucional refletiu-se não apenas nas alterações referentes à estrutura, à composição e às atribuições dos diferentes órgãos que formam o Poder Judiciário, mas também, e talvez sobretudo, sua autonomia. As interferências no Judiciário e nos pressupostos de sua independência constitucional foram constantes, e tanto mais graves quanto mais precária era sua identidade institucional e mais débeis as garantias da magistratura." Daí arremata que, "em todos os momentos em que se quebrou a ordem democrática, Judiciário foi sensivelmente abalado." SADEK, Maria Tereza. A organização do Poder Judiciário no Brasil. SADEK, Maria Tereza (org.). **Uma introdução ao estudo da Justiça**. São Paulo: Sumaré, 1995, p. 9-16, p. 14.

[550] VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal.** Jurisprudência política. São Paulo: Malheiros, 1994.

[551] CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **A judicialização da política no Brasil**: apontamentos para uma nova abordagem. Trabalho apresentado ao Encontro Nacional da ABCP - Associação Brasileira de Ciência Política - Área Instituições Políticas - Painel (1) – Direitos, Justiça e Controle, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: ‹www.cienciapolitica.org.br/Ernani_Carvalho.pdf. Acesso em: 20 maio 2005, p. 12.

[552] O processo de judicialização não se esgota no STF e pode ser verificado em todo o complexo sistema judiciário brasileiro. Há ampla literatura sobre o tema, que abrange desde as ações individuais em que se requer a

restauração democrática, a CF-88 intentou redefinir as "formas de decidir da política nacional" e, dentre outras medidas, fortaleceu as instituições judiciais, em contraponto ao Poder Executivo – como já havia ocorrido na Constituição de 1946[553].

Como produto do modelo concebido na Carta, a prevalência do fator institucional repercutiu nas primeiras caracterizações da judicialização da política, ocupadas com a compreensão desse arranjo[554]. Os juristas, inicialmente reticentes com a associação das instituições judiciais com a política, hoje parecem aceitar o fato. Para Luís Roberto Barroso, a "judicialização, que de fato existe, não decorreu de opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte", que se limitou "a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente"[555].

Se a CF-88 já acenava para as condições de judicialização, as reformas decorrentes das dezenas de emendas constitucionais alteraram a configuração do Poder Judiciário e ampliaram as competências de seu órgão de cúpula, o STF, acentuaram o processo nos últimos anos. O aprofundamento da judicialização é atribuído, ainda, à receptividade do

---

tutela específica de direitos prestacionais, passando por ações civis públicas e populares e, por fim, no questionamento das grandes políticas públicas no Judiciário Federal e Tribunais de Justiça Estaduais. Sobre a judicialização das relações sociais, VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do Direito e democracia progressiva. VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil.** Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 337-491. Neste trabalho, os autores mostram que o Judiciário de 1a instância mostrava-se receptivo - acolhimento integral ou parcial de quase 48% - das ações populares - que questionavam ações administrativas (danos ao meio-ambiente, omissões do Poder Público como agente regulador ou discussões sobre a qualidade dos serviços públicos), mas tímido na fiscalizadora da lisura do PE no trato com a coisa pública. VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 147-ss, quanto às experiências dos Juizados Especiais. CASAGRANDE, Cássio. **Ministério Público e judicialização da política** – estudos de casos. Porto Alegre: Safe, 2008, sobre as ações civis públicas. TAYLOR, Matthew M.. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/dados/v50n2/a01v50n2.pdf Acesso em: 10 nov. 2012, no que se refere ao impacto do Judiciário federal sobre as políticas públicas adotadas pelo Governo Federal (privatização, reforma da previdência social, reforma agrária, reformas tributárias e outros temas).

[553] CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão de constitucionalidade no desenho institucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 12, n. 23, p. 176-207, jan./abr. 2010, p. 177; p. 186. Como sugere Marcos Veríssimo, havia um ambiente institucional apto a atribuir aos órgãos judiciários uma espécie de "competência de controle" do novo e fortalecido executivo, transformando-os num importante "fórum de contestação de políticas públicas" e "projetos de governo" - uma espécie de "segunda instância deliberativa". VERISSIMO, Marcos P.. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, v. 4, p. 407-440, 2008.

[554] "Em parte, a resposta se dá pela inversão do caminho comum no caso brasileiro: em vez de ter tido que conquistar seu poder, os tribunais receberam uma abundância de poderes na Constituição e somente depois tiveram que decidir como melhor os utilizar sem provocar reações dos poderes eleitos. Com isso não pretendo afirmar que as motivações estratégicas ou atitudinais inexistam no caso brasileiro ou que essas abordagens não deveriam ser aplicadas a ele, mas simplesmente enfatizar que a abordagem institucionalista parece ter sido a mais útil e produtiva nesse primeiro momento dos estudos do Judiciário pós-1988 por uma série de motivos tanto metodológicos quanto conjunturais." TAYLOR, Matthew M.. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007, p. 244.

[555] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista Atualidades Jurídicas, Ed. nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 26 jan 2009, p.6.

Tribunal às demandas que lhe são apresentadas, com a alteração de seu entendimento acerca de institutos já conhecidos – como os mandados de injunção – e a compreensão da possibilidade de sindicar, avaliar e até substituir decisões tomadas nos outros poderes.

O ajuste institucional é um dos elementos preponderantes deste processo, por permitir e incrementar os canais de acesso ao Judiciário, mas não tem o potencial de defini-lo em absoluto. A judicialização da política depende do interesse dos atores políticos em acionar a via judicial e mais, das questões submetidas à apreciação, que determinam as linhas gerais da intervenção deste. Ao lado dos requisitos normativos, verifica-se que a expectativa quanto às decisões da jurisdição constitucional foi incorporada à prática dos diversos setores – especialmente grupos de interesse e partidos minoritários, o que pode ser percebido desde os textos "inaugurais" da segunda metade dos anos 1990[556].

Não por acaso, Matthew Taylor e Luciano Da Ros, assentados na observação de ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs) ajuizadas, identificam, ao lado das ações propostas por partidos políticos opositores – independentemente de sua posição no espectro ideológico, as situações em que a judicialização se presta a "arbitragem de interesses em conflito", que seria mais frequente. A segunda hipótese corresponderia ao "caso da contestação judicial de regras que redistribuam poderes e atribuições entre diferentes entidades e instituições, como partidos políticos, entes federativos e diferentes instâncias do Poder Judiciário".

> [...] Nesse caso, não se trata tanto de fazer uso dos tribunais como instrumentos de oposição ao governo, mas sim de propor ações nos casos em que determinados estatutos legais modifiquem procedimentos e atinjam diretamente interesses de grupos e setores específicos, prejudicando alguns e beneficiando outros. Busca-se o STF como propósito, ainda que não necessariamente declarado e imediato, de definir ou aperfeiçoar determinadas "regras do jogo". A judicialização, nesse caso, não pretende desmerecer a política pública adotada, mas sim alcançar regras procedimentais que beneficiem um determinado ator ou um conjunto deles.

Além dessas, os autores cogitam, a partir de Keith Whittington, a judicialização como instrumento de governo, nos casos "em que se busca a "mão amiga" da instituição máxima do Poder Judiciário para que esta implemente ou se pronuncie de forma favorável a políticas públicas de interesse do próprio governo"[557].

---

[556] VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 91-5. CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997, p. 147-156.

[557] "Nesse caso, o órgão de cúpula da magistratura pode ser buscado tanto para superar situações de paralisia decisória ou de impasse legislativo (*gridlock*) que os juízes resolvem favoravelmente ao governo quanto, de

Embora correspondam a noções distintas, ativismo e judicialização da política se relacionam, uma vez que as chances de sucesso da demanda – aferida em vista de critérios jurídicos e também da receptividade do tribunal ao pedido formulado, verificável por suas decisões anteriores - convertem-se num incentivo para a busca da intervenção judicial. Mas é importante reconhecer que o mero ajuizamento do processo pode atender aos interesses do seu autor, para aumentar os custos políticos da decisão ou simplesmente provocar novas "rodadas de negociação" – e, neste caso, a demanda foi judicializada.

A relação entre judicialização e ativismo judicial é freqüente, e pode ser visualizada na vasta produção acadêmica jurídica de textos sobre o tema. A perspectiva de ativismo judicial parece prevalecer nos últimos anos, numa espécie de consenso de que o Poder Judiciário – e mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal – corresponde à definição, ao ocupar um protagonismo frente aos poderes majoritários.

Oscar Vilhena Vieira denomina de "supremocracia*",* uma "singularidade do arranjo institucional brasileiro", que representa a concentração de poderes frente aos demais juízes e tribunais, numa "autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil" e diante dos demais ramos de governo, não mais limitado a um poder "moderador", mas na afirmação de uma *supremacia judicial* sobre a Constituição.

Neste sentido, com respaldo no texto constitucional, os juristas debruçam-se sobre o mérito das questões levadas à apreciação do STF, que abrange pautas como direitos fundamentais, representação política, delimitação de atribuições das demais esferas do Estado, impacto sobre o balanço federativo e também sobre a economia, além do julgamento de importantes autoridades, de sorte que se conclui que "tudo no Brasil parece exigir uma "última palavra"' da instituição[558]. Deste modo, compreende-se que o processo de judicialização é acentuado pela disposição do STF – e demais órgãos jurisdicionais – em apreciar os mais diversos temas e avançar sobre as competências dos demais poderes[559].

---

forma direta, para que se anulem estatutos legais que os integrantes da administração governista busquem retirar do ordenamento jurídico". TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008, p. 840-842.

[558] O STF seria "responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias, até pelo reconhecimento doutrinário de temas judicializáveis". O autor salienta, especialmente, a ausência de constrangimentos do Tribunal para julgar as mais diversas questões. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008, p. 444-445.

[559] Em sentido diverso, afirma-se que, no Brasil "foi o ativismo judicial o principal fomentador da judicialização da política, e não o contrário" pois "com as modificações implementadas pelo constituinte derivado em 2004, os juízes passaram a posicionar-se de maneira mais enfática para o alargamento das suas competências, culminando na judicialização da política". Grupo Interinstitucional do Ativismo Judicial (sob coordenação do Prof. Dr. José

Referidas conclusões, importantes, serão objeto de (re)avaliação nos capítulos subseqüentes, a partir da proposta de compreensão do ativismo e da autocontenção aqui formuladas.

7.2 Das condições institucionais: o controle de constitucionalidade dentre as atribuições do "múltiplo" STF

Falar de judicialização e de ativismo, como decorrência de um arranjo institucional. demanda a aproximação com algumas particularidades do sistema brasileiro de revisão judicial e da formatação do STF.

A CF-88 previu um sistema complexo de controle de constitucionalidade, ao manter mecanismos dos "dois modelos clássicos" de constitucionalidade: o norte-americano (difuso) e o europeu (concentrado), já presentes no ordenamento brasileiro, e incrementá-los. Conservada, deste modo, a tradição do controle difuso, presente desde a Carta de 1891[560]. Para assegurar contornos gerais às decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais, manteve-se a competência do Senado Federal para "suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais", prevista já na Constituição de 1934, em seu art. 91, inciso IV[561].

O controle concentrado, mais recente, pode ter sua introdução creditada a EC nº 16, de 26 de novembro de 1965, que alterou a redação ao art. 101 da Constituição de 1946, ao determinar a competência do STF para "processar e julgar a representação contra

---

Ribas Vieira). O Supremo Tribunal Federal em tempos de mudanças: parâmetros explicativos. Disponível em: http://pesquisaconstitucional.files.wordpress.com/2010/06/o-supremo-tribunal-federal-em-tempos-de-mudancas.doc. Acesso em 13 jan. 2012, p. 31, p. 5.

[560] A atuação do Supremo Tribunal Federal circunscrevia-se à análise da "validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais" quando a decisão, em sede recursal, dos tribunais estaduais, "considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas" (art. 59, §1º, alínea "b"). BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

[561] BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm Acesso em: 3 nov. 2012. É de destacar, no mesmo texto, a "ação interventiva", que permitia a intervenção da União nos estados, para "para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais" (art. 12, V), em decorrência da promulgação de uma lei de iniciativa privativa do Senado Federal (art. 41, §3º), mas que somente se efetuaria "se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade" (art. 12, §12º), na Constituição de 1934 distancia-se dos contornos de um controle abstrato.

inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual", que somente poderia ser encaminhada pelo Procurador-Geral da República (art. 101, I, "k")[562].

A CF-88, na sua redação original, inovou ao reforçar sobremaneira o controle abstrato, introduzindo duas alterações substanciais: a ação de inconstitucionalidade por omissão e a ampliação da legitimação para a propositura de ADI, por ação ou omissão (art.103)[563]. Esse arranjo não permaneceu inalterado. Teve-se, em verdade, um processo de ampliação das atribuições e incremento do poder de intervenção do STF, inclusive quanto à vinculatividade de suas decisões sobre demais poderes e órgãos jurisdicionais. Se o modelo de judicialização da política já parecia viável no texto de 1988, as emendas que o modificaram e a legislação que lhe assegurou eficácia jurídica acentuaram este processo.

Inicialmente, a EC n.º 3/93 ampliou o espectro de ações do controle concentrado, ao prever a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). A legislação regulamentadora dessas ações (Lei n.º 9868/99 e Lei n.º 9882/99) previu a "manipulação dos efeitos da decisão"[564] e reforçou a vinculatividade destas[565], instrumentos cuja aplicação pelo STF é objeto de ferrenhas críticas. Referidas normas também avançaram na democratização dos meios de acesso ao Tribunal, para

---

[562] BRASIL. **Constituição da República os Estados Unidos do Brasil,** de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: 3 nov. 2012. Previu-se, ainda, no art. 124, XIII, a possibilidade de que a lei estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município, em conflito com a Constituição do Estado.

[563] A preferência do controle abstrato sobre o difuso justifica-se por razões jurídicas e também políticas. Do "ponto de vista político", o controle concentrado apresenta como vantagens " a ausência de custo político para quem propõe, a possibilidade de veto de uma proposta do Executivo ou da maioria legislativa, o caráter de maior visibilidade de uma ação direta de inconstitucionalidade e seu efeito midiático provocado pela abrangência *erga omnes* do julgamento". No plano jurídico, "a ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautela" convertem-se em fatores que justificam a busca pelos instrumentos deste controle. CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão de constitucionalidade no desenho institucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 12, n. 23, jan./abr. 2010 , p. 176-207, p. 196.

[564] "Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado." BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

[565] "Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal." BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

aprofundar sua interação com os diversos setores, com a "abertura do controle de constitucionalidade" através da previsão de audiências públicas, admissão do *amicus curiae* nos processos de controle abstrato e outras providências.

A mais substancial reforma, contudo, foi empreendida pela EC n.º 45/05 (Reforma do Judiciário), que também promoveu alterações na estrutura do Poder Judiciário e do Ministério Público.

O assoberbamento de processos no STF – em verdade, em todos os órgãos jurisdicionais – deu margem à normatização de instrumentos tendentes a reduzir este montante naquela Corte, como as súmulas vinculantes (art. 103-A), e a inserção do requisito da repercussão geral para conhecimento do recurso extraordinário (art. 103, §3º), num movimento no sentido de assegurar eficácia geral às decisões tomadas em sede de controle difuso. Em contrapartida, também foi previsto: o alargamento das "normas de referência" para fiscalização de constitucionalidade, pela inserção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional; a extensão do rol de legitimados para a propositura de ADI para ADC; a ampliação das questões sindicáveis por meio de recurso extraordinário, sendo incluído o "controle da validade de uma lei local contestada em face de lei federal". Por fim, garantiu-se *constitucionalmente* (no art. 102, §2º) a já comentada vinculatividade das decisões proferidas nas ADIs e ADCs, com a viabilidade de uso da reclamação constitucional - inserida dentre as competências do próprio STF, no art. 102, I, "l" - nas hipóteses de desobediência a estes julgados[566].

É importante ressaltar que o STF, como "guardião da Constituição", concilia o exercício do complexo controle abstrato com a revisão judicial no controle difuso, que o converte numa "terceira instância judicial" - como usualmente o órgão é denominado dentre os juristas de profissão. Tudo isto sem prejuízo das amplas competências ordinárias, decorrentes do extensivo rol do art. 102 da CF-88[567]. Distingue-se de "outras cortes

[566] Já havia uma tendência legislativa na reconfiguração de institutos do processo civil, a partir de alterações na legislação processual, a fim de garantir agilidade e efetividade aos procedimentos. Referidos objetivos parecem mais claros na EC n.º 45, que promoveu a "Reforma do Judiciário", diante de inovações como a inserção do "princípio da razoável duração dos processos" (art. 5º, LXXVIII), a inserção de um critério de proporcionalidade entre juízes/ população e demanda (art. 93, XIII, CF-88, ao afirmar que "o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população"), a regra da imediata distribuição dos processos em todos os graus de jurisdição (art. 93, VX) a determinação de que a atividade jurisdicional será ininterrupta, vedando-se férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau (art. 93, XII). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

[567] São competências as mais diversas, como o julgamento de infrações penais comuns e dos crimes de responsabilidade de autoridades políticas, de remédios constitucionais (mandado de segurança e habeas data) contra importantes agentes políticos ou habeas corpus em que autoridades são "pacientes", de litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e entes federativos e causas e conflitos entre estes, de extradição

constitucionais", especialmente quando se compara as normas estabelecedoras de suas competências – os arts. 102 e 103 da Constituição - com os chamados "domínios típicos da justiça constitucional" que, segundo JJ. Gomes Canotilho, abrangem:

> (1) Litígios constitucionais ('Verfassungstreitigkeiten'), isto é, litígios entre os órgãos supremos do Estado (ou outros entes com direitos e deveres constitucionais); (2) Litígios emergentes da separação vertical (territorial) de órgãos constitucionais (ex: federação e estados federados, estados e regiões); (3) Controlo da constitucionalidade das leis e, eventualmente, de outros actos normativos (Normenkontrolle); (4) Protecção autónoma de direitos fundamentais ("Verfassungsbeschwerde, 'recurso de amparo'); (5) Controlo da regularidade da formação dos órgãos constitucionais (contencioso eleitoral) e outras formas importantes de expressão política (referendos, consultas populares, formação de partidos); (6) Intervenção nos processos de averiguação e apuramento da responsabilidade constitucional e, de um modo geral, a defesa da Constituição contra crime de responsabilidade (Verfassungsschutzverfahren)[568].

Em outras democracias constitucionais, as competências previstas no art. 102 da CF-88 seriam distribuídas em três formatos de instituições judiciais: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância. Ademais, a previsão do art. 60, §4º, permite ao STF afirmar deter a "última palavra" sobre temas constitucionais, "reduzindo a possibilidade de que o Tribunal venha a ser circundado pelo Congresso Nacional, caso este discorde de um dos seus julgados, como acontece em muitos países", apreciar omissões inconstitucionais dos demais poderes e assegurar implementação de direitos fundamentais através do julgamento dos mandados de injunção[569].

Como lembra Ivo Dantas, talvez a destinação ao STF e aos juízes ordinários do controle e mediação nos embates entre as instâncias políticas tenha ocorrido em proporção mais avançada do que em outros sistemas democráticos, por também ser órgão de cúpula do Poder Judiciário. Para o autor, este é indício de posição privilegiada da jurisdição frente aos demais poderes, pois detém a prerrogativa de, em última instância, dar a "palavra final" sobre

---

solicitada por Estado estrangeiro; revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; execução de sentença nas causas de sua competência originária, embora atos processuais sejam delegáveis; mandados de injunção; conflitos de competência em que tribunais superiores estão envolvidos; sem prejuízo dos recursos ordinários. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

[568] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 789.

[569] VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008, p. 447.

seus próprios atos[570]. Ao lado das amplas competências que lhe foram atribuídas, o Judiciário brasileiro possui a função de garantia de um sistema de direitos que o permite abordar quase todas as grandes questões da vida política nacional.

Esta amplitude e concentração de competências permitem aos estudiosos do STF irem além da mera distinção dos processos de controle de constitucionalidade diante das ações diretas do controle abstrato e recursos do controle difuso. Para Joaquim Falcão *et al*, a partir de uma ampla coleta de dados e dos padrões processuais ali desenvolvidos, o Tribunal comporta-se como três cortes distintas, com três *personas* fundidas em apenas uma instituição: corte constitucional, recursal e ordinária[571].

A corte constitucional ocupa-se do controle concentrado, na apreciação da ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), mandado de injunção (MI) e proposta de súmula vinculante (PSV).

Já a corte recursal refere-se ao julgamento das ações que chegam ao Tribunal por força do questionamento de decisões tomadas por outras instâncias judiciais quanto à matéria constitucional – no exercício do controle difuso (concreto e individualizado), cujas principais categorias são os recursos extraordinários (RE) e agravos de instrumento (AI).

Por fim, a corte ordinária aprecia os feitos não incluídos nas categorias anteriores, especialmente nos casos em que o Supremo exerce sua função jurisdicional como "tribunal de instância única no caso individual", como ocorre, por exemplo, nos processos movidos contra membros do Congresso ou casos de extradição[572].

---

[570] DANTAS, Ivo. **Constituição & processo (vol. I)**: introdução ao direito constitucional processual. Curitiba: Juruá, 2003, p. 259.

[571] Seria possível identificar, inclusive, quatro indicadores que "mudam sistematicamente" entre cada uma dessas feições: "(a) a quantidade de processos e suas variações ao longo do tempo; (b) o tribunal de origem; (c) a movimentação do processo dentro do Supremo até seu arquivamento; (d) a natureza das partes." FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números** - o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 16. Os autores, após a análise de 1.222.102 processos do STF no período de 1988 até 2009, vislumbraram a utilização de 52 classes processuais distintas para acesso ao Tribunal.

[572] FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números** - o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 19-20. Em estudo distinto, para Oscar Vilhena Vieira, pode-se constatar que, enquanto foro especializado, para julgamento criminal de altas autoridades, há mais de 250 denúncias contra parlamentares, o que torna o tribunal uma espécie de "primeira instância privilegiada" e lhe atribui certo "poder" em relação aos parlamentares. Ter-se-ia uma faceta quanto às suspensões de liminares, o que lhe atribuiria o julgamento de "atos secundários" do Poder Executivo e do Poder Legislativo, no que o autor denomina de "tribunal de pequenas causas políticas", ressaltadas pela apreciação dos processos de extradição, homologação de sentenças estrangeiras e outros. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008, p. 448-449.

No que se refere aos institutos, há uma inegável prevalência da corte recursal – que concentra 91,69% ou 1.120.597 processos (*sic*) e se caracteriza pela forte presença de entes públicos como parte – Executivo Federal, sobretudo[573].

A corte constitucional, que nunca representou mais do que 3% do total de processos avaliados"[574], conta com apenas 0,51% do total de processos julgados (6.199 processos). É de se destacar, em detrimento da relevância da CF-88 para a judicialização da política, que, desde a promulgação do texto, os processos de controle concentrado tiveram "dois picos" – que os autores denominam de "ondas" – a primeira no período entre 1988-90 e a segunda em 2008, que atribuem à receptividade do mandado de injunção, a partir da alteração da jurisprudência então firmada na corte em 2007 – tema que será abordado oportunamente.

A corte ordinária responde por um percentual de 7,80% (95.306 processos). No total, chega-se a inimaginável marca de 1.222.102 de processos no STF, no período de 1988-2009.

Mencionados aspectos são fundamentais para pôr em perspectiva a análise da atuação do tribunal, especificamente no que concerne às respostas às demandas encaminhadas à corte e caracterização de seu ativismo – ou autocontenção.

7.3 Como o STF responde às demandas? Uma incursão pela pesquisa empírica sobre a atuação da Corte no controle de constitucionalidade abstrato

Neste item, passo à exposição de alguns dados coletados entre os cientistas políticos sobre a atuação do STF – elemento importante para a caracterização (ou rejeição) do ativismo da corte, no que se refere à revisão judicial de legislação.

As pesquisas cujos resultados serão aqui expostos debruçam-se primordialmente sobre a atuação do STF quanto ao controle concentrado (ADIs, ADCs e – em alguns trabalhos – as ADPFs e os MIs). Infelizmente, o importante meio do controle difuso, que conta com o recurso extraordinário como seu principal instrumento, não é objeto de pesquisas mais detalhadas, embora seja um dos mais relevantes meios processuais para concretização de um ativismo – especialmente na sua dimensão processual/jurisdicional, como será visto posteriormente.

---

[573] Os maiores litigantes do STF recursal são os entes públicos. Em verdade, dos 12 maiores, apenas a Telemar (oitava) não compõe a Administração Pública. Mais 50% destes processos referem-se a Caixa Econômica Federal, União e INSS, nesta ordem, com a ressalva de a primeira é recorrente em quase 100% dos casos. FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números** - o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 68-69.

Devo ressaltar, porém, que minha análise é mais ampla: abrange o controle de constitucionalidade exercido pelo STF, no julgamento das ações do controle concentrado, mas pretendo avaliar alguns dos entendimentos firmados em sede de controle difuso, especialmente no julgamento dos recursos extraordinários e na edição das súmulas vinculantes.

Ainda quanto às pesquisas coletadas, importante destacar que, decorridos mais de 20 anos – quase 25 – da promulgação da CF-88, pode-se confrontar as conclusões referentes à atuação do STF nos anos 1990 com os trabalhos produzidos a partir dos anos 2000, que caracterizaram um período de intensa discussão acadêmica sobre os temas da judicialização da política e do ativismo judicial. Considerando que as pesquisas abrangem períodos e objetos distintos, tentarei – sempre que possível – fazer as ressalvas pertinentes, lembrando que o mais relevante é avaliar tendências na atividade da corte e confrontar as distintas percepções sobre seu ativismo dentre cientistas políticos e juristas[575].

Estes trabalhos não se ocupam, propriamente, de estabelecer fases no estudo do controle de constitucionalidade, embora já seja possível verificar alterações no comportamento dos atores que demandam a atuação do STF e na sua jurisprudência quanto a determinados temas e institutos[576].

---

[574] FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números** - o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 38.

[575] Marcus Faro de Castro, numa das pesquisas pioneiras, analisou 1.240 ementas de acórdãos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (publicados no DJU no primeiro semestre de 1994) - no total, foram publicados 7.955 acórdãos no mesmo ano. CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997, p. 144-48. A pesquisa que teve Carlos Ari Sundfeld como coordenador refere-se às ADIs, ADPFs e ADCs propostas perante o STF entre 1988 e julho de 2010, contra atos do Legislativo (Congresso Nacional) e Executivo federais. SUNDFELD, Carlos Ari *et al*. **Controle de constitucionalidade e judicialização**: o STF frente à sociedade e aos Poderes. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Projeto Observatório da Justiça Brasileira. Ministério da Justiça. Disponível em: http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/controle_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf. Acesso em: 18 nov. 2011, p. 16. O trabalho de Thamy Progrebinsky refere-se ao controle concentrado (ADIs, ADPFs e ADCs do Legislativo Federal), entre os anos de 1988 a 2009. PROGREBINSKY, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

[576] Luiz Werneck Vianna mostra a possibilidade de, ao estudar ADIs ao longo de dezessete anos, poder agrupá-las em "três momentos históricos bem definidos: o da sua institucionalização até o final do governo Itamar Franco, os dois governos de Fernando Henrique Cardoso e os três primeiros anos do governo Lula." VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)**, v.19, n. 2, p. 39-85, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf. Acesso em: 18 mai 2008, p. 42. No sentido de alteração quanto aos demandantes e aos temas, a pesquisa coordenada por Carlos Ari Sundfeld (Sociedade Brasileira de Direito Público) mostra que há "variação considerável com a mudança de governos". SUNDFELD, Carlos Ari *et al*. **Controle de constitucionalidade e judicialização**: o STF frente à sociedade e aos Poderes. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Projeto Observatório da Justiça Brasileira. Ministério da Justiça. Disponível em: http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/controle_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf. Acesso em: 18 nov. 2011, p. 10. Segundo Progrebinsky, "parece não haver duvidas, portanto, de que as chances de uma ADI ou ADPF ser bem-sucedida praticamente dobra durante o governo Lula".

7.3.1 Da prevalência das questões processuais sobre as decisões de mérito

Os trabalhos oriundos de dados coletados nos anos 1990 mostravam uma corte tímida, cuja estratégia parecia ser a de abstinência política, sob a fórmula preferencial do não julgamento das ações. Faro de Castro, em estudo inaugural, aludia ao fato de que metade das ações propostas não era julgada pelo Supremo. Mesmo quando apreciadas, a tendência geral era de rejeição, após a constatação do não atendimento aos pressupostos procedimentais para propositura das ações[577].

A mesma tendência foi observada no famoso trabalho de Vianna *et al,* publicado em 1999 e que abrangia o período de 1988 a 1998. Cogitava-se, em seu início, a possibilidade de que o STF rechaçaria as demandas apresentadas em sede de controle concentrado, como havia procedido na análise de algumas garantias constitucionais – cujo maior exemplo era a interpretação então atribuída ao mandado de injunção. Essas suposições encontraram amparo nos dados coletados, quando consignaram que expressivo número das ADINS analisadas não havia sido objeto de pronunciamento da corte[578].

As pesquisas mais recentes sobre o controle concentrado das normas federais mostram a manutenção desta tendência de"ações sem resposta", que acabaram "ficando pelo caminho" - cuja extinção sem julgamento de mérito ocorre em virtude de aspectos processuais como a ilegitimidade da parte, impossibilidade jurídica do pedido, perda do objeto e outros. Tome-se, como exemplo:

> Dentre o universo de 877 ações questionando atos do Executivo e 458 impugnando atos do Legislativo federal, poucas são as ações que culminaram com um julgamento definitivo de mérito. O total de ações sem resposta final envolvendo atos do Executivo e do Legislativo federais alcança os 94% e 79%, respectivamente. Assim, é baixa a quantidade de casos que atingiram o julgamento final de mérito por parte do Tribunal: 6% e 21%, respectivamente[579].

PROGREBINSKY, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 77.

[577] CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997, p. 144-48; p. 154.

[578] Observou-se, na pesquisa, um universo de 228 ações sem apreciação: destas, 94 não tinham decisão final e não havia sido formulado pedido liminar; as 134 restantes ainda aguardavam qualquer apreciação. VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**.Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 115-117.

[579] SUNDFELD, Carlos Ari *et al*. **Controle de constitucionalidade e judicialização**: o STF frente à sociedade e aos Poderes. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Projeto Observatório da Justiça Brasileira. Ministério da Justiça. Disponível em: http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/controle_de_constitucionalidade_e_judicializaca

No universo das questões processuais, percebia-se antes uma peculiaridade: quando formulado pedido liminar nas ações, o tribunal costumava apreciá-las, mas demorava a prolatar julgamento meritório. A distância entre os julgamentos era creditada a uma atitude de certa reserva ou parcimônia quanto à explicitação de sua jurisprudência e receio dos impactos de certas questões no sistema constitucional[580]. Cogitava-se, assim, uma espécie de diálogo institucional, especificamente no controle das medidas provisórias, que constituía um importante instrumento de governo. A então possibilidade de reedição destas e sua "curta duração" converteriam a decisão cautelar num indício do julgamento final da corte, como um aviso, para que o governo procedesse à alteração do texto nas suas reedições, amoldando-o à Constituição, e evitasse, ao final, a rejeição definitiva em decisão de mérito[581].

Essa estratégia de preferência pela apreciação liminar entrou em aparente desuso a partir de 2002, de modo que o STF deixou de ser um "tribunal de liminares", como parece ser consenso entre os estudiosos do tema[582]. O que não implicou, contudo, numa predileção pela prolatação de julgamentos meritórios. Em verdade, são muitas as ações que ainda não receberam qualquer manifestação do STF.

---

o.pdf. Acesso em: 18 nov. 2011, p. 77. Destaca-se, neste universo, as ações quanto às normas do Executivo Federal, que teriam maior probabilidade de serem extintas em face da perda do objeto, p. 10.

[580] Já no caso das liminares, das 1101 ADINs que tiveram este pedido cautelar analisado, 761 (69,2%) aguardavam decisão definitiva. VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**.Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 115-117.

[581] CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Revisão abstrata de legislação e judicialização da política no Brasil.** São Paulo: USP, *mimeo*, 2005, p. 140-141. VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 144. A Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, alterou o art. 62 da CF-88, e limitou a edição de Medidas Provisórias, especialmente sua reedição sucessiva, objeto de freqüente crítica sobre o avanço do Poder Executivo nas competências legislativas.

[582] PROGREBINSKY, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 21. SUNDFELD, Carlos Ari *et al*. **Controle de constitucionalidade e judicialização**: o STF frente à sociedade e aos Poderes. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Projeto Observatório da Justiça Brasileira. Ministério da Justiça. Disponível em: http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/controle_de_constitucionalidade_e_judicializaca o.pdf. Acesso em: 18 nov. 2011, p. 9-10; p. 21. Vianna observa, todavia, que este "recurso está amplamente difundido na lógica de atuação dos membros da comunidade de intérpretes.", uma vez que, do total de Adins analisadas – de 1988 a 2005 - em torno de 86% apresenta pedido de liminar. No que se refere às normas dos legislativos estaduais - 57,2% haviam sido deferidas ou parcialmente deferidas –, em relação às normas federais, a relevância das normas que tiveram a liminar deferida no governo Lula pareciam manter a validade do instituto: Adin 3068, ajuizada pelo PFL contra a medida provisória 136/2003, que trata da estrutura organizacional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade; Adin 3369, ajuizada pelo Ministério Público contra as mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, que trata da remuneração de servidores do legislativo; Adin 3467, ajuizada pelo PSDB contra medida provisória 242/2005, que altera os critérios de cálculo de auxílio-doença da previdência social; Adin 3578, ajuizada pelo PC do B contra medida provisória 3192/2001, que estabelece critérios para a privatização de instituições financeiras. Essa medida provisória foi aprovada ainda no período FHC e questionada pelo PC do B em 2005. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete Anos de Judicialização da Política. **Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)**, v.19, n. 2, p. 39-85, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf. Acesso em: 18 mai 2008, p. 77.

Neste sentido, como lembra Sundfeld *et al*:

> O primeiro dado que salta aos olhos é o número de ações extintas sem qualquer tipo de resposta do STF. No caso de questionamento de atos normativos oriundos do Executivo, o número de ações sem resposta equivale a 46%, enquanto do total de ações relativas a atos emanados do Legislativo, 33% delas não receberam resposta. Portanto, somando com as que aguardam julgamento, o percentual de ações sem resposta envolvendo atos do Executivo é de 71%, ao passo que o percentual de ações sem resposta envolvendo atos do Legislativo é de 60%.
> Já no universo das ações com resposta, nota-se que, no caso do Executivo, a maior parte delas (12%) é composta de processos que foram extintos sem julgamento de mérito e com a liminar julgada improcedente. No caso do Legislativo, os dois principais tipos de processos que aparecem (11% e 10%, respectivamente) são de ações em que houve julgamento de mérito, sendo 11% julgadas procedentes e 10% julgadas improcedentes[583].

A mesma tendência, sob pressupostos diversos, é constatada por Progrebinsky, ao afirmar que, no total, 59,81% das ADIs e ADPFs ajuizadas entre 1988 a 2009 contra o Legislativo Federal ainda aguardavam julgamento final (nestas incluídas as ações que tiveram apreciação liminar), no ano de 2009[584].

A sobreposição de aspectos processuais sobre critérios materiais no processo decisório da Corte já era esperada pelos estudos que analisam a múltipla atividade do STF, e pode ser creditada – dentre outros fatores – ao excesso de atribuições e demandas recebidas pelo Tribunal[585], motivo pelo qual a conclusão de uma preferência pelo exercício das "virtudes passivas" parece precipitada.

---

[583] SUNDFELD, Carlos Ari *et al*. **Controle de constitucionalidade e judicialização**: o STF frente à sociedade e aos Poderes. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Projeto Observatório da Justiça Brasileira. Ministério da Justiça. Disponível em: http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/controle_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf. Acesso em: 18 nov. 2011, p. 35-36.

[584] A autora observa uma discrepância entre ADIs (39,26%) e ADFs (64,525), no mesmo período. PROGREBINSKY, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 27.

[585] Segundo os autores, "esta simples e inicial constatação, a grande multiplicidade de caminhos para se chegar ao Supremo, tem de imediato duas conseqüências importantes: (i) cristaliza e viabiliza as três *personas* identificadas neste relatório; e (ii) a mera e complexa escolha da porta de entrada já aponta a ênfase no direito processual no processo aumentando a carga de trabalho do próprio Supremo, provavelmente desviando-o para questões processuais em detrimento da decisão judicial substantiva demandada". FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números** - o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 20. Segundo Marcos Veríssimo, a amplitude de meios de "acesso popular à sua jurisdição" (sic), como a ampliação do rol de legitimados para o ajuizamento das ações do controle concentrado e a eliminação dos requisitos de relevância geral para conhecimento de recurso extraordinário (na redação original) gerou "soterrou essa mesma corte debaixo de uma avalanche de processos, obrigando-a a conciliar esse seu papel político, de instância de revisão e segundo turno da política representativa, com um papel bem mais "rotineiro" de prestador de serviços forenses, de "terceira instância" na estrutura judiciária tradicional de solução de disputas individuais. E assim é que, um ano antes de ser promulgada a atual Carta Constitucional, em 1987, computavam- se nas estatísticas de julgamento do órgão 20.122 casos resolvidos em doze meses. Vinte anos depois, ou seja, em 2007, essas mesmas estatísticas registravam 159.522 casos para o

7.3.2 Controle da Administração Pública e das normas dos legislativos estaduais: o STF se aproxima de um Conselho de Estado?

Os dados acerca do controle concentrado, em particular das ADIs, apontam para um STF que controla preponderantemente os legislativos estaduais em questões relacionadas à Administração Pública.

Interessante notar que a tendência ao ajuizamento de ações quanto ao tema da "Administração Pública" faz-se presente entre os atores "institucionais" - governadores e Ministério Público Federal. No que se refere ao último, ao qual se atribui a elevação do número de ADIs durante os primeiros anos do mandato do ex- Presidente Luís Inácio Lula da Silva[586], este também se ocupa – durante os dezessete anos analisados – com o tema "da racionalidade administrativa, e apenas secundariamente nos temas que envolvem interesses sociais e das minorias", de modo que "80% das ADIs de procuradores cuidam de matéria administrativa" e em sua maioria "tem como alvo os legislativos estaduais", pelo que se sugere que o "Ministério Público se aproxime de um papel afim ao de uma *intelligentzia* estatal ao atuar em favor da homogeneização da ordem jurídica".

No que concerne à "comunidade de intérpretes", embora se possa afirmar o requisito da "pertinência temática" como limitador da incluisão destes grupos no diálogo constitucional, mostra-se a maior "presença de associações de funcionários públicos e de empresários". A participação dos primeiros ratifica a impressão quanto à preponderância dos temas de Direito Administrativo ou, nas palavras dos autores, como "as Adins vêm sendo mobilizadas como instrumento de defesa de interesses de segmentos da Administração

---

mesmo período de tempo." VERÍSSIMO, Marcos P.. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, v. 4, p. 407-440, 2008, p. 410.

[586] Embora suas pesquisas comportem um período reduzido do mandato do ex- Presidente Luís Inácio Lula da Silva (apenas três anos), os dados de Vianna et al mostram que a "média anual de Adins do período Lula é bem mais alta que a dos períodos anteriores", em decorrência da "ampliação da presença do Ministério Público no cenário das Adins". E mais: "o principal fator a explicar o crescimento médio das Adins no período Lula é a ampliação em termos absolutos e relativos da presença do Ministério Público: do total de Adins propostas pelos procuradores nos dezessete anos estudados, quase 40% foram apresentadas no período Lula. Desse modo, os porta-vozes da opinião (partidos) e dos interesses (associações), que no período FHC chegam a responder por 54% do total das Adins, têm sua participação reduzida a menos de 37% do total no governo Lula. Inversamente, governadores e procuradores passam, juntos, a representar, nesse governo, 56,6% do total das Adins, confirmando a tendência observada na pesquisa anterior de que a arena das Adins se incorporou não apenas à prática política das esquerdas e das associações de trabalhadores, como forma de representação funcional das minorias, mas também à prática institucional de governadores e procuradores." VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)**, v.19, n. 2, p. 39-85, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf. Acesso em: 18 mai 2008, p. 48.

Pública em face das ações reformistas realizadas pelos poderes da União e dos estados da federação". Das associações, destacam-se a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), responsável por 96 ADIs ao longo de todo o período estudado, e a referentes aos policiais civis e militares, responsáveis por 50% das ADIs dos "funcionários públicos"[587].

Chega-se, assim, a importante conclusão:

> Se a essas duas categorias somam-se as Adins de procuradores e de outras associações que cuidam de interesses de corporações do direito, como defensores públicos e serventuários do judiciário, constata-se que **quase 68% dessas Adins giram em torno de questões atinentes à estrutura administrativa das instituições que zelam pela ordem jurídica do país.** É claro que o conjunto das Adins dessas entidades é bastante heterogêneo, incluindo não apenas a defesa de interesses corporativos, mas também uma pauta mais ampla, que tem contribuído para assegurar uma certa uniformidade nacional nos procedimentos relacionados ao funcionamento do sistema do direito[588]. (grifos inexistentes no original)

Espelha-se, na via judicial, uma das peculiaridades da CF-88, que consiste na intensa previsão sobre a Administração Pública, por princípios e regras regedores da atividade dos seus agentes e o(s) correspondente(s) estatuto(s) jurídico(s) de sua função (além das regras para sua aposentadoria), dos seus institutos (licitações e contratos, improbidade, concurso público, responsabilidade estatal) e estrutura.

Por isso, Vianna *et al* corroboram a leitura dos dados feita em 1999, de que o STF, no que diz respeito às ADIs, atua como um "conselho de Estado do tipo prevalecente em países de configuração unitária", ao intensificar "padrões de racionalização na administração pública". Garante-se, assim, a homogeneidade na produção legislativa estadual, em adesão à tradição política centralizadora no Brasil, como conseqüência de um alto índice de litigância contra normas dos legislativos estaduais[589].

---

[587] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)**, v.19, n. 2, p. 39-85, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf. Acesso em: 18 mai 2008, p. 61-62; p.42.

[588] "Já entre as Adins de associações de empresários, embora os segmentos do comércio e da indústria respondam, juntos, por pouco mais da metade (51,9%)" (p. 73). VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)**, v.19, n. 2, p. 39-85, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf. Acesso em: 18 mai 2008, p. 72.

[589] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)**, v.19, n. 2, p. 39-85, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf. Acesso em: 18 mai 2008, p. "A Adin também é recurso institucional estratégico de governo, instituindo, na prática, o Supremo Tribunal Federal como um conselho de Estado do tipo prevalecente em países de configuração unitária. A distribuição das Adins por classe temática – ver Tabela 12 – atesta esse fato em todas as suas cores: em dezessete anos, foi ajuizado um total de 2.178 em matéria de administração pública, 60% do total, sintoma evidente dos efeitos de recepção por parte do nosso direito constitucional do direito administrativo." "Por meio das Adins com essa destinação, intensificam-se

Quanto aos temas judicializados, a tendência centralizadora parece clara nas análises das questões relacionadas à federação, pela prevalência das ações contra normas estaduais.

Os conflitos federativos, neste sentido, podem ser horizontais (entre os entes da mesma "esfera federativa", especialmente os Estados-membros) e verticais (entre União e Estados). Os conflitos horizontais seriam amparados num federalismo predatório fiscal e a concessão de benefícios fiscais (guerra fiscal); ao passo que a redução da capacidade arrecadatória, aliada à normatização de limitação dos gastos, seriam os principais fundamentos dos conflitos judiciais verticais[590].

Há uma interessante distinção, nestes casos, quanto à apreciação das demandas do controle, pois "evitando se envolver no conflito quando julga processos de atores regionais (conflito horizontal), e isso se verifica pelos mesmos valores percentuais de processos que aguardam julgamento no conflito federativo e nas demais contendas", ao passo que "protege o poder central quando julga processos cuja União é parte (conflito vertical), e isso pode ser visto pelo alto percentual de ações ainda a serem julgadas". Deste modo, os autores reiteram a tese de que a ausência de resposta – ou a restrição judicial, ao que denominam de ativismo judicial negativo, teria resposta política, ao "manter o *status quo* no plano regional, cujos custos políticos e econômicos de se anular políticas fiscais e tributárias já sedimentadas pelo tempo são demasiadamente elevados, e protege a União Federal no plano nacional"[591].

---

padrões de racionalização na administração pública, garante-se a homogeneidade na produção legislativa, principalmente a que tem origem nos estados da federação – são 1.429 Adins, que equivalem a cerca de 40% do total, contra normas produzidas pelos legislativos estaduais na área de administração pública." (...)"Embora essa intervenção judicial na legislação dos estados se revista, em geral, de um inequívoco caráter racionalizador – já presente no governo FHC e notavelmente ampliada no governo Lula –, nota-se, pela envergadura com que é praticada, que ela pode ser mais um sinal da emergência de uma tendência, que toma fôlego em várias dimensões da vida social recente, no sentido de "corrigir" as relações entre a federação e a União em favor desta última." (..)"Na experiência institucional brasileira, o primado da União sobre a federação tem resultado de motivações modernizantes associadas a momentos de autoritarismo político, como nos anos de 1930 e, mais tarde, sob o regime militar no período 1964-1985."

[590] BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. **Ativismo judicial e federalismo fiscal**: o comportamento do Supremo Tribunal Federal. Trabalho apresentado no 7º Encontro da ABCP, de 4 a 7/08/2010, na Área Temática: Política, Direito e Judiciário. Disponível em: http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/12_7_2010_23_24_46.pdf. Acesso em 6 mai. 2011, p. 5-6.

[591] BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. **Ativismo judicial e federalismo fiscal**: o comportamento do Supremo Tribunal Federal. Trabalho apresentado no 7º Encontro da ABCP, de 4 a 7/08/2010, na Área Temática: Política, Direito e Judiciário. Disponível em: http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/12_7_2010_23_24_46.pdf. Acesso em 6 mai. 2011, p. 24-25.

7.3.3 O STF e suas relações com Executivo Federal e Congresso Nacional: uma corte deferente?

Nas ações efetivamente conhecidas pelo STF – ou seja, aquelas em que há decisão de mérito – é relativamente baixo o percentual de declarações de inconstitucionalidade concernente ao eixo mais complexo das interações em que se insere – a interações entre os poderes federais. Sobre o universo dessas ações, há uma predominância dos temas "servidor público", "tributário" e "seguridade social", direcionadas especialmente contra atos do Poder Executivo – sobretudo na alegação de "vícios de iniciativa" em projetos de lei de competência privativa de outros agentes políticos[592].

Quanto aos demandantes, a relevância dos partidos políticos, sindicatos e entidades de classe (e estes representam grupos de interesse razoavelmente homogêneos, com predominância dos interesses de carreiras públicas e do setor terciário da economia), é clara, pois correspondem respectivamente, a 71% e 80% das ações de controle concentrado nos casos do Executivo e Legislativo[593].

A conclusão da pesquisa de Sundfeld *et al* é que, "dentre todas as ações ajuizadas, em apenas 3% e 11%, houve julgamento de mérito procedente (total ou parcialmente), com definitiva revisão do ato normativo do Executivo ou Legislativo federais"[594].

---

[592] SUNDFELD, Carlos Ari *et al*. **Controle de constitucionalidade e judicialização**: o STF frente à sociedade e aos Poderes. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Projeto Observatório da Justiça Brasileira. Ministério da Justiça. Disponível em: http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/controle_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf. Acesso em: 18 nov. 2011, p. 27. Segundo Werneck Vianna et al, a tendência de centralização das políticas públicas na União, uma tradição cujas raízes são atribuídas aos momentos de autoritarismo político – anos 1930 e regime militar no período 1964-1985, permanece com a CF-88, como se verifica do debate sobre políticas sociais – Sistema Único de Saúde, os programas na área de educação, a Seguridade Social ("bolsa-família", por exemplo) e agências estatais de controle (Conselho Nacional de Justiça, Polícia Federal). Estes fatores explicariam que: "ao cruzar a classe temática da Adin e a origem da norma, a Tabela 5 indica que as Adins contra normas federais não estão tão concentradas na área da administração pública; entre as Adins contra o legislativo federal, 39,3% tratam de matéria administrativa, seguidas de política tributária (17%), regulação da sociedade civil (14,2%) e regulação econômica (10,5%); já entre as Adins contra normas do executivo federal, apenas 31% tratam de matéria administrativa, seguidas de Adins que tratam de regulação econômica (19,8%), regulação da sociedade civil (17,9%) e política tributária (15,5%)". (p. 50)

[593] SUNDFELD, Carlos Ari *et al*. **Controle de constitucionalidade e judicialização**: o STF frente à sociedade e aos Poderes. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Projeto Observatório da Justiça Brasileira. Ministério da Justiça. Disponível em: http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/controle_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf. Acesso em: 18 nov. 2011, p. 28.

[594] SUNDFELD, Carlos Ari *et al*. **Controle de constitucionalidade e judicialização**: o STF frente à sociedade e aos Poderes. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Projeto Observatório da Justiça Brasileira. Ministério da Justiça. Disponível em: http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/controle_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf. Acesso em: 18 nov. 2011, p-. 77.

No que se refere especificamente ao Legislativo Federal – dimensão das mais contestadas na atuação de um tribunal constitucional, diante da preocupação contramajoritária – as normas oriundas de sua deliberação são objeto de apenas 18,74% das ADIs, ADPFs e ADCs ajuizadas entre 1988-2009[595].

Essas ações, em verdade, abrangeriam um reduzido percentual do universo de normas promulgadas no mesmo período pesquisado, o que atingiria um dos pressupostos dos estudos da judicialização – a noção de uma desmedida interferência nos atos do parlamento. Isto porque, das 12.749 normas promulgadas entre 1988 a 2009 (4.541 Leis Ordinárias, 76 Leis Complementares, 62 Emendas Constitucionais e 8.070 Decretos Legislativos), apenas 87 foram apreciadas em seu mérito (0,7%) e apenas 46 "em alguma medida julgadas inconstitucionais". É de observar que são as Emendas Constitucionais as que alcançam maior juízo de mérito (9 das 62; 14,52%), sendo que, na verdade, apenas 5 tiveram sua inconstitucionalidade parcialmente declarada - ou seja, 8,06% do total[596].

Quanto à matéria apreciada, mais uma confirmação da preferência temática, pois, do "universo de 67 decisões de procedência, 26 se referem ao tema justiça", que corresponde à organização do Poder Judiciário e das Funções Essenciais à Justiça – Ministério Público e advocacia, "de modo que a atividade é preponderantemente voltada ao seu poder"[597].

Os dados mais recentes coletados por Thamy Progrebinsky e suas conclusões corroboram o anteriormente exposto por Ernani Carvalho, ao afirmar – quanto ao julgamento das ADIs – que a atuação do STF atendia a uma "lógica de seletividade e especificidade", em termos que merecem transcrição:

> Não vamos repetir os dados expostos. Em todos eles, um após o outro, o Procurador-Geral da República apresenta-se como o grande parceiro do Tribunal Constitucional brasileiro no *rule making*. Contudo, como foi visto, a parceria limita-se a um campo bem específico, qual seja, a administração judicial.
> Por outro lado, a tese de que o Supremo Tribunal Federal, com base na revisão abstrata da legislação, vinha assumindo papéis importantes no processo decisório fica seriamente comprometida. Os dados demonstram que

[595] PROGREBINSKY, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 23.
[596] Para a autora, isso seria zelar pela "guarda da constituição". PROGREBINSKY, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 109-113. Pode-se interpretar que esta preferência afirma o monopólio da interpretação constitucional, correndo-se o risco de "engessar o debate".
[597] No que se refere a universo de ações catalogadas como "políticas" (8 ADIs ou 12% do final) e, desses, 5 referem-se a Administração Pública – e neste tema são incluídas as famosas ADIs sobre verticalização das coligações partidárias e "cláusula de barreira". PROGREBINSKY, Thamy. **Judicialização ou Representação?** Política, Direito e Democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 67-8. Grafico 2.1

> o único papel que a Corte Suprema indica almejar é o de dar a última palavra em assuntos judiciais[598].

Não por acaso, nos primeiros anos após a promulgação da Constituição, a posição das instâncias ordinárias e do STF foi alvo de severas críticas por parte dos doutrinadores comprometidos com a efetividade constitucional. O otimismo em torno do Judiciário brasileiro não teve, de imediato, correspondência na sua atuação, de sorte que as pesquisas quantitativas afastavam a percepção de uma corte ativista[599].

A opção por determinados temas permitia falar de certa parcimônia do STF no exercício da já badalada imposição dos valores e regras constitucionais aos órgãos de representação majoritária[600]. Assinalava-se que, nos momentos de crise do período, em que se vislumbrou a possibilidade de graves lesões à democracia, o Tribunal preferiu não intervir[601].

No plano institucional, os dados redundavam na conclusão de que o "STF tem sido muito cuidadoso ao administrar suas relações com os demais poderes, evitando o comportamento que a bibliografia qualifica como ativismo judicial", ainda quando apontavam uma tendência de maior adesão da corte ao papel de "guardiã dos direitos fundamentais". Imaginava-se, contudo, que o constante recurso às vias judiciais por parte dos atores políticos reduziria as "resistências do Supremo Tribunal Federal em assumir suas atribuições"[602].

Os estudos mais recentes corroboram esta opinião:

> Em relação ao controle repressivo de constitucionalidade, os resultados apontam para vários pontos de interesse, mas nenhum deles permite afirmar que o Supremo Tribunal Federal seja uma Corte ativista, não permitem nem mesmo situar em quais momentos poderiam ser apontados focos de "judicialização". O perfil que pode ser traçado a partir dos dados encontrados é o de uma Corte que recebe demandas de um grupo de atores relativamente homogêneo, e decide muito pouco sobre o mérito das ações[603].

---

[598] CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Revisão abstrata de legislação e judicialização da política no Brasil.** São Paulo: USP, *mimeo*, 2005, p. 146.

[599] O estudo de Faro de Castro concluía que "com exceção da política tributária, o STF preponderantemente não tem desenvolvido jurisprudência em proteção a direitos individuais e em contraposição às políticas governamentais." CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997, p. 144-48; **p. 154.**

[600] "Curiosamente, os requerentes que mais acionam o tribunal (partidos políticos e confederação sindical e entidades de classe) são também os que possuem, em termos proporcionais, os piores desempenhos. Parece que a idéia de uma adjudicação compartilhada, beirando uma "democracia participativa" constitucional não foi absorvida pelo STF. CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. **Revisão abstrata de legislação e judicialização da política no Brasil.** São Paulo: USP, *mimeo*, p. 140-142, 136, 138.

[601] CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista de Sociologia e Política**, Curitiba-PR, v. 23, p. 115-126, 2004, p. 118-119.

[602] VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**.Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 48; p. 53.

[603] SUNDFELD, Carlos Ari *et al*. **Controle de constitucionalidade e judicialização**: o STF frente à sociedade e aos Poderes. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Projeto Observatório da Justiça Brasileira. Ministério da Justiça. Disponível em:

Em verdade, a partir dos dados coletados, as impressões variam[604], mas há uma prevalência do entendimento de que o STF é "pouco ativista", entre os cientistas políticos.

Esta não seria uma característica própria do tribunal brasileiro, mas uma a confirmação de "certo conservadorismo e cautela das cortes constitucionais, em especial quanto ao executivo, a fim de reduzir as probabilidades de conflitos com estes ramos de governo". Contudo, no caso do STF, "não se reflete em uma timidez exagerada", sendo possível questionar-se "dois fenômenos empíricos: a assertividade da Justiça e a aceitação (mesmo acompanhada de altas reclamações) disso pelo Executivo e seus aliados no Congresso", segundo Matthew Taylor[605].

7.4 Como interpretar os dados? Uma defesa da análise dos processos decisórios do STF

O resultado dos julgados em sede de controle concentrado mostra que a atuação do STF, certamente condicionado pelas demandas que lhe são dirigidas: (a) concentra-se nos temas relacionados ao Direito Administrativo; (b) tem como objeto a legislação estadual; (c) prepondera o julgamento dos aspectos processuais, pois poucas são as ações julgadas quanto ao mérito; (d) as efetivas declarações de inconstitucionalidade correspondem a um baixo percentual das ações decididas, enfim.

Na definição de ativismo proposta pela tese, sua caracterização - ou a preferência pela autocontenção – como objeto compartilhado, depende da apreciação dos fundamentos da atuação judicial. Isto porque alguns dos temas submetidos à apreciação do tribunal e sua opção por interferência demonstram a necessidade de avaliação qualitativa da atuação do STF, sempre com vistas à hipótese de que o "problema" não é o numero de ações julgadas

---

http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/controle_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf. Acesso em: 18 nov. 2011, p. 9-10.

[604] Em sentido contrário, Veríssimo afirma que, "segundo informações contidas no sítio do STF na internet, parece haver, de modo geral, uma razoável propensão do tribunal a proferir juízos de inconstitucionalidade nos casos que lhe são submetidos", pois dentre "as Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas pelo mérito entre 1988 e 2008 (978 ações), nada menos que 66,46% foram julgadas procedentes. Das restantes, 16,97% foram julgadas parcialmente procedentes e apenas 16,57% foram julgadas totalmente improcedentes. Em relação aos pedidos de liminar em ADI julgados pelo mérito (442), o mesmo ocorre. Em 55,43% dos casos a liminar requerida foi deferida integralmente. Em 16,06% dos casos foi deferida em parte e apenas em 28,51% dos casos foi totalmente indeferida (BRASIL, 2008a)." VERÍSSIMO, Marcos P.. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, v. 4, p. 407-440, 2008.

[605] Por isso, o autor alerta: "como o jogo é interativo, e os atores podem aprender com os turnos anteriores, em algum momento se espera que o Executivo reaja a essas provocações ou que o Judiciário capitule. Talvez estejamos mais próximos da segunda situação". TAYLOR, Matthew M.. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **DADOS –** Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/dados/v50n2/a01v50n2.pdf. Acesso em: 10 nov. 2012, p. 236.

procedentes que, conseqüentemente, implicariam na declaração de inconstitucionalidade. E que a anulação, por conseguinte, configura intervenção na esfera legislativa e executiva e sobre as demais instâncias judiciais. Realmente, o mais complexo é definir como isso ocorre.

Não despropositadamente, as pesquisas empíricas hoje apontam para um outro caminho: a necessidade de se avaliar os processos decisórios do Tribunal, uma vez que "a importância do STF no cenário político atual não decorre da quantidade de ações que julga, mas da "maneira como decide temas relevantes", de modo que se encaminham ao "mapeamento, por meio de um estudo qualitativo, técnicas de julgamento e procedimentos decisórios usados pelo STF para delimitar seu próprio espaço de deliberação".

> A análise qualitativa e crítica do próprio processo decisório do STF tem por objetivo alimentar um debate teórico sobre a legitimação do Tribunal, quando decide casos normalmente considerados pela literatura ou pelo senso comum como sendo exemplificativos de um fenômeno de "judicialização da política". Por detrás do estudo da "judicialização da política", está um debate mais fundamental sobre a legitimidade democrática do controle judicial da produção normativa de Poderes democraticamente eleitos. E para se inserir nesse debate, é preciso ir além da discussão no plano dos princípios sobre "separação dos Poderes" e iniciar uma agenda de pesquisa empírica sobre desenho institucional, processo decisório e argumentação do Tribunal. Pesquisas sob este enfoque poderão revelar as escolhas institucionais que estão sendo feitas ou que ainda serão feitas acerca do limite de competência entre os Poderes e sua interação com a sociedade civil[606].

Ou seja: o exame de questões metodológicas é necessário para a caracterização das conseqüências institucionais das decisões do STF, de sorte que estas – se anulam decisões ou não – espelham sua resposta às demandas que lhe são apresentadas, mas também seu interesse ao alargamento de competências frente aos demais poderes, seja pelo avanço sobre suas atribuições ou na substituição de suas escolhas, sem prejuízo da concentração de funções em detrimento das demais instâncias jurisdicionais.

A análise conjunta certamente afasta uma perspectiva criticável – o chamado "exemplarismo" em que algumas decisões levam à conclusão de uma corte ativista -, e também possui o efeito inverso: evita ilações sobre a irrelevância do tribunal no jogo institucional, amparadas em percentuais que denotam seu "restritivismo", sem atentar para sua fundamentação.

---

[606] "SUNDFELD, Carlos Ari *et al*. **Controle de constitucionalidade e judicialização**: o STF frente à sociedade e aos Poderes. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Projeto Observatório da Justiça Brasileira. Ministério da Justiça. Disponível em: http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/controle_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf. Acesso em: 18 nov. 2011, p. 80, p. 20.

Mesmo as decisões que não julgam o mérito, amparadas no não atendimento de um requisito processual, ou aquelas que mantêm a norma impugnada podem repercutir nesse arranjo, seja na competência do Tribunal na apreciação do instituto, seja pelo anúncio da viabilidade de intervenção no tema. E a ausência de decisão pode denotar um juízo político, pela anuência com a norma sujeita à avaliação.

As decisões de inconstitucionalidade também não implicam necessariamente numa manifestação de primazia do STF na interpretação judicial, quando assentam, por exemplo, a necessidade de deliberação parlamentar ou regulamentação posterior sobre o tema, ainda que essas medidas estejam sujeitas à revisão posterior – sempre dependente da provocação dos legitimados para a propositura da ação, cabe ressaltar. Mas, dentre os juristas, estas podem ser criticáveis, sob o rótulo de ativismo, quando parecem mostar que a deliberação parlamentar posterior está sujeita à avaliação da corte, sob os mesmos cânones da decisão anteriormente prolatada.

Ainda no plano da rejeição da norma, as denominadas sentenças manipulativas permitem à corte transitar por diversas possibilidades, sem se restringir à dicotomia procedência/improcedência da ação. Seria possível adaptar o entendimento às circunstâncias fáticas, resguardando as situações jurídicas já produzidas em virtude da vigência da norma impugnada ou assegurando o tempo necessário para que os demais poderes tomem as providências necessárias para a adequação à “solução constitucional”. O emprego da possibilidade de “manter a norma impugnada”, com a fixação da “interpretação compatível ou conforme à constituição”, para alguns autores, é vista como uma deferência às decisões dos demais ramos ou indício do engajamento em um diálogo institucional.

É o que defende Thamy Progrebinsky, que credita a institutos como "interpretação conforme a constituição", "declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto" (repudia-se determinada hipótese de sua incidência), sem prejuízo da modulação dos efeitos da decisão, nos termos do multicitado art. 27 da Lei n.º 9.868/99, a "adoção de uma postura corretiva ou aperfeiçoadora", que atenua o caráter contramajoritario de suas decisões. Diante dessa impressão, lembra que, das 67 ações julgadas procedentes ou procedentes em parte contra normas do Legislativo Federal, 20 aplicaram interpretação conforme e em outras 10, houve declaração sem redução de texto, de forma que, em 1/3, houve a "preservação de alguma medida". Em 21 casos, teve-se a permanência da norma pelo emprego de técnicas interpretativas, o que visualiza com uma "declaração da constitucionalidade desta”. Assim, o STF, quando decide normas federais oriundas do Poder Legislativo, agiria com "parcimônia",

a indicar uma espécie de deferência, quando "não uma disposição de preservar e aperfeiçoar o trabalho do Congresso".

Seu estudo vai além, ao mostrar que não se pode afirmar um vazio normativo ou disfuncionalidade do Poder Legislativo – tema considerado pela autora "uma das premissas da judicialização". A "alta intensidade da atividade legislativa no período que antecede a declaração de inconstitucionalidade", no que atine aos mesmos temas apreciados, expõe que "o próprio Congresso Nacional já antecipa a formação de novos e outros consensos majoritários", a representar uma "genuína renovação da vontade popular expressa nas urnas". A "última palavra" nesses casos, portanto, pertenceria ao Congresso[607].

Em que pese estas leituras de interesse num diálogo, o uso dessas técnicas interpretativas pela Corte não lhe imunizam das críticas dos juristas, que se concentram na demonstração de equívocos em seu emprego e na sua fundamentação em critérios gerais (excepcional interesse público, segurança jurídica, força normativa dos fatos, etc), que denotam o exercício ou substituição da atividade legislativa.

A autocontenção, quanto ao resultado, também sujeita à corte a censura, por sua deferência às decisões majoritárias em detrimento da normatividade constitucional, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais.

Em outras palavras: o ativismo ou autocontenção tem inevitáveis repercussões institucionais, mas estas também dependem da avaliação de seus aspectos metodológicos, em que a compreensão dos juristas sobre a função judicial tem importante repercussão.

[607] PROGREBINSKY, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 100-103; p. 123-144. Isto porque há expressivo numero de ações de inconstitucionalidade (47) seguidas de projetos em trâmite no Congresso Nacional (329), posteriormente convertidos em lei (62, no total). Estas respostas, contudo, são mais diversas (alteração, revogação expressa, legislação nova e emenda à norma discutida), ainda que decorrido um longo prazo entre decisão e resposta – em 77,42%, superior a 24 meses após a decisão.

CAPÍTULO VIII

DO ENGAJAMENTO ACADÊMICO À CRÍTICA JUDICIAL: O DEBATE JURÍDICO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL DO STF

Sumário: 8.1 Da reticência ao engajamento acadêmico pela pauta redistributiva da CF-88. 8.2 "Neoconstitucionalismo à brasileira": linhas gerais de um movimento jurídico-ideológico. 8.3 Democracia, separação de poderes e parâmetros normativos: linhas gerais do debate entre ativismo e autocontenção no Brasil. 8.4 Das manifestações de ativismo do STF: entre casos e tendências

O presente Capítulo volta-se ao debate acadêmico em torno do ativismo judicial do STF. Para tal fim, a partir da argumentação aqui desenvolvida, necessário historiar as discussões da teoria jurídica brasileira sobre a atuação do STF, que se iniciou no processo de construção de uma dogmática voltada às peculiaridades da CF-88 e hoje conta com contribuições que podem ser agrupadas sob o rótulo de neoconstitucionalismo, que denota o esforço acadêmico para a compreensão dos desafios representados pelo texto constitucional e um comprometimento com a efetivação das promessas ali encartadas.

Amadurecida a discussão constitucional, tem-se um processo de questionamento das teorizações concebidas (ou incorporadas) em que, dentre outros aspectos, destaca-se a análise da sua incorporação e aplicação na práxis judicial. É neste contexto que descreverei as linhas gerais da impressão, na academia jurídica, do ativismo judicial. Para tal, utilizarei os mesmos "eixos" analíticos sob os quais estruturei a Tese: a identificação da dimensão prescritiva – com a conceituação e definição do ativismo, em que se destaca a articulação de "comportamentos aceitáveis ao Judiciário" – e, posteriormente, a dimensão jurídico-descritiva – que se encarrega da caracterização do ativismo do STF, na apreciação crítica de determinados julgados ou de tendências em sua jurisprudência.

8.1 Da reticência ao engajamento acadêmico pela pauta redistributiva da CF-88

A judicialização da política decorre de um desenho institucional e do interesse dos diversos grupos políticos no encaminhamento de suas demandas à via judicial – por distintas

razões -, sua ocorrência depende de um importante componente: o empenho dos juristas neste processo.

Com efeito, a compreensão – dentre doutrinadores e operadores jurídicos – de que o ordenamento permite que as mais variadas expectativas políticas possam ser convertidas em disputas jurídicas e de que a solução desta insere-se nas atribuições judiciais, certamente, colabora para o ajuizamento de ações e repercute na percepção – entre os próprios juízes – das características da sua função. Por conseguinte, a avaliação de ativismo ou autocontenção judicial – nas acepções fixadas nesta Tese – relaciona-se ao envolvimento da comunidade jurídica com a normatividade constitucional.

A CF-88 assentou um novo modelo jurídico, que motivou a construção de teorizações que fornecessem o aparato metodológico para compreensão e aplicação de suas normas e do ordenamento jurídico por elas influenciado.

É de se destacar que a adesão ao discurso constitucional e o reconhecimento das potencialidades de efetivação das promessas ali visualizadas não foi unânime, tampouco imediata. Na Teoria do Direito, havia uma importante tendência, até o início dos anos 90, em torno de um Direito Alternativo ou "Uso Alternativo do Direito", que questionava as fontes jurídicas "tradicionais" e sua interpretação, e redundava num discurso "em alguns casos até anti-estatal". Como salienta João Maurício Adeodato, "os acontecimentos posteriores os fizeram agarrar-se à Constituição, que se tornou uma espécie de âncora das novas esperanças bem-intencionadas", numa propensão à incorporação às promessas constitucionais[608].

Na dogmática de então, parte considerável dos textos de Direito Constitucional era influenciada por uma visão formalista das suas normas e, também, da descrição das relações entre os poderes.

Diante deste novo quadro, havia a necessidade de construção de uma "boa dogmática constitucional", com "capacidade de trabalhar o direito positivo [...] dotada de rigor científico, com a apropriada utilização de princípios, com conceitos e elementos interpretativos", para isolá-lo do "charlatanismo constitucional", como propunha Luís Roberto Barroso, em 1998. Interessante notar que o autor não descartava as formulações da Teoria Crítica do Direito e as preocupações que moveram a percepção do Direito Alternativo – sobretudo numa discussão sobre o papel da neutralidade e objetividade no Direito e na necessidade de

[608] ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75-96, p. 88.

interdisciplinaridade. Acenava, em verdade, para a possibilidade de integração destas nas novas construções[609].

A convocação a este projeto contou com a aceitação dos doutrinadores brasileiros, que vivenciaram uma ampliação da pesquisa acadêmica na área do Direito Constitucional e suas aproximações com a Teoria do Direito e a Hermenêutica Jurídica.

As expressões "efetividade" e "emancipação constitucional" tornaram-se frequentes no vocabulário jurídico, numa ruptura com a "neutralidade" do discurso jurídico anterior, na impressão de que "se a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante que a busca (política, sim, mas também) jurídica de sua afirmação (realização, aplicação)"[610].

Para Lenio Luiz Streck, por exemplo, o Direito deve ser visto como um "campo necessário de luta para implantação de promessas modernas". Esse engajamento não representaria o abandono dos meios políticos, nos poderes majoritários e nos movimentos sociais, mas "é importante observar no meio de tudo isto, que, em nosso país, há até mesmo uma crise de legalidade, uma vez que sequer esta é cumprida, bastando, para tanto, ver a inefetividade dos dispositivos da Constituição"[611].

Segundo Gisele Cittadino, o trabalho de conversão dos preceitos constitucionais em realidade política é "tarefa de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais, mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que sobre eles se fizer"[612].

Essa movimentação sem precedentes foi denominada, por alguns autores, de "constitucionalismo brasileiro"[613] ou "doutrina brasileira" da efetividade, na descrição dessa conjugação entre os esforços acadêmicos e uma perspectiva de ação. Ao "elaborar categorias dogmáticas da efetividade constitucional", exprimia-se a necessidade de promover mudanças

---

[609] BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição** – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 260.

[610] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995, p. 209-210.

[611] "Cumpre observar que a fragilidade do Poder Judiciário atende a interesses bem marcados dos Executivos fortes, que se nutrem de projetos desdobrados de nítida transposição, hoje, dos quadros do privado para os do público, do individualismo possessivo. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova critica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 80.

[612] CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-42, p. 37-39.

[613] O objetivo deste movimento de dimensões jurídicas e políticas é desenvolver mecanismos dogmáticos e processuais para efetivação do texto constitucional, com a aceitação do seu caráter emancipatório. Assume-se, assim, que a "luta" política pela eficácia constitucional é também uma busca jurídica. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. BERCOVICI, Gilberto et al. **Teoria da constituição**:

de paradigma – na construção de uma "renovada" teorização, que permitiu a ascensão deste ramo do Direito e o reconhecimento de sua prevalência sobre os demais. Não totalmente desapegada de uma "metodologia positivista", pois a Constituição é norma, cogitava-se um critério formal para exigibilidade dos direitos – a necessidade de cumprimento dos preceitos constitucionais. O objetivo destas construções parecia claro: superar "crônicas disfunções da formação nacional", que se manifestavam numa "insinceridade normativa", pela previsão de instrumentos desacompanhados de interesse político de seu cumprimento[614].

Segundo Raymundo Juliano Feitosa, é um reflexo do constitucionalismo na América Latina, em que "as normas, ao lado de possuírem capacidade prescritiva e vinculante, são consideradas uma expressão de desejos, ou seja, o norte, o horizonte para onde se deseja conduzir o processo social"[615].

Inicialmente, o otimismo quanto ao exercício da jurisdição constitucional e seu potencial para promover os valores e princípios encartados na CF-88 parecia prevalecer entre os juristas brasileiros, preocupados com a efetividade dos direitos fundamentais – especialmente os sociais e, em maior grau, com a defesa dos pilares do Estado Democrático Social de Direito visualizado na Carta. O processo de encaminhamento de expectativas e demandas ao Judiciário foi acompanhado, na segunda metade dos anos 90 e no início dos anos 2000, de certa decepção com as "omissões" do STF na proteção dos valores constitucionais.

Com a "timidez" na adesão ao "projeto emancipador", chegava-se a afirmar, categoricamente, que "a maioria dos integrantes do Poder Judiciário brasileiro – especialmente seu órgão de cúpula – não vem atuando no sentido de concretizar o texto constitucional de 1988, antes o contrário"[616].

---

estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1-73, p. 14; 15; 17.

[614] BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição Brasileira, 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 354-355.

[615] FEITOSA, Raymundo Juliano. Quinze anos da Constituição de 1988: o "fetichismo" como limite às possibilidades de concretização da Constituição Federal de 1988. SCAFF, Fernando Facury (org). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 241-256; 253.

[616] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova critica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 118.

8.2 "Neoconstitucionalismo à brasileira": linhas gerais de um movimento jurídico-ideológico

O esforço de construção teórica pós-1988 contou com a colaboração da doutrina ibérica – influência já percebida no período de formação constituinte. Autores portugueses e espanhóis haviam se deparado, nos anos 1980, com o mesmo desafio de interpretar a aplicar textos constitucionais expansivos, permeados por compromissos substantivos, e visualizavam na via judicial o potencial de assegurar as condições destes arranjos.

Essas conquistas teóricas foram agrupadas sob uma denominação genérica, mas que exprime o claro objetivo de distingui-las da Teoria Constitucional anterior: o neoconstitucionalismo[617]. A expressão neoconstitucionalismo foi adotada pela academia jurídica brasileira, sendo objeto de trabalhos que descrevem e promovem a compreensão da "constitucionalização do direito" em suas repercussões nos diversos ramos jurídicos[618].

Este é definido como um "movimento" de matizes ideológicos, teóricos e metodológicos[619], que se alicerça em aspectos estruturais determinados, mas que repercutem numa renovada cultura jurídica. Apoia-se precipuamente sobre uma "noção forte" da intervenção jurídica, caracterizada pela aceitação de uma "constituição invasora", que impregna gradualmente toda a legislação e acaba por transformar o sistema jurídico.

Riccardo Guastini, ao enumerar as condições que determinado sistema deve satisfazer para ser considerado "impregnado" pela normativa constitucional, assevera a existência de condições necessárias – que denomino de institucionais - para esta constatação, como a previsão de uma constituição rígida e da sua garantia jurisdicional. Já o

---

[617] No sentido de que os postulados do neoconstitucionalismo encontraram ampla aceitação nos meios jurídicos brasileiros, pois, como toda nação periférica, é natural que a doutrina brasileira esteja "sobredeterminada pelos influxos especulativos das culturas jurídicas mais maduras", cf. MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/Texto1159(2).pdf, p. 2. Devo acrescentar que o histórico de desigualdades da sociedade brasileira reforçou o empenho pela normatividade constitucional, especialmente dos direitos fundamentais sociais.

[618] Esse artigo de Luís Roberto Barroso é um dos principais inventários do neoconstitucionalismo e suas repercussões no Brasil. BARROSO, Luís Roberto**. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 16 jan. 2007.

[619] Como assevera Paolo Comanducci, os termos "constitucionalismo" e "neoconstitucionalismo" são bastante ambíguos e se prestam a representar uma teoria e/ou ideologia e/ou método de análise do direito, além de modelos constitucionais. Segundo o autor, o mero uso destes sentidos mostra-se suficiente para delinear a diferença entre neoconstitucionalismo e constitucionalismo, pois este seria uma ideologia, talvez respaldada no jusnaturalismo, mas que não se constituía numa Teoria do Direito, tampouco exibia uma pretensão metodológica, num período marcado pelo positivismo jurídico. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s).** Madrid: Trotta, 2003, p. 75-98, p. 75.

reconhecimento da força normativa da constituição e a repercussão das instâncias judiciais no processo político, por sua vez, indicariam um sistema de "intensa constitucionalização"[620].

Há uma identificação entre a concepção de Estado de Direito e supremacia constitucional, especialmente das normas que prevêem direitos fundamentais, reconhecidos como uma espécie de núcleo intangível do Estado, que representam uma "esfera" do que pode ser decidido ou não, e podem "legitimar" ou "deslegitimar" uma determinada atuação estatal. A própria democracia, no neoconstitucionalismo, justificar-se-ia pela capacidade operacional de um dado sistema político e/ou seu ordenamento jurídico tornar(em) efetivos os direitos fundamentais[621].

A supremacia constitucional, contudo, não se restringe aos direitos fundamentais. Todas as suas normas se irradiam pelo ordenamento e determinam os conteúdos da legislação ordinária[622], não podendo ser derrogadas, modificadas ou ab-rogadas por quaisquer outros dispositivos. A constituição vincula os poderes públicos e particulares, cujas relações são intermediadas por seus princípios, diretrizes e direitos, ainda que estes não disponham necessariamente de um conteúdo preciso. Dessarte, condiciona-se a atividade política, submetendo as deliberações públicas – estatais ou não – aos inafastáveis conteúdos constitucionais. A maioria das grandes questões sociais estaria submetida ao Direito, que conta com as instituições judiciais a avalizarem suas disposições.

Enquanto teorização, o neoconstitucionalismo almeja descrever os resultados da constitucionalização, atribuindo-lhe características próprias, como a existência de uma constituição "invasora" e a positivação dos direitos fundamentais. Reconhece ainda a "onipresença" dos princípios e regras constitucionais e peculiaridades da interpretação e aplicação destas normas.

Todavia, há divergências quanto à forma de abordagem destes sistemas, especialmente no que concerne ao papel do positivismo enquanto metodologia e sua relação com o modificado objeto de análise, a denotar a existência de "vários neoconstitucionalismos"[623]. Prepondera, contudo, a perspectiva de ruptura com o positivismo

---

[620] GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s).** Madrid: Trotta, 2003, p. 49-73, p. 49.

[621] FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias – la ley del más débil.** Madrid: Trotta, 2000, p. 22-25.

[622] "Uma das perspectivas que ganha força é a da denominada "filtragem constitucional", que reconhece a preeminência normativa da constituição frente às demais normas do ordenamento jurídico. Fala-se, nesta seara, numa unidade formal do sistema, com o reconhecimento do aspecto hierárquico-normativo, como numa unidade material ou axiológica, que remete a interpretação de qualquer instituto jurídico ao parâmetro constitucional." SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 12dez2008, p. 3.

[623] COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s).** Madrid: Trotta, 2003, p. 75-98, p. 83-87. Haveria, assim, um

tradicional[624], corrente denominada "pós-positivismo", que tem como idéia-chave a superação da dicotomia Direito Natural x Direito Positivo[625], e defende a normatividade dos princípios jurídicos, antes vistos como enunciados de cunho suprapositivo ou derivações da lei.

Diante da multiplicidade de significados da expressão e da grandiosidade deste projeto acadêmico, vou me concentrar – consciente da fragilidade deste tipo de simplificação - em quatro construções relevantes em torno do "neoconstitucionalismo à brasileira" e suas conseqüências metodológicas:

(a) O reconhecimento das "peculiaridades" das normas constitucionais, que requerem "princípios" específicos de interpretação, como unidade da constituição, efeito integrador, máxima efetividade, conformidade funcional, concordância prática, força normativa da constituição e outros;

(b) A noção de que as constituições baseiam-se preponderantemente em normas-princípio, em prejuízo das normas-regra[626]. Dá-se margem, assim, a uma "doutrina principiológica", que se encarrega das distinções entre estas espécies normativas e das peculiaridades da primeira delas, garantindo-lhes positividade, vinculatividade e eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados[627]. Havendo

---

neoconstitucionalismo positivista de matriz italiana, mais aproximado de um "positivismo inclusivo", que tem como expoentes os multicitados Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, Susana Pozzolo e José Juan Moreso; e o neoconstitucionalismo não positivista, respaldado na obra de Robert Alexy, que parece concentrar a maioria dos autores (Gustavo Zagrebelsky, Alfonso Garcia Figueroa, Santiago Sastre Ariza e outros). MAIA, Antonio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos**: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/Texto1159(2).pdf Acesso em 15 mar 2008, p. 7.

[624] FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 159-186, p. 164-165.

[625] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 258.

[626] Para essa segunda constatação, tomo emprestada a conclusão de Humberto Ávila, que aponta como fundamentos (ou características) comuns às diversas acepções da expressão neoconstitucionalismo, que guardam entre si um encadeamento lógico necessário: normativo (preferência normativa ou teórica pelos princípios, em detrimento das regras jurídicas); metodológico (os princípios exigem, para sua aplicação, a técnica da ponderação); axiológico (a ponderação demanda o privilégio da justiça particular frente à justiça geral) e organizacional (a individualização da aplicação necessita de um judiciário forte, predominante em relação ao poder legislativo). ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187-202, p. 187.

[627] O reconhecimento da normatividade dos princípios os situa como espécie do gênero norma jurídica, juntamente com as regras, contribuição da Teoria da Argumentação de Robert Alexy e também da Filosofia Moral de Ronald Dworkin, cujos principais trabalhos são constantemente citados pelos autores neoconstitucionalistas. Ao lado dos princípios e regras, as normas jurídicas ainda comportam uma dimensão axiológica, os valores ou fins – conforme prefere denominá-los Dworkin. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 24-25. De acordo com Virgílio Afonso da Silva, "tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade. Essa é a tese mais difundida no Brasil." SILVA, Virgilio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1. jan./jul. 2003, p. 609.

"colisão" entre princípios, a solução depende da análise do "caso concreto", para que seja assegurada a solução mais justa, a partir do uso da máxima (ou princípio) da proporcionalidade[628];

(c) A efetividade constitucional e concretização dos direitos fundamentais – reforçado pelo reconhecimento da exigibilidade dos direitos sociais. A limitação do poder estatal, objetivo do constitucionalismo clássico, é posta em segundo plano, pois hoje se exige dos Poderes Legislativo e Judiciário a aplicação destes, com a valorização dos mecanismos de tutela, com especial atenção à via judicial;

(d) As construções em torno das chamadas sentenças "interpretativas", "manipulativas" ou "aditivas", decorrentes de criação jurisprudencial dos tribunais constitucionais europeus, especialmente da corte italiana, que atribuem ao julgador a possibilidade de manipular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, suprir as omissões inconstitucionais, dentre outros[629];

Essa tentativa de sistematização mostra que são poucos os aspectos identificadores entre as diversas correntes e pretensões albergadas pela expressão neoconstitucionalismo, numa espécie de fragmentação metodológica que parece impedir a definição de uma "teoria adequada", pois voltadas às mais diversas tradições jurídicas, cuja aplicação – por vezes – mostra-se contraditória.

Como ponto em comum, essas contribuições redundam numa reavaliação da atividade julgadora. A ponderação de princípios constitucionais e a aceitação da interpretação moral da constituição diminuem consideravelmente o grau de certeza do direito, cuja afirmação submeter-se-ia às preferências éticas do juiz individual[630]. A interpretação é reconhecida como uma "atividade criativa" e, por conseguinte, são aceitos maiores espaços de discricionariedade aos operadores jurídicos e à função jurisdicional. Há quem se reporte, como Perez Luño, à idéia de "direito judicial", caracterizado pelo protagonismo dos

---

[628] Esta envolve a avaliação da adequação, necessidade (postulado do meio mais benigno) e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação propriamente dita). Em sentido estrito, a máxima é dedutível do "caráter de princípio" dos direitos fundamentais. Já as noções de necessidade – que preconiza que a solução que envolva o menor prejuízo – e de adequação - adequação entre meios e fins -, referem-se às possibilidades fáticas. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 89-106.

[629] São sentenças interpretativas, de inconstitucionalidade não declarada, aditivas, substitutivas, aditivas de princípio, cuja taxonomia não é sempre precisa, como já havia alertado Hèctor López Bonfill, ao afirmar que, mais importantes que as tipologias, são as razões, origem e conseqüências da pluralidade de formas das sentenças interpretativas. BOFILL, Hector López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley.** Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

[630] POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**, n. 21, v. 2, p. 339-353, 1998. Disponível em: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf. Acesso em: 8 dez. 2012, p. 352-353.

magistrados na conformação do direito, para adaptá-lo às transformações sociais[631]. Por fim, não posso deixar de salientar o importante papel legitimador do discurso da efetividade e garantia dos direitos fundamentais – especialmente os de caráter redistributivo - para a atuação judicial, ainda quando a demanda sob apreciação não se relacione propriamente a estes direitos.

Essas construções, entretanto, não são unânimes entre os juristas brasileiros, que concentram suas críticas sobre sua cientificidade e potencial lesivo à democracia.

Inicialmente, tem-se que algumas dessas pretensões não se referem adequadamente ao ordenamento brasileiro, a exprimir a "sobreposição de enunciados doutrinários" ao invés da caracterização do sistema jurídico pátrio. Por exemplo, a análise da CF-88, na preferência por um modelo analítico, denota a opção pelo estabelecimento de regras, com a clara função de "eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle do poder", numa espécie de ponderação "pré-legislativa". Há mais regras que princípios, o que atinge um dos argumentos centrais do neoconstitucionalismo[632]. A repercussão de teorizações estrangeiras de pouca influência em seus ordenamentos de origem, sem as devidas considerações críticas e adaptações também é objeto de questionamentos[633].

Em verdade, tem-se uma preocupação em torno da "ideologização" da doutrina, pois esse(s) novo(s) método(s) ou nova(s) teorização(ões) do Direito inegavelmente guarda(m) um amparo ideológico, no sentido da defesa das potencialidades da normatividade constitucional. Os neoconstitucionalistas defendem a necessidade de uma "nova ciência comprometida" com referidos aspectos. Método e ideologia estão, portanto, relacionados. É usual o emprego da expressão "movimento" para definir o neoconstitucionalismo, mostrando que a busca por uma teorização e uma metodologia diferenciadas possui um objetivo, comumente apregoado:

---

[631]PEREZ LUÑO, Antonio E. Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma? In: PEREZ LUÑO, Antonio E. (coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio.** Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 11-52, p.14.

[632] ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel & BINENBOJM, Gustavo (orgs.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187-202, p. 189-192.

[633] A incorporação dos chamados princípios de interpretação constitucional na doutrina brasileira - a partir do manual de Konrad Hesse – de pouca relevância na doutrina alemã – é objeto de critica no trabalho de Virgílio Afonso da Silva, pois são conflitantes ente si, mas principalmente - na minha opinião - não abarcam todo o relevante e complexo objeto da interpretação constitucional, que pressupõe, nas palavras do autor, "uma discussão acerca da concepção de constituição, da tarefa do direito constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil e, ainda, acerca da contextualização e da evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros". SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 136-140.

operar uma transformação da cultura jurídica[634]. Os juristas são exigidos a tomar uma "posição mais ativa e comprometida com a melhor realização do Estado constitucional democrático de direito", justificada pelo consenso em torno dos valores constitucionalizados, que "dinamizariam um patriotismo constitucional a suprir a idéia de nação"[635].

O fortalecimento do Poder Judiciário em virtude de um aparato metodológico que lhe assegura maior discricionariedade é objeto de ferrenha censura, pois acarreta riscos para o arranjo democrático, numa substituição das decisões imputáveis aos agentes sociais e titulares dos poderes majoritários pelas escolhas judiciais[636], aumentando deste modo, a tensão entre constitucionalismo e democracia[637]. E, neste contexto, a preocupação em torno desta dicotomia reverbera, atualmente, na imputação de ativismo ao STF, sendo fundamental, portanto, historiar este processo.

8.3 Democracia, separação de poderes e parâmetros normativos: linhas gerais do debate entre ativismo e autocontenção no Brasil

A discussão do modo de exercício do controle de constitucionalidade, na academia jurídica, sob a égide do termo "ativismo judicial", é recente no Brasil. Inicialmente, veio a reboque da caracterização do processo de judicialização da política. Hoje, tem-se razoável literatura sobre o tema, em trabalhos voltados às mais diversas perspectivas, na configuração das intervenções que configurariam ativismo (dimensão prescritiva) e na identificação dos aspectos gerais de sua ocorrência na práxis da corte (dimensão descritiva).

Os primeiros trabalhos voltados ao ativismo ocupavam-se da determinação de aspectos gerais, que configurariam esta postura judicial. Para Thamy Pogrebinschi, o ativismo estaria relacionado a três opções, que não precisariam ser preenchidas simultaneamente para se falar de sua ocorrência, como (a) uso do poder judicial para revisão e contestação dos atos dos demais poderes estatais; (b) promoção de políticas públicas, mediante decisões judiciais;

---

[634]GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s).** Madrid: Trotta, 2003, p. 49-73, p. 47-ss.

[635] MAIA, Antonio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos**: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/Texto1159(2).pdf Acesso em 15 mar 2008, p. 15-16.

[636] SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (coord.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador. JusPODIVM. 2011, p. 73-113, p. 104-ss.

[637] SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 101.

(c) desconhecimento de princípios como "coerência do direito" e "segurança jurídica" como restrições à atuação judicial. Esses seriam parâmetros gerais, aferíveis em graus distintos[638].

Luís Roberto Barroso ampara sua visão de ativismo no reconhecimento de "uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance". Por isso, estaria associada a um compromisso judicial pela "concretização dos valores e fins constitucionais". Não se olvida, contudo, do fator institucional, a admitir a relação do ativismo com uma "maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes".

A conjunção entre os critérios é percebida quando afirma que:

> A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas[639]

Interessante que o autor também se manifesta sobre a oposição entre ativismo e autocontenção, tidas como posições "pendulares", "variáveis em função do grau de prestígio dos outros dois Poderes". A diferença entre estas é a abordagem das normas, pois "o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional", "sem invadir o campo da criação livre do Direito", ao passo que autocontenção "restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas"[640]. Ao lado dessa definição, propõe os "parâmetros aceitáveis" para o exercício da função judicial:

> Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista

---

[638] "Não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos para que se identifique um caso de ativismo. Um juiz pode ser considerado ativista pelo exercício em graus diferenciados de quaisquer das atitudes acima descritas. Porém, a negação de qualquer destas atitudes implica, segundo nossa definição, que ele não seja considerado um ativista. Isto é, um juiz que se recuse a exercer seu poder de pelo menos uma das formas acima, não será considerado, neste artigo, um ativista." POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, PUC, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000, p. 122.

[639] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista Atualidades Jurídicas, Ed. nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 26 jan 2009, p.6.

[640] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista Atualidades Jurídicas, Ed. nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 26 jan 2009, p.7-9.

> que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia[641].

Há um elemento comum entre as aproximações à atuação judicial: a possibilidade de invalidação dos atos dos demais poderes não é aprioristicamente rejeitada[642]. Mas a busca pela "categorização de caminhos aceitáveis" para o exercício da jurisdição constitucional – notadamente do STF - mostra a necessidade de "conformação" da sua atuação aos parâmetros da CF-88 e do arranjo democrático.

O reconhecimento de que o tribunal, em vista do desempenho de uma função política, deve resguardar os espaços de deliberação democrática, especialmente das competências legislativas é considerado, inclusive, um dos fundamentos para a autocontenção. De acordo com Gustavo Ferreira Santos, "deve o órgão de controle evitar a determinação de caminhos estreitos, que inviabilizem o exercício pelos representantes do povo do poder de legislar"[643]. Deste modo, a necessidade de conformação do Tribunal decorreria de sua inserção no concerto entre os poderes.

---

[641] "Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça." BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista Atualidades Jurídicas, Ed. nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 26 jan 2009, p.15.

[642] "Não somos adeptos, porém da identificação pura e simples de um espaço de não jurisdição, como ocorre com a técnica das *political questions*. Todo ato normativo, em nosso sistema, é passível de revisão judicial. Aliás, esse é um ponto de partida para o intérprete não será meramente a natureza jurídica do ato atacado que afastará o controle pelo Poder Judiciário. Porém, deverá ser tomada em conta a dificuldade de controlar o conteúdo de certas decisões e, muitas vezes, a legitimidade do processo que levou à sua adoção influenciará a tomada de posições pelo Judiciário". SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 92.

[643] "O que se espera é que ele esteja consciente dessa dimensão política de sua decisão, quando o conflito que lhe apresentado envolve questões de inconstitucionalidade. Nesse julgamento, muitas vezes far-se-á necessária a autocontenção. Deve voltar-se o juiz a garantir o próprio espaço de decisão democrática". SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 92; p. 103.

No que atine à caracterização dos contornos da atividade julgadora, Elival da Silva Ramos, após reconhecer a ausência de previsão normativa, empreendeu o esforço de catalogar, a partir do texto constitucional brasileiro, quais seriam as possibilidades para o seu exercício em matéria constitucional[644]. Sob o parâmetro da separação de poderes, compreende o ativismo, num primeiro momento, como a "disfunção" no exercício da função jurisdicional, em prejuízo da função legislativa, o que possibilita a melhor caracterização desta conduta nos sistemas filiados à tradição romano-germânica[645]. Além da tensão com a atividade parlamentar, o autor não descarta a perspectiva de um avanço sobre a função administrativa e "até mesmo, da função de governo", que também constituiria ativismo.

Inicialmente, seria necessário analisar o papel institucional atribuído ao judiciário em cada sistema, mas é a "desnaturação substancial" dessa função - e não o "afastamento de seu conduto formal" que caracterizaria o ativismo judicial[646]. Diante desses pressupostos, direcionando-se aos "limites normativos", o autor concentra-se na descrição das peculiaridades constitucionais que incentivam o ativismo judicial no Brasil: supremacia constitucional, caráter nomogenético dos preceitos contidos no texto, pois voltados à estrutura lógica de normas-princípio, fluidez e imprecisão semântica da linguagem. Estes fatores aliam-se ao entendimento da "supremacia funcional dos órgãos judiciários", em virtude do controle de constitucionalidade, que redunda no "poder da última palavra em matéria constitucional"[647] (*sic*).

Assim, volta-se à prescrição dos limites aos quais se submete a atividade judicial em matéria constitucional e às condições para o exercício da "discricionariedade" dos poderes – construção que parte do Direito Administrativo.

Propõe, deste modo, a distinção entre a discricionariedade legislativa e judicial. Os condicionamentos incidentes sobre a atividade do magistrado, em que pese a "considerável

---

[644] Interessante notar que o autor reconhece que os textos constitucionais não costumam indicar – precisamente - as funções acometidas a cada poder, tampouco caracterizam materialmente suas atividades, de modo que esta tarefa compete à doutrina e aos "operadores do sistema", a partir do "referencial" oferecido pelo plexo de competências enunciados pelas cartas. "A identificação deste fenômeno (o ativismo), em geral, provem desses sistemas". Por isso, o ativismo configuraria uma "gravíssima agressão à separação de poderes". RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: USP, 2009*, mimeo*, p. 87-92.

[645] Isto porque, na *common law* as atividades judicial e legislativa se aproximam – o que conduz à sua impressão de que o ativismo seria "invariavelmente elogiado". RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: USP, 2009*, mimeo*, p. 80-82.

[646] Em contrapartida, o "passivismo judiciário", respaldado em perspectivas norte-americanas como o originalismo e o textualismo, seria um "fenômeno de gravidade equiparável", para avançar numa noção de o ativismo – nos EUA – teria uma carga valorativa positiva o negativa, "dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais". RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: USP, 2009*, mimeo*, p. 77-82. .

margem de manobra" que lhe é oferecida pela legislação, tornaria o exercício de sua discricionariedade mais limitado, pois esta vincula-se à "compreensão do significado dos dispositivos legais". A discricionariedade legislativa, em contrapartida, consistiria na decisão entre soluções possíveis.

Numa segunda distinção, entre discricionariedade administrativa e judicial, a primeira estaria vinculada a uma "dimensão pragmática", que lhe atribui seus contornos: a viabilidade ou não da sindicabilidade judicial sobre suas escolhas. Por isso, denomina-a "discricionariedade na norma concretizada", de âmbito mais restrito. Já a discricionariedade judicial seria mais ampla, ao abranger todo o campo de criatividade na interpretação, embora não possa substituir "padrões de conduta" – em vista do princípio da separação de poderes[648].

Consideradas estas distinções, o autor mostra as possibilidades de exercício do ativismo, que pode ocorrer: na fiscalização de atos legislativos ou administrativo-normativos e no âmbito de controle de atos administrativos de natureza concreta, de atos jurisdicionais atribuídos a outro poder ou de atos relativos ao exercício da função de chefia de Estado[649].

Assentado na discricionariedade, o Direito Constitucional brasileiro ofereceria uma gradação quanto à admissão do controle judicial em relação aos atos praticados pelos demais poderes, desde os atos típicos da "função de governo" (Chefia de Estado e de Governo, pelo caráter monocrático do Executivo, participação na função legislativa e função administrativa); passando pelo "controle mínimo", que consistiria no exercício de jurisdição pelo poder legislativo (julgamento dos crimes de responsabilidade) e no controle (derrubada) do veto presidencial sobre os projetos legislativos aprovados pelo Congresso Nacional[650].

Em relação ao objeto do controle "médio fraco", tem-se os atos *interna corporis* das casas legislativas – a partir das decisões do próprio STF, os atos de chefia de Estado e o

---

[647] RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: USP, 2009*, mimeo*, p. 77; p. 111.

[648] RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: USP, 2009*, mimeo*, p. 94-98.

[649] A agressão ao "direito vigente" pode ocorrer numa dupla via, pela "deformação" da normatividade constitucional ou, "simultaneamente ou não, do direito infraconstitucional objeto de fiscalização". RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: USP, 2009*, mimeo*, p. 111-2.

[650] Não por acaso, o primeiro tema a enfrentar é o cabimento, construção e histórico da aplicação da doutrina estadunidense das *political questions* no direito brasileiro, desde a afirmação pelo STF, nos primeiros anos da República, no celebre HC n.º 300, em que Rui Barbosa – na qualidade de impetrante em favor de terceiros – apontou como autoridade coatora o interino Presidente Floriano Peixoto, até situações em que a teoria foi aplicada pelas composições mais recentes da corte. (p. 119). Para o autor, a teorização – fundamental para a compreensão da auto-restrição, e por exclusão, do ativismo judicial nos EUA – "não consubstancia um parâmetro dogmático sólido de avaliação da função jurisdicional, na tentativa de proscrever práticas ativistas" a ser abandonada na busca de "critérios efetivamente consistentes e que não dêem ensejo a deformações". (p. 120) RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: USP, 2009*, mimeo*, p. 125-7.

controle de constitucionalidade fundado em princípios. O controle "médio forte", por sua vez, refere-se à fiscalização de constitucionalidade amparada em regras e aos atos administrativos discricionários, ao passo em que o controle máximo relaciona-se aos "atos administrativos plenamente vinculados".

Após descrever esta "gradação", Elival Ramos volta-se à atividade interpretativa, em vista da relação entre "intérprete-norma" e na busca de métodos que amparem esta distinção. Defende que "toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma", de sorte que esta deve se guiar por "métodos que permitam uma justificação racional e, nessa medida, controlável do intérprete", com base em Karl Larenz. Não se olvida, contudo, dos métodos clássicos de interpretação, na proposta da utilização combinada dos elementos gramatical, lógico-sistemático, histórico e finalístico. Apenas nos casos difíceis poder-se-ia falar de discricionariedade judicial, de forma "menos usual do que se costuma imaginar"[651].

Seu parâmetro é uma construção jurídica, o que ratifica a tese de que o ativismo, em sua dimensão prescritiva, enseja uma tentativa de conformação doutrinária da atuação judicial.

Como é comum na Teoria Normativa, a doutrina brasileira controverte na interpretação do ativismo. Há quem entenda que a atuação judicial, como resultado das disposições do texto constitucional, é um *meio* para sua efetivação. Mas a hipótese de que o ativismo corresponde a uma avaliação crítica prepondera, na noção de que é uma postura prejudicial para a normatividade da CF-88.

A grande preocupação, portanto, é com o uso indevido da jurisdição constitucional, a comprometer os princípios do Estado de Direito, com os riscos de "fragilizar o direito"[652]. Não por acaso, o próprio debate – independentemente da caracterização do ativismo – "revela concepções de política e atividade jurisdicional profundamente temerárias para o próprio

---

[651] RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: USP, 2009*, mimeo*, p. 127-141.

[652] "Porém, pelos motivos amplamente expostos acima, estamos convictos que não é através do exercício de um ativismo judicial que essa regulamentação deve ser levada a efeito. Em nome do direito não podemos fragilizar o direito. Não se pode confundir a jurisdição constitucional, absolutamente necessária para concretizar direitos previstos na Constituição, com um apelo indevido à jurisdição para que atue nas hipóteses que não estão previstas na Constituição (aliás, no caso, a Constituição aponta para outro sentido)". STRECK; Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte". **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), Unisinos, p. 75-83, jul./dez. 2009, p. 83.

destino da estabilidade institucional adotado nesses mais de vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988"[653].

Após fixados os parâmetros dogmáticos para a sua caracterização, Elival da Silva Ramos alerta que "o ativismo judicial, que seduz os incautos e agrupa os aristocratas do direito, existe tanto na jurisprudência "progressista" a conclamar aplicabilidade dos direitos sociais [...], quanto na jurisprudência abusiva da Suprema Corte estadunidense à legislação trabalhista". Recomenda, assim, que os "juristas democratas coloquem seu saber a serviço da construção de instituições que permitam o triunfo de um governo que se faça não apenas em serviço do povo, mas com sua participação decisiva"[654].

Em menor grau, diante das contribuições do neoconstitucionalismo, a visão otimista do ativismo judicial caracteriza alguns trabalhos, que vêem o alegado expansionismo do STF como uma "mera consolidação de uma cultura constitucional benéfica à democracia"[655], ao "conduzir a uma vida social pacífica, retirando destas seus vícios, purificando suas próprias engrenagens de modo a fazer funcioná-la plenamente"[656].

Mais recentemente, poucos são os textos que louvam o "ativismo" – independentemente de uma definição apriorística. Raros são, também, os que rejeitam a possibilidade de revisão judicial de atos dos demais poderes – de plano. A partir dos direitos e garantias constitucionais, reconhece-se a viabilidade da atuação judicial em sua defesa.

Eduardo Appio, assentado em acurada descrição do debate jurídico norte-americano, entende o ativismo como uma importante ferramenta, que deve ser utilizada "no momento certo, sob condições incomuns de crise dos poderes representativos, quando a corte tem certeza de que as decisões serão avaliadas (pela comunidade) como corretas". Caberia ao STF identificar a presença desse ambiente favorável, para a promoção de alterações da estrutura constitucional, uma vez que a deferência e modéstia, ao revés, implicariam no

---

[653] Grupo Interinstitucional do Ativismo Judicial (sob coordenação do Prof. Dr. José Ribas Vieira). O Supremo Tribunal Federal em tempos de mudanças: parâmetros explicativos. Disponível em: http://pesquisaconstitucional.files.wordpress.com/2010/06/o-supremo-tribunal-federal-em-tempos-de-mudancas.doc. Acesso em 13 jan. 2012, p. 8.

[654] RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: USP, 2009*, mimeo*, p. 273.

[655] LEAL, Saul Tourinho. A nova face da jurisdição constitucional brasileira. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: JusPODIVM, 2011, pp. 431-458, p. 433.

[656] LEAL, Saul Tourinho. A nova face da jurisdição constitucional brasileira. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: JusPODIVM, 2011, pp. 431-458, p. 448.

reconhecimento da primazia da comunidade para empreender as mudanças; contexto em que compete à corte uma atuação secundária, para reforço democrático[657].

Para o autor, é possível selecionar os temas em que a atuação judicial seria legítima, como na proteção das minorias, em "áreas morais sensíveis da nação como o aborto e a união entre pessoas do mesmo sexo". Para o autor, "não existe um ativismo em abstrato, mas apenas uma postura ativista em um determinado caso ou em favor da proteção de determinados valores da comunidade", de sorte que "nenhum juiz pode, racionalmente falando, se apresentar perante sua comunidade como um ativista de forma abstrata sem que refira, de forma concreta, qual é o objeto que tenciona proteger"[658].

Ainda que não rejeitado o exercício da revisão judicial dos atos dos demais poderes, a conotação negativa da imputação de ativismo e a defesa de aspectos relacionados à auto-restrição judicial já são incorporadas à argumentação dos doutrinadores, mesmo que para rejeitá-las diante da imperatividade de certos direitos. Para Inocêncio Mártires Coelho:

> [...] não se pode exigir que o Judiciário, *pelo receio de parecer ativista*, se furte ao dever de dar a cada um o que é seu [...] se necessário, até *contra legem*, quando a lei se mostrar contrária ao direito, o que não é de causar espécie se tivermos presente, por exemplo, que a Lei Fundamental da Alemanha, em seu art. 20.3, diz que o Executivo e o Judiciário obedecem à lei e ao direito. [...] esse aditamento remete, na verdade, para além da lei, para um direito supra-legal, que, sendo anterior e superior a qualquer direito posto, impõe-se até mesmo às normas constitucionais[659]. (grifos acrescidos)

De acordo com André Ramos Tavares, o *judicial restraint*, usado em larga escala, desvirtua a atuação do juiz constitucional, em áreas em que a própria CF-88 determinou uma atuação substantiva – "ativista, se se quiser" – para sua implementação, como teria ocorrido nos casos da ação de inconstitucionalidade por omissão, no mandado de injunção e das "cláusulas tradicionais que concedem ao STF e seus magistrados a guarda (final) da Constituição e o alocam como árbitro que decida acerca dos conflitos entre poderes e destes com os direitos fundamentais"[660].

---

[657] Os três argumentos do autor são influenciados, respectivamente, por Alexander Bickel, Bruce Ackerman e John Hart Ely. Em verdade, Appio identifica, na "absoluta crise de representatividade eleitoral" e frente à "erosão gradual e acentuada da credibilidade dos demais Poderes da República", uma oportunidade de aproveitar a "insuspeita credibilidade política" da atual composição da corte para avançar nestes temas (p. 366). APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2008, p. 372.

[658] APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2008, p. 310.

[659] COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação do direito. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 475-498, p. 493.

[660] Deste modo, a autocontenção não seria aceita como opção contínua, mas somente como elemento "colimitador da atuação ativa do juiz constitucional", apenas quando exercida em sua vertente minimalista, em posição assemelhada à de Cass Sunstein, em quem o autor se inspira. TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68-69.

Nos últimos argumentos, verifica-se que – mais que simplesmente rejeitar ou não o exercício do controle de constitucionalidade – o debate normativo sobre ativismo judicial representa a tentativa de conformação doutrinária da corte, na seleção de temas e modo em que sua atuação é recomendável. Interessa notar que os trabalhos não destinam a mesma atenção à autocontenção, certamente porque a perspectiva de um ativismo é acompanhada de um senso crítico, de inadequação do exercício da função judicial. Resta saber, porém, qual a percepção da atividade do STF – ou seja, sob quais aspectos os juristas entendem que a corte é ativista.

8.4 Das manifestações de ativismo do STF: entre casos e tendências

Há uma difundida percepção de que o Poder Judiciário – e mais especificamente, o STF – é ativista, como se infere em termos como "supremocracia" ou "judicialismo constitucional", incorporados ao vocabulário jurídico[661].

Na academia jurídica, a descrição do ativismo do STF dá-se por diferentes aproximações. Há textos recorrem à análise de julgados – ou decisões reiteradas sobre certos temas – emblemáticos para mostrar a evolução de sua jurisprudência rumo à concentração de competências decisórias e avanço sobre as atribuições de outros poderes e órgãos jurisdicionais. Referida descrição, como visto, distancia-se da apreciação amparada na pesquisa empírica. De toda sorte, há uma interessante movimentação na conjunção das perspectivas de análise, que entendo necessária, e para a qual pretendo contribuir neste capítulo e no próximo capítulo.

Neste sentido, são muitos os trabalhos que recorrem a "exemplos notórios de atuação interventiva" do STF – como as controvertidas decisões sobre "fidelidade partidária", "verticalização das coligações partidárias", "união homoafetiva" e outras – para criticar tecnicamente o julgado e, posteriormente, alertar dos riscos que a consolidação do ativismo pode acarretar para o sistema jurídico e para a integridade constitucional. Segundo Joaquim Falcão *et al*, essa aproximação utiliza-se, basicamente, das seguintes técnicas, ou "estratégias":

> As decisões dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário são públicas e, cada vez mais, estão disponíveis através de simples consultas realizadas pela internet. Esse é o tipo de análise de decisões isoladas normalmente realizado

[661] VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008; TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

> por juristas. Costumam recorrer a estratégias como (a) análise de elementos jurídicos ou políticos expressos no texto das decisões judiciais; (b) comparações com outros conjuntos de casos sobre temas semelhantes adotados por outros tribunais, sejam eles nacionais ou estrangeiros; (c) crítica da solução ou da argumentação expressa na decisão com base em critérios jurídicos, políticos, econômicos etc[662].

Outra descrição comum, exemplificada por autores já citados ao longo deste capítulo, é avaliar a evolução do tribunal rumo ao ativismo, diante da ausência de constrangimentos em apreciar certas matérias, pelo emprego de técnicas decisórias controvertidas, interferência na atividade dos demais poderes e, ainda, concentração de atribuições em detrimento dos demais órgãos jurisdicionais.

A doutrina brasileira que incorpora as classificações das manifestações ativistas relacionadas ao judiciário estadunidense entende que o ativismo do STF é, preponderantemente, metodológico e jurisdicional[663].

A noção de um ativismo metodológico está representada na visão de que STF tem avançado na concentração de competências jurisdicionais, especialmente nas composições mais recentes da corte, a partir da Presidência do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Neste contexto, a impressão de um ativismo metodológico consiste na noção de que a Corte procede ao uso de métodos interpretativos que "conduzem à construção progressiva de normas que acabam se distanciando do sentido literal ou comum do texto" [664].

Em verdade, há uma constante crítica – sob o título ou não de ativismo - quanto ao uso dos métodos aportados pelo neoconstitucionalismo sem a observância dos requisitos técnicos para sua aplicação.

Entretanto, é de se ressaltar certa dificuldade, com respaldo nas contribuições da Hermenêutica Filosófica e na tentativa de relacioná-la com a interpretação do Direito Constitucional, que daria margem a uma "Hermenêutica Constitucional", na distinção entre "atividade de criação judicial do direito" – aceita na renovada visão dos processos de

---

[662] FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números** - o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 8.

[663] Em acordo com a identificação dos eixos sob os quais estruturei a discussão em torno do ativismo judicial no V Capítulo, o debate brasileiro também não contempla a compreensão de um ativismo partidário ou ideológico, muito peculiar no direito norte-americano, como salientei naquela oportunidade.

[664] Carlos Alexandre de Azevedo procede à distinção de diversas dimensões do ativismo (processual, dirigista, estrutural, intrainstitucional, maximalista e antidialógica), mas entende que o ativismo do STF concentra-se nos aspectos processual e metodológico. Outras características desta atividade parecem surpreender, como uma atuação processual maximizada; interferência em políticas públicas e sociais; ausência de deferência às decisões dos demais poderes ainda que não haja uma clara violação da constituição; concentração de poder na corte em prejuízo das instâncias ordinárias de jurisdição; além da constante busca por soluções gerais – além do caso individual. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves x Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André

interpretação - e mera manifestação de ativismo judicial, em seu sentido de desconformidade aos parâmetros de exercício do controle de constitucionalidade.

Como defende Inocêncio Mártires Coelho, autor de textos que publicizaram os chamados princípios de interpretação constitucional, toda atividade jurisdicional envolve criação do direito. Assim, "o essencial não é sabermos se ele pode ou deve assumir papel ativo e autônomo na elaboração do direito, mas determinarmos de que maneira e em que limites se dará essa inevitável e necessária colaboração, até porque, via de regra, toda lei precisa de consistência judicial", o que variaria conforme "o tipo de norma que se trata de interpretar, aplicar e desenvolver". A ultrapassagem dos limites da interpretação aceitável seria evidente em determinados casos, mas complexo de afirmar nas hipóteses em que o "texto da constituição – por sua abertura semântica – comporta leituras que, embora distintas, são igualmente defensáveis ou plausíveis" [665].

Em detrimento deste "obstáculo", as críticas sobre a atuação do STF são comuns e contemplam sim esta dimensão técnica, sob os mais diversos aspectos.

Num conjunto de técnicas prepoderantemente variado, o uso seletivo – dentre as diversas "metodologias disponíveis" – apenas dos aspectos que incrementam o poder decisório da corte, em prejuízo da efetiva apreciação dos casos, é objeto de censura.

O recurso às chamadas decisões interpretativas – ou formas interpretativas de decisão – que permitem manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade também é um dos maiores fundamentos de imputação de ativismo ao Tribunal. A reprovação ocorre pela simples menção dessas possibilidades, desacompanhadas da necessária argumentação quanto à presença de seus pressupostos, o que representaria uma perversão dos cânones da atividade judicial. Mas também porque dotam o tribunal de maior poder de "manipular" e inovar na ordem jurídica, em desconformidade com as características do sistema jurídico brasileiro, que tem a norma (ou lei, em conformidade com o princípio da legalidade) como principal fonte do direito, de modo que se teria um avanço sobre as competências legislativas.

Segundo Elival da Silva Ramos, tanto as "sentenças interpretativas" quanto as "sentenças manipulativas em sentido estrito" podem colaborar para manifestações ativistas, ainda que o emprego de algumas destas esteja previsto no art. 28 da Lei n.º 9896/99. Nas primeiras, que se referem à constatação de "diversas alternativas exegéticas diversas,

---

Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 541-595, p. p. 560-7, p. 585.

[665] COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo Judicial ou criação do direito. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 431-458, p. 475-498.

associadas ao enunciado normativo" e à opção por um ou mais significados harmônicos com a constituição, com o afastamento das hipóteses que não encontram tal consonância, somente devem ser alijadas aquelas alternativas flagrantemente inconstitucionais[666].

Já nas sentenças manipulativas, a aferição de parâmetros seria mais complexa. Para explicá-las, Ramos recorre à doutrina italiana, na distinção entre sentença manipulativa aditiva – nas quais a Corte "declara inconstitucional certa disposição por omitir algo" e sentença manipulativa substitutiva ou criativa – nas quais a corte declara a inconstitucionalidade de parte da norma" e "individualiza a única outra disciplina possível". Nas primeiras, não seriam extrapoladas as funções jurisdicionais[667], ao passo em que as segundas constituiriam uma oportunidade para manifestações ativistas, especialmente quando se aproximam de categorias manejadas por tribunais europeus, o que comumente ocorre[668].

Ainda na crítica metodológica, de acordo com Virgilio Afonso da Silva, a noção de uma "interpretação conforme a Constituição" acabaria por "desempenhar uma função de sutil legitimação da centralização da tarefa interpretativa – não só da constituição, mas de todas as leis – nas mãos do tribunal", uma vez que:

> [...] basta que o Supremo Tribunal Federal dê o nome de interpretação conforme a constituição a qualquer esclarecimento de significado de qualquer termo de qualquer dispositivo legal, na forma como já vista acima, para que qualquer interpretação divergente, ainda que seja também no sentido de manter a constitucionalidade de uma lei, torne-se impossível. Com isso, o Supremo Tribunal Federal não somente desempenha sua função de guardião da constituição de forma cada vez mais centralizada, como passa

---

[666] Para o autor, sentença interpretativa é compreendida como Interessa notar, ainda, as diversas conseqüências a partir do modo de exercício do controle: na via difusa, o STF acabará por impor "sua" variante interpretativa; na concentrada, não gera efeito erga omnes, pois não haveria a vinculação do que denomina de "jurisdição de base". RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: USP, 2009*, mimeo*, p. 175-179.

[667] De acordo com Guastini, as sentenças aditivas referem-se às oportunidades em que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, e em vista da lacuna ocasionada pela retirada da norma do sistema, reconstrói o texto com um conteúdo diverso, mais "adequado" aos parâmetros constitucionais. Do mesmo modo, sendo constatada uma omissão inconstitucional na lei submetida à apreciação, supera-se tal omissão pela reconstrução de normas, que passam a admitir uma coerência textual. GUASTINI, Riccardo. ¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?. **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol,** Valencia, n. 25, p. 31-46, 1998, p. 44. Estas se diferenciame das "sentenças aditivas de princípio", que constituem uma moderação da Corte, em função da garantia da discricionariedade do Parlamento. Nestas decisões, o tribunal afirma os marcos a serem seguidos pelo legislador quando vier a regular posteriormente a matéria, e também ressalta a necessidade de que os juízes ordinários tomem decisões aplicativas imediatas, por vezes explicitamente. Em alguns casos, a Corte chega a indicar qual o prazo a ser observado pelo legislador. Posteriormente, os princípios determinados na sentença servem de parâmetro para aferição da constitucionalidade do direito a ser futuramente legislado. GROPPI, Tania. **¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'?** Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. Disponível em: http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art2.htm. Acesso em: 15 de junho de 2005.

[668] RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: USP, 2009*, mimeo*, p. 180-6.

> a ter a possibilidade quase que ilimitada de excluir qualquer "desobediência" interpretativa por parte de quase todos os órgãos estatais. Para tanto, a interpretação conforme a constituição cai como uma luva[669].

Algo assemelhado ocorre com o princípio da proporcionalidade, também convertido num "mero *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático", em que a citação deste recurso interpretativo, cujo fundamento constitucional é atribuído à previsão do art. 5º, LIV, e ao "*substantive due process of law*" é feita num raciocínio "simplista e mecânico".

A aplicação da máxima de proporcionalidade seria desacompanhada da caracterização dos pressupostos exigidos nos princípios por ela albergados. Deste modo, quando se quer "afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula "à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional", num "silogismo pouco controlável do ponto de vista externo".

> Que fique claro, pois, que se cobra apenas coerência nos julgados no STF, e não a aplicação da regra da proporcionalidade. [...] Mas, a partir do momento em que o STF sustenta que a regra da proporcionalidade tem "fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais", e assim o faz não com o intuito de se manter meramente no plano retórico, isto é, de recorrer a um *topos* - como acontece quando menciona o princípio da razoabilidade -, mas com o *expresso* intuito de ir além, e passar para o plano da aplicação sistemática e estruturada *de um modelo pré-existente*, é de se esperar, então, que dele seja cobrada coerência[670].

Já o chamado ativismo jurisdicional, como defende Lírio do Valle - a partir da caracterização de William Marshall - refere-se à recusa dos tribunais de se manter "dentro dos limites jurisdicionais".

Esse processo teria sido incrementado em vista das alterações empreendidas pela EC 45/04 e pela mudança da composição da Corte – o marco eleito pelos autores é o ano de 2003 –momento em que o STF passou a definir "os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político das relações entre os poderes".

---

[669] SILVA, Virgilio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, p. 191-210, 2006, p. 205. No mesmo sentido de crítica à legitimação e emprego equivocado pelo STF, mas para o controle difuso, cf. BRUST, Leo. A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV,** São Paulo, v. 5, n. 2, dez. 2009.

[670] "O raciocínio aplicado costuma ser muito mais. Resumidamente: a constituição consagra a regra da proporcionalidade. o ato questionado não respeita essa exigência. o ato questionado é inconstitucional. (...) O silogismo, inatacável do ponto de vista interno,33 é composto de premissas de fundamentação duvidosa e é, por isso, bastante frágil quando se questiona sua admissibilidade do ponto de vista externo". (p. 32) SILVA, Luís

É visualizado na concentração de poder decisório na corte, na interpretação de meios processuais já conhecidos (ex: mandado de injunção) e na afirmação dos novos instrumentos previstos na EC 45/2004 (súmulas vinculantes, reclamação constitucional, arguição de relevância). Nota-se, contudo, que a afirmação deste não está desapegada de outros aspectos, que podem ser verificados na atuação do Tribunal e que demandam problemas já visualizados em outros ordenamentos, como "ameaça ao equilíbrio entre os poderes; ao risco inerente de governo dos juízes, à aplicação de cânones adequados de interpretação, e à postura de se evitar jurisdição exercida conforme uma concepção pré-determinada" [671].

De acordo com Marcos Paulo Veríssimo, o STF não se constrange em exercer competências de revisão cada vez mais amplas, quer incidentes sobre a política parlamentar (via controle de constitucionalidade, sobretudo), quer incidentes sobre as políticas de ação social do governo (por intermédio das competências de controle da administração pública, controle esse interpretado de forma cada vez mais larga nos dias atuais)"[672].

A grande preocupação deste ativismo jurisdicional seria a alteração do concerto entre os poderes, em detrimento do arranjo constitucional, consubstancializado numa afirmação constante da prerrogativa do tribunal de estabelecer a "última palavra em matéria constitucional" – ou seja, a criação em torno de uma cláusula de supremacia judicial sobre a interpretação constitucional, diante da previsão do art. 102 da CF-88.

Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 31; p. 47.

[671] VALLE, Vanice Regina Lírio (org.) *et al.* **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal** - laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 37-40. Esse foi o foco eleito para análise da autora que afasta, deste modo, as discussões em torno de um perfil ideológico e técnico-jurídico, inserindo o tribunal como parte de uma complexa relação de poder. Como exemplos dessa atuação, os autores lembram os julgados sobre: reclamação constitucional (p. 43 a 55) e MI (670, 708 e 712), manipulação de efeitos (Lei 9868/99), transcendência dos motivos determinantes (fls. 87 a 93), mutação constitucional (RCL 4335-5/AC) e, como "ativismo processual", AC meritória (pensamento jurídico do possível ADI 1289-4/DF e SS 3154-6/RS (p. 77-82), regulamentação do direito de greve (MI 670).

[672] VERÍSSIMO, Marcos P.. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, v. 4, p. 407-440, 2008, p. 409

CAPÍTULO IX

CORTE E DOUTRINA JURÍDICA: UMA ANÁLISE METODOLÓGICO-INSTITUCIONAL DAS MANIFESTAÇÕES ATIVISTAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sumário: 9.1 Arbitramento de conflitos políticos e criação judicial do direito: o STF avança sobre o Legislativo? 9.2 Ativismo frente ao Poder Executivo: intervenção, crítica acadêmica e racionalização no controle judicial das políticas públicas. 9.3 Ativismo jurisdicional e seletividade: abstrativização do controle difuso e centralização de competências decisórias no STF. 9.4 O STF e as "questões morais controvertidas": ausência de deferência e maximalismo judicial

Neste último capítulo, vou analisar alguns julgados tidos como representativos da consolidação de um ativismo judicial do STF, no exercício do controle de constitucionalidade concentrado e difuso. Os casos foram selecionados a partir da sua grande repercussão na academia jurídica, seja porque representam um debate jurídico consolidado sobre as possibilidades e critérios de intervenção – antes da decisão – ou porque receberam ampla crítica.

Estes julgados são classificados em três critérios: (a) intervenção do Tribunal frente aos demais poderes; (b) concentração de competências jurisdicionais, com a centralização do controle de constitucionalidade; (c) apreciação de questões morais sensíveis, antecedidas ou não de deliberação nos poderes majoritários.

Minha intenção é confrontar as duas dimensões que delimitei das noções de ativismo e autocontenção – metodológica e institucional - com a avaliação doutrinária dos fundamentos e eventuais conseqüências dos julgados[673]. Pretendo verificar a hipótese de que as mencionadas expressões, em seu conteúdo prescritivo ou normativo, espelham uma crítica ou aprovação da academia jurídica às decisões judiciais, na sua tentativa de interação com a atividade da corte, mas também as posições do STF frente aos demais poderes.

[673] Darei preferência à literatura que se ocupa do tema ativismo no sistema jurídico brasileiro, especialmente do STF, ao visualizar tendências e analisar decisões do tribunal. Para mostrar a desconformidade de certos julgados com "doutrina predominante", recorro, em algumas oportunidades, aos manuais de Direito Constitucional.

9.1 Arbitramento de conflitos políticos e criação judicial do direito: o STF avança sobre o Legislativo?

A noção de ativismo traduz uma preocupação com as conseqüências institucionais das decisões judiciais e, neste sentido, tem-se um marco relevante para a configuração destas superposições e avanços: as construções jurídicas em torno da separação de poderes, em vista do plexo de competências constitucionais. Neste quadro, a deliberação política e a criação do direito dela decorrente têm no Legislativo o seu lugar privilegiado. Por isso, pode-se cogitar que boa parte das manifestações de ativismo – mesmo naquelas em que a crítica metodológica parece preponderar – referem-se a um avanço sobre as competências das casas parlamentares. Por conseguinte, a instituição seria enfraquecida pelo deslocamento da regulação da relações sociais, econômicas e políticas para as instituições judiciais.

Em que pese este contexto mais amplo, na classificação de decisões que afetam os demais ramos de governo, agrupei neste tópico "apenas" os julgados que denotam uma interferência do STF em dois grandes temas: a afirmação da competência para o arbitramento de conflitos, sob o fundamento da proteção das normas constitucionais que fixaram as linhas gerais do debate na arena política, e a normatização de temas quando verificada a omissão legislativa.

No primeiro caso, destacam-se os emblemáticos e sempre mencionados exemplos das decisões sobre fidelidade partidária, "verticalização das coligações partidárias" e o estabelecimento das "cláusulas de barreira", além do debate sobre os contornos de um direito das minorias parlamentares nos processos deliberativos nas casas legislativas, através de um "direito subjetivo de instauração de comissões parlamentares de inquérito. No segundo, a alteração da jurisprudência quanto ao mandado de injunção e a conseqüente regulamentação da matéria demandada conduzem à impressão de que a Corte pretende substituir as decisões parlamentares.

Nestes casos, além da preocupação "técnica" e institucional, adiciona-se mais um elemento, presente nas prescrições em torno de um ativismo ou autocontenção em ambos os eixos sob os quais estruturei a tese: a ausência de legitimação democrática, diante da dimensão representativo-majoritária da atividade parlamentar. Em algumas dessas decisões, a ausência de constrangimentos na regulação destas atividades e a afirmação de uma posição contramajoritária e afiançadora das condições do processo político ensejam a sobreposição da crítica democrática sobre os demais critérios.

a) Fidelidade partidária

A decisão proferida no MS 26.603/DF[674], sobre o estabelecimento da chamada "fidelidade partidária" é considerada um dos casos mais emblemáticos de intervenção na arena política[675] e, mais que mutação constitucional, constituíria o exemplo de atuação como "poder constituinte reformador".

A referida questão teve origem em decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), na apreciação da Consulta nº 1.398/DF (Relator Ministro César Asfor Rocha), formulada pelo então Partido da Frente Liberal (PFL) – atual DEM (Democratas), com base na previsão do art. 108 da Lei nº 4.737/65.

Na mencionada consulta, que ensejou o Mandado de Segurança ora discutido, criou-se uma hipótese de perda do mandato parlamentar, na decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa. Foram determinadas, ainda, as situações que configurariam "justa causa" para a desfiliação – como incorporação, fusão ou criação de novo partido, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e, por fim, grave discriminação pessoal do parlamentar. E nestes casos, não haveria a punição do representante.

As inovações não param por aqui.

---

[674] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26603/DF. Ementa: Constitucional. Mandato eletivo. Deputado federal. Perda do mandato. Fidelidade partidária. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 19 dez.2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28constitucional+e+mandato+e+eletivo+e+deputado+e+federal+e+fidelidade%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos Acesso em: 1 nov. 2012. Por se tratar de um mandado de segurança, e não de uma ação típica do controle concentrado, em que os Ministros entenderam que a decisão estaria dotada de efeitos *erga omnes*, tratar-se-ia de mais um exemplo de "abstrativização do controle concreto de constitucionalidade". SUNDFELD, Carlos Ari *et al*. **Controle de constitucionalidade e judicialização**: o STF frente à sociedade e aos Poderes. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Projeto Observatório da Justiça Brasileira. Ministério da Justiça. Disponível em: http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/controle_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf. Acesso em: 18 nov. 2011, p. 63-64.

[675] "Tendo em vista a *fundamental importância este julgado possui para a análise da judicialização da política brasileira*, bem como para a *contextualização do Supremo Tribunal Federal dentro de uma perspectiva mais ativista no exercício de suas competências*, mostra-se de grande valia para o presente trabalho sejam colacionados os principais argumentos deduzidos pelos ministros desta Corte neste julgamento". Ao final, o autor conclui que "sem adentrar no mérito da conveniência ou não da decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema da fidelidade partidária, servem tais decisões *para ilustrar, dentro do contexto da judicialização da política brasileira, a transição que vem sido efetuada por esta corte entre um período de auto-contenção rumo a um período de ativismo*". POZZOBON, Roberson Henrique. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, n. 10, p. 97-118, 2009, p. 107; p. 113.

O TSE estabeleceu o procedimento e atribuições para as situações de perda de mandato. Compete ao partido formular o pedido de desfiliação à Justiça Eleitoral, no prazo de trinta dias; se não o fizer, cabe a qualquer pessoa – que detenha interesse jurídico – ou ao Ministério Público proceder ao requerimento que, se julgado procedente, ensejará a decretação da perda do cargo e *comunicação* da decisão ao Presidente da Casa Legislativo para que promova a posse do suplente ou vice – em dez dias.

No julgamento do Mandado de Segurança, a fundamentação constitucional para a construção do TSE foi assim assentada:

> A prática da infidelidade partidária, cometida por detentores de mandato parlamentar, por implicar violação ao sistema proporcional, mutila o direito das minorias que atuam no âmbito social, privando-as de representatividade nos corpos legislativos, e ofende direitos essenciais - notadamente o direito de oposição - que derivam dos fundamentos que dão suporte legitimador ao próprio Estado Democrático de Direito, tais como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1º, I, II e V). A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1º, "in fine"), (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições[676].

Entendeu-se que, dentre os efeitos da desfiliação partidária pelo eleito, inclui-se a perda do direito de continuar a exercer o mandato eletivo. Criou-se, assim, uma nova causa de perda do mandato parlamentar, além das expressamente previstas no artigo 55, da CF-88[677]. Como lembra Luís Roberto Barroso, teve-se, neste caso, uma manifestação atípica de

---

[676] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26603/DF. Ementa: Constitucional. Mandato eletivo. Deputado federal. Perda do mandato. Fidelidade partidária. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 19 dez.2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28constitucional+e+mandato+e+eletivo+e+deputado+e+federal+e+fidelidade%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos Acesso em: 1 nov. 2012.

[677] "Mas apenas destacar o fato jurídico de que a decisão dos tribunais (TSE e STF) criou uma nova categoria de perda de mandado parlamentar, distinta daquelas hipóteses previstas, que, como o próprio Ministro Celso de Mello reconheceu, constituem "numerus clausus". O fato de se estar estabelecendo mais uma hipótese de perda de mandado parlamentar, evidentemente, cria um problema institucional sério: a decisão tomada pelos dois tribunais é decorrência de um processo de interpretação constitucional ou tem ela caráter legislativo (no caso específico: de natureza constitucional)? (...) O próprio Ministro Celso de Mello enfrentou esta questão ao dizer que a Constituição conferiu ao Supremo "o monopólio da última palavra em temas de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental", o que pode ser interpretado como uma leitura fiel do artigo 102 da Constituição". VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008, p. 455.

ativismo judicial, pois referida à aplicação direta de situações não previstas expressamente na norma constitucional e mais: independentemente de manifestação do legislador ordinário[678].

Interessante notar, como fundamento da decisão, a afirmação da força normativa da constituição e, como corolário, o "monopólio da última palavra, pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria de interpretação constitucional", ou seja, a afirmação da supremacia judicial.

> A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.
> - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder.
> - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes.
> - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental[679].

Em relação à decisão, verifica-se, ainda, uma dos aspectos mais interessantes do "ativismo" brasileiro: a ausência de constrangimentos dos ministros em manifestar-se publicamente sobre os casos a serem apreciados ou decisões já tomadas pela corte[680], com

---

[678] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista Atualidades Jurídicas, Ed. nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 26 jan 2009, p.8.

[679] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26603/DF. Ementa: Constitucional. Mandato eletivo. Deputado federal. Perda do mandato. Fidelidade partidária. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 19 dez.2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28constitucional+e+mandato+e+eletivo+e+deputado+e+federal+e+fidelidade%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos Acesso em: 1 nov. 2012.

[680] Em verdade, em ocasiões públicas, os Ministros costumam louvar as decisões proferidas pela Corte. De acordo com José de Ribamar Barreiros Soares, o ""Ministro Marco Aurélio (2007) considera a decisão do Tribunal Superior Eleitoral sobre a questão da fidelidade partidária como tendo sido "a decisão mais importante, em termos de purificação, dos últimos tempos". Entendeu tratar-se de "um avanço considerável em termos de cidadania e de fortalecimento dos partidos políticos"". SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil**: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) – UERJ. Brasília, 2010.

ampla louvação da relevância dos julgados. Em que pese não haver uma proibição normativa quanto à abordagem dos julgados ou uma práxis de discrição, como em outros sistemas, a exposição é objeto de alguma censura entre os juristas de profissão e – mais recentemente – a crítica é compartilhada nos meios de comunicação.

b) Verticalização das coligações partidárias

A interferência na atividade política também se caracteriza no julgado conhecido como "verticalização das coligações partidárias", decorrente de consulta de parlamentares ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em que questionavam o alcance do disciplinamento previsto na Lei nº 9.504/97, mais exatamente no art. 6º, quanto às coligações empreendidas nas eleições majoritárias, proporcionais, ou para ambas[681]. A dúvida era quanto à possibilidade de construção e formatação de acordos distintos nos diversos pleitos – municipais, estaduais e federais.

Em 26 de fevereiro de 2002, foi editada pelo Tribunal Superior Eleitoral a Resolução nº 20.993 (Relator Ministro Fernando Neves), que determinava, em seu art. 4º, § 1º:

> Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de Estado ou do Distrito Federal senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Consulta nº 715, de 26.2.02)[682].

Na apreciação da ADI nº 2.626-7[683], proposta por partidos da base aliada contra a mencionada "disposição", o STF entendeu que, por se tratar de resposta à consulta, num "mero ato de interpretação", esta não se sujeitaria a controle de constitucionalidade. Ao

---

Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1. Acesso em: 12 jan. 2012, p. 105.

[681] BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1 out. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

[682] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n.º 20.993, de 26 de fevereiro de 2002. Dispõe sobre a escolha e o registro dos candidatos nas eleições de 2002. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 11 abr. 2002. Disponível em: http://www.tre-sc.gov.br/site/fileadmin/arquivos/legjurisp/eleicoes_2002/res_tse/res020993.26022002.pdf. Acesso em: 1 nov. 2012.

[683] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2626, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2004. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 5 mar. 2004. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266863 Acesso em: 1 nov. 2012.

manter decisão do TSE, composto majoritariamente por seus próprios membros, tem-se um curioso exemplo em que, rejeitada a demanda, sua decisão é considerada ativismo judicial.

Posteriormente, as decisões do TSE e do STF mereceram resposta do Congresso Nacional, com a promulgação da EC n.º 52/2006, que assegura aos partidos políticos autonomia para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal (art. 17, §1º). O interessante é que a mesma emenda, em seu art. 2º, estabelecia a entrada em vigor da "nova regra", "na data de sua publicação, aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002"[684]. Teve-se, assim, uma pronta resposta do Legislativo à decisão do STF, na tentativa de sobreposição de seu julgado.

Mais uma vez, contudo, a questão foi remetida à Corte, desta vez pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que alegou que o mencionado art. 2º configuraria violação ao princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da CF-88). No julgamento da ação (ADI n.º nº 3.685), o STF fez uso da "interpretação conforme à Constituição" para que a nova regra fosse aplicada após um ano da data de sua vigência. Interessa notar que, quando o TSE editou a citada Resolução, a regra da "verticalização" teve vigência imediata, não tendo sido cogitada a violação ao princípio da anterioridade[685]. De toda sorte, a emenda foi mantida, tendo-se a "última palavra" do parlamento.

c) Cláusula de barreira e proteção das minorias parlamentares

A denominada "cláusula de barreira" foi introduzida pela Lei n.º 9.096/95, que regulamentava as normas constitucionais (art. 17 e art. 14, §3º) referentes à "organização partidária", e trazia, em seu art. 13, a seguinte regra:

> Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo,

[684] "Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002". BRASIL. **Constituição (1988).** Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006. Dá nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc52.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

[685] Soares pontua, além dessa "peculiaridade", que "nessa questão da verticalização, além de haver lei vigente que permitia essa prática, o Congresso também encontrava-se em discussão sobre a matéria, em face dos diversos projetos de lei que ali tramitavam". SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política.** Tese de Doutorado. Programa de PósGraduação em Ciência Política, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) – UERJ. Brasília, 2010. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1, p. 42.

> cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles[686].

O partido que não atendesse a essa "cláusula de desempenho" sujeitar-se-ia a repercussões como: redução drástica no tempo de exibição de programa eleitoral em cadeia nacional e inexistência de programa em cadeia estadual. Estabeleceu-se, ainda, substancial redução da participação destas siglas na distribuição do fundo partidário, uma vez que 99% do total seria dividido pelos partidos que a atingiram e 1% restante seria disponibilizado, em partes iguais, a todos os que possuíssem estatuto registrado no TSE.

O STF apreciou as referidas alterações no julgamento simultâneo - em virtude da identidade de objetos - da ADI n.º 1351-3 e a ADI n.º 1354-8. Dez anos antes - em 07/02/96 - o pedido de liminar formulado na segunda ação foi indeferido por unanimidade pelo Pleno do STF. Na apreciação do mérito, o julgamento da referida ação redundou na declaração, por unanimidade, da inconstitucionalidade dos arts. 13, 41, 48, 49 e 57 da mencionada lei.

Segundo o Tribunal, com fundamento na "razoabilidade", a norma promove o "esvaziamento da atuação das minorias" e viola o princípio da igualdade[687], como se infere deste trecho do Voto do Min. Relator Marco Aurélio Mello:

> É de repetir até a exaustão, se preciso for: Democracia não é a ditadura da maioria! De tão óbvio, pode haver o risco de passar despercebido o fato de não subsistir o regime democrático sem a manutenção das minorias, sem a garantia da existência destas, preservados os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente[688].

Após prolatar seu voto, o Ministro apresenta a seguinte preocupação:

> Senhora Presidente, reputo este julgamento histórico, tendo em conta o próprio Estado Democrático de Direito, a transferência de poder pelo povo a mandatários, a transferência de poder pelo povo a representantes. Por isso - não sou de me estender muito em votos -, peço a *paciência dos colegas e*

---

[686] BRASIL. Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 20 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm. Acesso em: 1 nov. 2012.

[687] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 54-55. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 29 jun. 2007. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150 Acesso em: 1 nov. 2012.

[688] "Então, encerro este voto, no julgamento conjunto das ações n° 1.351-3/DF e 1.354-8/DF, acolhendo os pedidos formulados – exceto quanto ao inciso II do artigo 56 – e, com isso, declarando a inconstitucionalidade na Lei n° 9.096/95: a) do artigo 13; b) da expressão „obedecendo aos seguintes critérios□, na cabeça do artigo 41, e dos incisos I e II do mesmo preceito; c) do artigo 48; d) da expressão „que atenda ao disposto no artigo 13□, no artigo 49; e) da expressão „no artigo 13□, do inciso II do artigo 57." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Marco Aurélio, p.62-ss. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 29 jun. 2007. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150 Acesso em: 1 nov. 2012.

> *também da assistência para o que tenho a assinalar e deixar registrado nos anais do Supremo.* (grifos inexistentes na transcrição do STF)[689].

Posteriormente, a decisão manipulativa proposta pelo Min. Gilmar Mendes foi aceita pelo Tribunal, já que o art. 57 - declarado inconstitucional, referia-se a normas de transição:

> [...] Entendo que as normas de transição contidas no artigo 57, que disciplinaram a matéria desde o advento da Lei dos Partidos Políticos, de 1995, devam continuar em vigor até que o legislador edite nova lei que dê nova regulamentação ao tema.
> *Dessa forma, proponho ao Tribunal que o artigo 57 da Lei n° 9.096/95 seja interpretado no sentido de que as normas de transição nele contidas continuem em vigor até que o legislador discipline novamente a matéria, dentro dos limites esclarecidos pelo Tribunal neste julgamento*[690]. (grifos inexistentes na transcrição do STF)

Em detrimento da pretensão do Ministro, é de se ressaltar o relativo consenso quanto a não extensão do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes* das decisões do STF ao Poder Legislativo, considerando que a própria norma do art. 102, § 2º da CF-88 afirma que estas abrangem os "demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal". Assim, a doutrina brasileira entende que o Parlamento pode legislar em sentido contrário ao entendimento já consolidado pelo STF, pelo respeito à "liberdade de conformação do legislador" e para evitar a "petrificação da evolução social"[691].

Na fundamentação de seu voto, o referido julgador abriu mão de expressões constantemente mencionadas na caracterização de uma tendência ativista do STF:

> Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias

---

[689] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 64. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 29 jun. 2007. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150 Acesso em: 1 nov. 2012.

[690] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 161. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 29 jun. 2007. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150 Acesso em: 1 nov. 2012.

[691] Tal entendimento é assentado no próprio STF (ADI 907, ADI 864 e Rcl 2.617), que admite ação direta para aferição da conformidade da nova norma promulgada com o texto constitucional. Neste sentido, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo/Brasília: Saraiva/IDP, 2009, p. 1332, ss.

> fundamentais assegurados pelo texto constitucional. O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido[692].

Segundo Vianna *et al*, a decisão proferida pelo STF nas citadas ações, propostas por "partidos de esquerda e nanicos", anulou medida que "contou com amplo consenso dos principais partidos do país"[693], marcando sua interferência na arena política.

d) Direito líquido e certo à instauração de comissões parlamentares?

Outro exemplo de intervenção na atividade do Poder Legislativo – e no debate político - refere-se à interpretação de que, preenchidos os requisitos do art. 58, § 3º, da Constituição, com a obtenção do número de assinaturas necessárias, deve ser efetivamente instaurada a investigação parlamentar, por período certo, sobre fato determinado, como produto de um direito público subjetivo dos parlamentares – mesmo daqueles que compõem os grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional -, competindo ao presidente da Casa Legislativa a emissão do ato de criação da Comissão.

Na Ementa do Mandado de Segurança n.º 24.831/DF, assim justificou o Tribunal sua intervenção no tema:

> [...] O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A DIREITOS E/OU GARANTIAS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo. - Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional. Questões políticas. Doutrina. Precedentes. - A ocorrência de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de

[692] A argumentação do Ministro foi assim fundamentada: "o vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados – principalmente as normas de transição contidas no artigo 57 – torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma "função reparadora" ou, como esclarece Blanco de Morais, "de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade"". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 160. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 29 jun. 2007. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150 Acesso em: 1 nov. 2012.

[693] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete Anos de Judicialização da Política. **Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)**, v.19, n. 2, p. 39-85, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf. Acesso em: 18 mai 2008, p. 78.

> Inquérito justifica, plenamente, o exercício, pelo Judiciário, da atividade de controle jurisdicional sobre eventuais abusos legislativos (RTJ 173/805-810, 806), sem que isso caracterize situação de ilegítima interferência na esfera orgânica de outro Poder da República [...][694].

Deste modo, na ausência de indicação dos líderes dos partidos de maioria, constitui um dever do Presidente da Casa Legislativa indicar o nome dos parlamentares que comporão uma Comissão. Interessa notar que, como o Regimento do Senado não prevê essa atribuição, fixou-se a "nova competência do Presidente do Senado", fazendo remissão ao Regimento da Câmara dos Deputados, aplicado por analogia:

> [...] o Tribunal concedeu o mandado de segurança, nos termos do voto do relator, para assegurar, à parte impetrante, o direito à efetiva composição da Comissão Parlamentar de Inquérito, de que trata o Requerimento nº 245/2004, devendo, o Senhor Presidente do Senado, mediante aplicação analógica do art. 28, § 1º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, c/c o art. 85, caput, do Regimento Interno do Senado Federal, proceder, ele próprio, à designação dos nomes faltantes dos Senadores que irão compor esse órgão de investigação legislativa, observado, ainda, o disposto no § 1º do art. 58 da Constituição da República [...][695].

Vale destacar que o tribunal não viu empecilho, em que pese a ausência de atribuição regimental, na indicação do Presidente do Senado Federal como autoridade coatora no indigitado mandado de segurança, pois a analogia proposta supre esta "lacuna" jurídica.

Em contrapartida, citada decisão conta com apoio, por configurar proteção ao estatuto jurídico das minorias parlamentares, como se posiciona Elival da Silva Ramos:

> Trata-se de *norma criada pelo Supremo Tribunal Federal*, que determinou ao Presidente do Senado Federal a indicação dos membros da comissão, sem que houvesse norma constitucional ou regimental atribuindo-lhe essa competência, teve como fundamento a garantia dessa representatividade. [...] *É o caso do estatuto de proteção das minorias idealizado pelo Supremo por meio de processo hermenêutico.* Não podemos chamar a isso de voluntarismo[696]. (grifos inexistentes no original)

Cabe salientar, todavia, que uma das preocupações com o protagonismo do STF relaciona-se à expansão da compreensão dos parâmetros para a atividade julgadora que implicam, a rigor, numa sobreposição frente às competências legislativas. Mas neste caso, em

---

[694] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24831, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2005. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 4 ago. 2006. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189 Acesso em: 1 nov. 2012.

[695] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24831, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2005. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 4 ago. 2006. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189 Acesso em: 1 nov. 2012.

[696] RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: USP, 2009*, mimeo*, p. 82.

que se cogita a criação judicial de direito – elemento comum às caracterizações de ativismo, como visto em tópicos anteriores – a crítica é afastada pela concordância com a conclusão do julgado.

e) Mandado de injunção: mudança de rumos e "regulamentação judicial"

A tendência de ampliação das competências do tribunal e – eventualmente, caracterização de seu ativismo judicial – pode ser visualizada no emblemático exemplo do Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI). Esta garantia constitucional, que se alia à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (esta no controle abstrato), presta-se a assegurar eficácia jurídica às normas constitucionais sobre direitos fundamentais, no plano individual.

Inicialmente, a partir da consagração da chamada "posição não concretista", fixada no MI 107/QO (Rel. Moreira Alves)[697], ratificada por quase duas décadas na corte, estabelecia-se uma espécie de identificação dos dois institutos voltados à solução das omissões constitucionais, de que não caberia ao Judiciário suprir a omissão legislativa ou regulamentar o tema, tampouco assegurar um "suprir a omissão legislativa ou regulamentar", mas apenas cientificar o órgão responsável pela normatização para que supra a omissão em referência.

Para o Min. Sepúlveda Pertence:

> O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra[698].

Este entendimento era objeto de ferrenha crítica doutrinária, que via no instituto um importante instrumento para a garantia de direitos fundamentais.

---

[697] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1989. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 21 set. 1990. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908 Acesso em: 1 nov. 2012.

[698] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 168, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 21/03/1990. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 20 abr. 1990. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81753 Acesso em: 1 nov. 2012.

Em 2007, contudo, o STF alterou a jurisprudência então firmada, no sentido de assegurar concretude ao direito postulado em sede de mandado de injunção[699]. No MI 708, foi *determinado o prazo de sessenta dias para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria e no período de ausência de regulamentação específica,* a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 às demandas acerca do exercício do direito de greve dos servidores públicos civis[700]. Deve-se salientar, portanto, que foi ressaltada a atribuição parlamentar para legislar sobre a matéria.

Todavia, a Corte avançou na regulamentação do tema, ao definir a competência jurisdicional para apreciação destes conflitos – com o requisito de sua "abusividade" – e fixou como "regra geral o desconto dos dias de paralisação", como se infere da Ementa do julgado:

> [...] 6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei nº 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei nº 7.783/1989, *in fine*)."
> 6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando

[699] Destaque-se que a mudança já estava sinalizada na obtenção de maioria no julgamento do MI 670, 708 e 712, ajuizados por sindicatos de servidores públicos para assegurar o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF-88 aos seus filiados, em detrimento da omissão na regulamentação da matéria.

[700] "Mandado de injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do STF. Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da Justiça Federal e da Justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de sessenta dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989. Sinais de evolução da garantia fundamental do mandado de injunção na jurisprudência do STF. (...) Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis**."** BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 31 out. 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551 Acesso em: 1 nov. 2012. No mesmo sentido: MI 670, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes**, e** MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-10-2007, Plenário, *DJE* de 31-10-2008.

> durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve.[...][701]

Na fundamentação da decisão, o Min. Gilmar Ferreira Mendes justificou o emprego de sentença aditiva na "teoria da solução constitucional obrigatória" (com extensa citação do autor português Rui Medeiros), de sorte que a decisão criativa do magistrado integre ou complemente um regime previamente adotado pelo legislador[702].

A determinação do marco histórico de reversão do entendimento coube à decisão do MI 721/DF (Rel. Marco Aurélio Mello), em que se salientou o caráter mandamental e não declaratório da garantia constitucional, de modo que caberia ao Judiciário viabilizar o exercício do direito no caso concreto – na hipótese, empregou-se também a analogia -, em que pese a inércia legislativa[703].

Os referidos julgados (MI 670, 708 e 712 e 721), amparados numa perspectiva de conferir utilidade ao mandado de injunção, parecem apartados, contudo, da efetivação de direitos fundamentais[704].

A nova roupagem do mandado de injunção provocou uma ampliação significativa do ajuizamento do referido remédio constitucional, que confirmaria o "uso da jurisprudência constitucional como válvula de autorregulação político-processual pelo Supremo, independentemente da manifestação do Poder Legislativo"[705]. Demonstra-se, assim, que a

---

[701] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 31 out. 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551 Acesso em: 1 nov. 2012.

[702] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 31 out. 2008. p. 242-243 Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551 Acesso em: 1 nov. 2012.

[703] "Mandado de injunção. Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do art. 5º da CF, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Mandado de injunção. Decisão. Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria. Trabalho em condições especiais. Prejuízo à saúde do servidor. Inexistência de lei complementar. Art. 40, § 4º, da CF. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – art. 57, § 1º, da Lei 8.213/1991." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 30 nov. 2007. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390 Acesso em: 1 nov. 2012.

[704] VALLE, Vanice Regina Lírio (org.) et al. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal** - Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 64.

[705] "O termo "explosão" é adequado aqui: entre 2007 e 2010, foram propostos mais mandados de injunção do que em todo o período entre 1988 e 2006. Vale notar que a própria decisão do STF no MI 712-7 reconheceu a frustração social gerada com a jurisprudência restritiva e chamou a atenção para o baixo número de mandados de injunção propostos desde a Constituição (menos de mil casos, após quase 20 anos)" FALCÃO, Joaquim;

afirmação da competência e poder da corte – neste caso, frente ao Congresso Nacional -, através do ativismo judicial, ratifica a circularidade do processo de judicialização da política, uma vez que o ativismo é produto do processo, mas também fator propulsor do ajuizamento futuro de conflitos.

9.2 Ativismo frente ao Poder Executivo: intervenção, crítica acadêmica e racionalização no controle judicial das políticas públicas

Políticas públicas, segundo Maria Paula Dallari Bucci, são os "programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados". Nesse sentido, sua definição representa o "processo de escolha" para a "realização dos objetivos do governo", com participação de agentes públicos e também privados[706]. Em que pese essa interação, referidas políticas tem no Poder Executivo a agência específica para sua concepção, especialmente quando voltadas à implementação de prestações materiais[707].

Assim, o debate sobre a possibilidade de intervenção judicial nas escolhas feitas pelos gestores públicos – na substituição destas ou na verificação de suas omissões e conseqüente determinação de medidas concretas a serem observadas pelos administradores é dos mais interessantes para a caracterização – ou não, de um ativismo judicial.

Essa discussão concentra-se primordialmente na atuação da magistratura ordinária, numa crítica à "judicialização excessiva"[708] das demandas para concretização de prestações

---

CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números** - o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 43-45. "Logo, não foi o volume de ações propostas que levou o Tribunal a mudar sua orientação jurisprudencial. (...) O que se constata é o inverso. Após a Corte ter mudado de orientação, os mandados de injunção cresceram mais de dois mil e setecentos por cento". SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil**: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) – UERJ. Brasília, 2010. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1. Acesso em: 12 jan. 2012.

[706] BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241, p. 259.

[707] Há quem fale na defesa da discricionariedade administrativa sobre a determinação dos critérios, na existência de uma espécie de reserva da Administração, que se oporia à já comentada reserva de lei. Em rápidas palavras, pode-se definir a reserva da Administração como "uma esfera em que, de um ponto de vista negativo, a Administração estaria livre de ingerências de legislação, e, de um ponto de vista positivo, seria ela própria a determinar, vinculada apenas ao quadro constitucional, os correspondentes objetivos, tarefas e atividades" das matérias a ela submetidas. NOVAIS, Jorge Reis. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembléia da República**: simultaneamente um comentário ao Acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997, p. 33-34.

[708] Especificamente quanto ao direito à saúde e na crítica ao excesso de demandas e intervenção judicial, como conseqüência de algumas das contribuições do neoconstitucionalismo. BARROSO, Luis Roberto. Da falta de

específicas. A atuação quanto ao tema da saúde pública – especificamente do fornecimento de medicamentos e determinação de procedimentos cirúrgicos e internações e outros - parece concentrar a atenção dos juristas. Há estudos sobre os efeitos desta "interferência" no planejamento e execução dos orçamentos[709], que mostram considerável dispêndio de recursos públicos para o cumprimento de decisões judiciais.

Diante deste quadro, a inserção no mérito das escolhas administrativas tornou-se um tema recorrente. A intervenção apartada de considerações técnicas e jurídicas – como a universalidade do sistema de saúde, por exemplo – poderia ensejar aquilo que Virgilio Afonso da Silva denomina de "ativismo judicial despreparado"[710]. Tal ativismo oferece, ainda, mais um risco: a "desdiferenciação de papéis" entre os poderes, que apenas resultaria em tensão institucional e numa crise de governabilidade, em vista da "superposição de esferas, critérios e lógicas decisórias", numa "erosão de valores precípuos de cada um dos poderes da república e a uma sobrecarga no *policy making* do país"[711].

As objeções à atuação do Judiciário em matéria de direitos sociais podem ser sumarizadas em seus aspectos institucionais (como a crítica financeira, administrativa e técnica), quando relacionada às questões econômicas e também pela "desigualdade do acesso à justiça", considerando que as intervenções estão limitadas àqueles que podem acionar a instituição, em prejuízo da universalidade e generalidade no planejamento destas políticas.

---

efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875-903, p. 877-882.

[709] "Ao todo, gastos extras do Ministério da Saúde com remédios concedidos judicialmente para todos os tipos de doenças aumentaram de R$ 188 mil, em 2003, para cerca de R$ 26 milhões, só no primeiro semestre de 2007. (....) O Ministério da Saúde calcula que, em todos os Estados, gastos extras associados a litígios tenham sido, só em 2007, no montante de R$ 1 bilhão." (...) Os dados indicam que "crescente parcela de remédios e tratamentos litigados pagos através do orçamento total de saúde privilegia os remédios e tratamentos individualizados de alto custo em relação aos benefícios coletivos de baixo custo, tais como vacinas e remédios básicos." HOFFMAN, Florian F., BENTES, Fernando R. N. M.. Litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 383-416, p. 415-6. Sobre os limites dessa atuação, na prolatação das denominadas "sentenças aditivas", e suas conseqüências para os orçamentos públicos, cf. SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 149-172.

[710] O autor chega a esta conclusão a partir da análise de pesquisas empíricas desenvolvidas no Estado de São Paulo por Grupo de Estudantes da Universidade de São Paulo – USP. Ao final, defende uma interferência judicial sobre a execução destas políticas, ao invés da sindicabilidade sobre os critérios de sua elaboração. SILVA, Vírgilio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização de direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

[711] APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 156; p. 169. Entretanto, nas hipóteses em que foi determinada no texto constitucional a forma de adimplemento dos direitos sociais, impondo ao Poder Executivo o dever de implementar políticas sociais específicas, Appio manifesta-se pela possibilidade o Poder Judiciário exerça o controle desta atuação através das ações civis públicas.

Mais que rejeitar essa atuação, a doutrina – que conclamava o Judiciário a assumir um papel ativo na proteção dos direitos sociais nos anos 1990, deve-se salientar - partiu em busca de critérios racionalizadores das decisões nesta seara, numa evidente interação entre doutrina e tribunal(is).

Quanto aos aspectos materiais, são concebidos critérios como: reconhecimento de sua fundamentalidade, com a restrição dessa atuação aos hipossuficientes; possibilidade de universalização da medida; atenção à unidade dos direitos sociais; prioridade para opção técnica da administração e para solução mais econômica e o mais importante, variação em conformidade com os níveis de investimento em políticas sociais. As questões processuais também são observadas, como a prioridade para as ações coletivas em detrimento das individuais (salvo quando se está diante da possibilidade de danos irreversíveis), transferência do ônus probatório à Administração e outros[712].

A questão, que chegava ao STF a partir do controle difuso – recursos extraordinários – e também pelos pedidos de suspensão (de liminar, de segurança e de tutela antecipada) da Fazenda Pública direcionados ao Presidente do Tribunal, foi objeto de concorridíssima audiência pública, ocorrida entre os meses de abril e maio de 2009, cujo objetivo era "ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas" sobre o tema das ações de prestação de saúde[713].

Com base nos dados e informações coletadas, o entendimento do STF - numa clara centralização da atividade interpretativa na corte - foi assentado na decisão proferida na STA n.º 175, que confirmou jurisprudência quanto à sindicabilidade judicial sobre o tema e possibilidade de concessão de prestações materiais pela via judicial. Alguns argumentos do

---

[712] NETO, Claudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 515-551. No sentido da racionalização, na observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, rejeição de argumentos em torno da "reserva do possível" e defesa de um mínimo existencial, SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53.

[713] A audiência pública atendia a objetivos mais específicos, sendo apontadas como questões a serem esclarecidas: "1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho de convocação de Audiência Pública**, 5 mar. 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf. Acesso em: 5 mai 2011.

Poder Executivo, que também eram defendidos pela doutrina especializada, foram acolhidos, a espelhar uma pretensão de "racionalização" da prestação jurisdicional. Dentre eles, por exemplo, a necessidade de que a prestação almejada esteja incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pois, nesses casos, a "existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente". Do contrário, "se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação", estabelecendo critérios para essa atuação[714].

O STF também já se pronunciou sobre a "intervenção" nas políticas públicas em outras áreas, como o direito à educação, em que afirmou um direito à oferta de vagas no ensino fundamental para crianças carentes (RE 595.595)[715] e um dever municipal de disponibilização de atendimento em creche e em pré-escola[716]. Aderiu, assim, ao entendimento doutrinário de que o acesso ao ensino fundamental insere-se no "núcleo essencial dos direitos fundamentais" – o mínimo existencial[717], o que corresponde ao dever estatal de sua concretização, nos termos do art. 208 da CF-88[718]. É de se ressaltar que o Tribunal rejeita alegações em torno da "reserva do economicamente possível", da limitação de recursos orçamentários e de ofensa a separação de poderes - neste último caso num processo em que foi comprovada a insuficiência de professores nas unidades de rede estadual de

---

[714] "EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 30 abr. 2010. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255 Acesso em: 1 nov. 2012.

[715] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 595595 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 29 mai. 2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=594740 Acesso em: 3 nov. 2012.

[716] "A jurisprudência do STF firmou-se no sentido da existência de direito subjetivo público de crianças até cinco anos de idade ao atendimento em creches e pré-escolas. (...) também consolidou o entendimento de que é possível a intervenção do Poder Judiciário visando à efetivação daquele direito constitucional." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 554075 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 21 ago. 2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601307 Acesso em: 3 nov. 2012.

[717] BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 267.

[718] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 327-329.

ensino[719]. Quanto ao primeiro argumento, porém, em que pese a firmada posição quanto à a prevalência do direito, as decisões do STF não fornecem um "rol extensivo de critérios, objetivos e claros", que provoca decisões contraditórias e insegurança jurídica[720].

Diante desse quadro, Daniel Sarmento afirma que, hoje, o Judiciário brasileiro seria dos mais ativistas na proteção de direitos sociais[721].

9.3 Ativismo jurisdicional e seletividade: abstrativização do controle difuso e centralização de competências decisórias no STF

Afirma-se que o ativismo do STF é "jurisdicional", pois avançaria sobre as competências dos demais órgãos judiciais, também encarregados da fiscalização de constitucionalidade. Referida noção, na classificação aqui empreendida, tem uma evidente perspectiva institucional. O aspecto "metodológico" do ativismo também se faz presente – considerando que os "limites de exercício" do controle e configuração dos parâmetros adequados para o exercício desta atividade são objeto de construção doutrinária.

O emprego das competências previstas é alvo de questionamentos, voltados a uma espécie de auto-regulação, traduzido no exercício de discricionariedade na avaliação dos institutos, como na seletividade na escolha de temas sujeitos à repercussão geral para fins de

---

[719] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 241, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 10/10/2008. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 16 out. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000059394&base=basePresidencia Acesso em: 1 nov. 2012.

[720] Segundo o autor, este quadro implica "em prejuízo para a Administração Pública, que terá dificuldade na previsão para o planejamento de políticas públicas, assim como para o cidadão, que tem menos clara a dimensão do que pode exigir do Poder Judiciário, e, inclusive, para os próprios juízes, que necessitam de parâmetros mais seguros e coerentes para as suas decisões". Destaque-se que uma das conclusões da pesquisa coordenada pelo autor é de que boa parte das decisões sobre direito à saúde são monocráticas. (p. 33), de modo que esta orientação seria mais importante. SARLET, Ingo Wolgang (coord.). Observatório do direito à saúde: democracia, separação de poderes e o papel do Judiciário Brasileiro para a eficácia e efetividade do direito à saúde. Observatório da Justiça Brasileira/ Ministério da Justiça, Porto Alegre, 2011, p. 56.

[721] SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586, p. 558. Para Taylor – que se refere às políticas gerais implementadas no âmbito federal e não apenas aos direitos sociais – deve-se distinguir, na verdade, duas situações. O processo de deliberação de políticas públicas seria "altamente majoritário", ao passo que sua implementação seria consensual, uma vez que "os tribunais ampliam o leque de atores *que podem influenciar* a implementação de políticas públicas, mesmo depois de elas serem aprovadas por amplas maiorias legislativas". É de destacar que o autor também visualiza certa deferência do Judiciário na apreciação destas medidas. TAYLOR, Matthew M.. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/dados/v50n2/a01v50n2.pdf Acesso em: 10 nov. 2012, p. 324.

admissibilidade do recurso extraordinário ou a falta de objetividade nesta apreciação[722] e, por fim, na sobreposição de aspectos processuais em detrimento do exame do efetivo mérito do julgamento das questões constitucionais.

Em suma, para "viabilizar" sua atividade, o STF controla sua "agenda", o que se traduz numa acentuada crítica quanto aos critérios utilizados[723] e da negativa dos princípios que regem prestação jurisdicional[724]. Cogita-se, em verdade, a negação desta prestação:

> Exatamente porque no Brasil cada um interpreta como quer, decide como quer e recorre como quer (e isso parece recorrente na cotidianidade dos fóruns e tribunais da República), é que faz com que cresçam dia-a-dia as teses instrumentalistas do processo [...] A solução tem sido essa: corte-se o acesso à justiça. Sob pretexto de agilizarmos a prestação jurisdicional, criamos mecanismos para impedir o processamento de recursos. E quem perde com isso é a cidadania que vê assim negada a jurisdição[725].

As imputações de ativismo, contudo, reportam-se à percepção de uma tendência de abstrativização do controle difuso, processo acentuado após as inovações empreendidas pela EC 45/2004, na extensão de instrumentos do controle abstrato às hipóteses não contempladas na CF-88, como se verá nos casos seguintes.

---

[722] A análise da "repercussão geral" das questões constitucionais discutidas na causa, para fins de admissibilidade dos recursos extraordinários, nos termos do art. 102, 3º, CF-88, implica numa avaliação "por amostragem" uma vez que cabe ao tribunal de origem a seleção de um ou mais "recursos representativos da controvérsia", que serão encaminhados ao STF. Os demais ficarão "sobrestados", no aguardo da decisão desta corte, que fornecerá as diretrizes para a apreciação posterior destes processos "semelhantes". A avaliação dos genéricos critérios previstos no art. 543-A, §§ 1º e 3º, do Código de Processo Civil (questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e que ultrapassem os interesses subjetivos da causa ou quando estes impugnam decisão contrária a súmula ou entendimento predominante do STF) permite um amplo juízo de discricionariedade e o emprego de critérios imprecisos. ARAÚJO. Jorge Antônio Cavalcanti. **A repercussão geral no direito brasileiro e os critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal para selecionar as matérias de acordo com a Lei n.º 11.418/2006**. Dissertação de Mestrado. Recife: UNICAP, 2011. Defesa em: 20 mai. 2011.

[723] "O controle sobre a agenda temática, bem como sobre a agenda temporal, tem um enorme significado; e este poder se encontra nas mãos de cada um dos ministros, decidindo monocraticamente. Esse poder e os critérios para a sua utilização, como não são expressos, fogem a possíveis tentativa de compreensão, quanto mais de controles públicos sobre essa atividade. Cria-se, assim, uma sensação de enorme seletividade em relação aquilo que entra e o que fica de fora da pauta do Tribunal." VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008, p. 450.

[724] Após a Emenda Regimental n.º 42/2010, o art. 323-A do Regimento Interno do STF prevê a possibilidade de julgamento de mérito dos recursos extraordinários com repercussão geral através de meio eletrônicos – o Plenário Virtual.

[725] STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso:** mutação constitucional e limites da

a) Uso intensivo da "modulação dos efeitos da decisão" é ativismo?

A denominada "modulação (ou manipulação) dos efeitos da decisão" em sede de controle de constitucionalidade concentrado é uma possibilidade prevista no art. 27 da Lei n.º 9.868/99 e art. 11 da Lei n.º 9.992/99, que estabelece a discricionariedade para que o Tribunal, pelo voto de 2/3 de seus membros, na apreciação de requisitos materiais – excepcional interesse público e segurança jurídica –, relativize o dogma da nulidade da norma inconstitucional (com efeitos, portanto, *ex tunc*).

Deste modo, na análise dos interesses afetados pela lei inconstitucional e os sacrificados em função da decisão[726], pode haver a restrição dos seus efeitos – em prejuízo do seu caráter *erga omnes* – em que a ampla maioria determina que a decisão não terá efeitos retroativos (eficácia *ex nunc*) ou fixar outro momento para a produção de efeitos.

A inovação legislativa não foi bem acolhida pela doutrina brasileira, que tece críticas à previsão de uma espécie de "inconstitucionalidade por tempo certo" ou "inconstitucionalidade interrompida", que "quebra a tradição' *ex tunc*" e concede "enorme discricionariedade ao tribunal", pela imprecisão dos requisitos legais, como alerta Lênio Streck[727].

Para Elival da Silva Ramos, a manipulação da eficácia temporal não constitui, a rigor, ativismo judicial, por se tratar "técnica compreendida no estatuto jurídico do controle de constitucionalidade" e possuir contornos normativos expressos, no citado art. 27. Mas esta "faculdade" seria propícia às manifestações ativistas. Por isso, com amparo na previsão legal e nas contribuições da doutrina portuguesa, o autor entende que a fixação de uma "restrição temporal projetada para o passado", deve estar atrelada às "peculiaridades de negócios jurídicos ou de situações subjetivas constituídas até esta data, tornando-os à luz das justificativas legais, merecedores de preservação". A atribuição de eficácia *ex nunc* seria

---

legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912 > Acesso em: 3 set 2009, p. 26.

[726] Para essa ponderação, Gilmar Mendes defende o emprego do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo/Brasília: Saraiva/IDP, 2009, p. 1320.

[727] O autor insurge-se, especificamente, quanto à possibilidade de "especificar, para além do efeito *ex nunc* ou *ex tunc*, outra data para a eficácia da decisão de pronuncia de inconstitucionalidade", que consistiria disposição ao STF da "própria constitucionalidade da lei", o que enfraquece a "força normativa da constituição", diante de critérios gerais que "violariam" os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 543-545.

menos controversa, por se referir a um "dado objetivo" e de "razoabilidade manifesta". Não seria justificada, contudo, a "construção de modalidade exótica"[728].

Talvez em virtude da desconfiança quanto ao esse instrumento, a doutrina sugere que essa prerrogativa seja usada com "parcimônia", "sem se deixar levar por argumentos *ad terrorem*"[729]. E, diante da excepcionalidade dessa previsão, seu "uso desmedido" é tido como um exemplo de ativismo do STF, a partir de considerações acerca da "força normativa dos fatos" em torno de princípios como a boa-fé e a segurança jurídica[730].

b) Súmulas vinculantes: centralização da atividade julgadora e criação judicial do direito

Na esteira da ampliação e aprofundamento das competências do STF, tem-se a utilização das Súmulas Vinculantes, previstas no art. 103-A da CF-88, após inclusão promovida pela Emenda Constitucional n.º 45. Trata-se de instrumento cuja finalidade é assentar a jurisprudência firmada da Corte – como se infere de seu requisito "após reiteradas decisões sobre matéria constitucional"[731], reduzir as controvérsias entre poderes e órgãos jurisdicionais e, por fim, diminuir o número de processos perante o Tribunal.

Em detrimento da regra constitucional, critica-se precipuamente a criação e edição de Súmulas Vinculantes desacompanhadas de um amplo debate e que não são antecedidas de interpretação consolidada em diversos julgados, o que as teria convertido num meio para o

---

[728] RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: USP, 2009*, mimeo*, p. 66-70.

[729] O autor reconhece, todavia, que a faculdade assegurada no art. 27 era objeto de "construção" pelo STF antes mesmo da promulgação da Lei. BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição democrática brasileira** – Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 203.

[730] VALLE, Vanice Regina Lírio (org.) et al. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal** - Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 74-ss. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves x Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 541-595, p. 561.

[731] "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. §1º. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica". BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

exercício de "atividade normativa" pelo Tribunal, em prejuízo do princípio da legalidade e das competências dos demais poderes.

Como exemplo, é de se destacar a Súmula Vinculante n.º13[732], editada após decisão no julgamento da ADC 12/DF[733], sobre nepotismo no serviço público, estendendo a proibição ali encartada ao Poder Executivo e Legislativo, sem os necessários precedentes. Teve-se, em verdade, uma "construção" da corte, amparada nos princípios do art. 37, *caput*, da CF-88 – notadamente da moralidade e da impessoalidade – da qual se extrai um enunciado de "conotação quase-normativa", inserindo-se uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa[734].

A Súmula Vinculante nº 11 (ou "Súmula das Algemas") também caracterizou o exercício indevido de competência normativa pelo STF[735]. Sua edição deve-se à sugestão do voto proferido pelo Min. Relator Gilmar Mendes quando a corte apreciava o HC 91.952-9/SP, para a concessão de liberdade a condenado que permaneceu algemado durante toda a sessão perante o Juri[736]. À época da decisão, não estava em vigor a nova redação (alteração

---

[732] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 29 out. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000749&base=baseSumulasVinculantes Acesso em: 3 nov. 2012.

[733] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008. Ementa: Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Medida cautelar [...]. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 18 dez. 2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840 Acesso em: 1 nov. 2012.

[734] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista Atualidades Jurídicas, Ed. nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 26 jan 2009, p.8. É tida, ainda, como ativismo porque o STF somente teria "concretizado princípios constitucionais em homenagem à força normativa constitucional", numa espécie de "pertinência temática" entre o art. 37, caput, e o enunciado sumular. LEAL, Saul Tourinho. A Nova face da jurisdição constitucional brasileira. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: JusPODIVM, 2011, pp. 431-458, p. 451.

[735] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 11. Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 22 out. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000748&base=baseSumulasVinculantes Acesso em: 12 out. 2009.

[736] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91952, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2008. Ementa: ALGEMAS - UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. JULGAMENTO - ACUSADO ALGEMADO - TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório. **Diário de Justiça**

empreendida pela Lei 11.689/08) do art. 474, § 3, do Código de Processo Penal, que limita uso de algemas no Tribunal do Júri. Neste sentido, houve a extensão, pela via judicial, da proibição de uso destas[737].

A edição da súmula, amparada em um ou dois julgados, num lapso temporal inferior a dois anos, implica no desrespeito à regra do art. 103-A da CF-88, que exige reiteradas decisões[738] e "derruba" um antigo precedente do STF. Configuraria, além do mais, garantismo, num "senso liberal", compreensão que respaldou decisões judiciais criticadas por conferir um "tratamento diferenciado" em "favor de certos segmentos sociais na sociedade brasileira"[739].

c) Aplicação da regra do art. 27 da Lei 9.868/99 à decisão em recurso extraordinário e vinculação aos "motivos determinantes" do julgado

A tendência de objetivação do controle de constitucionalidade é aferida, ainda, em precedente que empregou a chamada teoria dos motivos determinantes e a aplicação da citada regra do art. 27 da Lei 9.868/99 ao controle difuso, no caso do Recurso Extraordinário nº. 197.917-SP[740], em que o Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela/SP, determinando a redução do número de vereadores da edilidade, de onze para nove. A decisão somente produziria efeitos para o futuro, com o reconhecimento da chamada "teoria da força normativa dos fatos", já sedimentada em julgados proferidos em sede de controle concentrado.

---

da União. Brasília, DF, 19 dez. 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157 Acesso em: 12 out. 2009.

[737] **"Art. 474. (...) § 3º.** Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes." BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário de Oficial da União**. Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 12 out. 2009.

[738] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista Atualidades Jurídicas, Ed. nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 26 jan 2009. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves x Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 541-595.

[739] Grupo Interinstitucional do Ativismo Judicial (sob coordenação do Prof. Dr. José Ribas Vieira). O Supremo Tribunal Federal em tempos de mudanças: parâmetros explicativos. Disponível em: http://pesquisaconstitucional.files.wordpress.com/2010/06/o-supremo-tribunal-federal-em-tempos-de-mudancas.doc. Acesso em 13 jan. 2012, p. 19.

[740] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 7 mai. 2004. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847 Acesso em: 13 jan. 2012.

A extensão ao controle difuso, entretanto, é rejeitada, com fundamento numa interpretação gramatical e sistemática – a Lei n.º 9.868/99 refere-se apenas a ADI e ADC -, pelo princípio da isonomia (criação de situações diferenciadas) e, por fim, por questões lógicas (como poderia haver o juízo sobre a aplicação do dispositivo em relação ao caso em que, "pelo menos em linha de princípio, se deve excluir a medida?)[741].

A decisão ganhou notoriedade, também, pelo emprego da teoria dos motivos determinantes, em que a fundamentação do julgado vincularia especificamente o Tribunal Superior Eleitoral, adstrito aos seus termos em casos análogos. Posteriormente, o STF aventou a possibilidade de que a violação oblíqua à decisão anterior da corte seja objeto de Reclamação Constitucional (RCL 1.987-0/DF, DJ 21.05.2004; RCL 4.987-6/PE).

As decisões do STF, em decorrência do art. 102, §2º da CF-88 são vinculantes, havendo, ainda, jurisprudência firmada no sentido de que as manifestações da corte em sede de controle subordinam a Administração Pública e demais órgãos jurisdicionais às conclusões das decisões proferidas ou ao enunciado sumular[742].

Entretanto, entende-se que a vinculação refere-se ao dispositivo do julgado, e não à sua motivação. Por isso, a necessidade de fundamentação das decisões para além de seus objetivos e a *subordinação* dos demais agentes estatais aos *argumentos* ali expostos é vista pela comunidade jurídica, nos termos de Lírio do Valle *et al*, com "perplexidade", diante dos princípios da segurança jurídica – pelo desconhecimento do critério jurídico a ser observado – e ampla defesa, mas também pelo desvirtuamento do controle de constitucionalidade[743].

É de destacar a complexidade de se assegurar a vinculação aos *motivos* determinantes, quando, pelo processo decisório do STF não se tem um texto único dos acórdãos, mas um amálgama de votos, com decisões em que se pode aferir múltiplas *rationes,* mas não *uma* que represente a corte[744]. Acrescento, ainda, que os votos dos ministros, geralmente longos e com

---

[741] RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: USP, 2009*, mimeo*, p. 170-2.

[742] ADC1-1/DF (Rel. Min. Moreira Alves, DJ em 16.06.1995), ADC 4-6/DF (Rel, Min. Sidney Sanches) e por fim, na RCL 2.363-0/PA (DJ de 01.04.2005), em que o Relator, Ministro Gilmar Mendes, assentou o entendimento de que ação declaratória e ação direta de inconstitucionalidade constituem meios processuais "com sinal trocado". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 2363, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2003. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 1 abr. 2005. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365588 Acesso em: 12 out. 2009.

[743] VALLE, Vanice Regina Lírio (org.) et al. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal** - laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 93.

[744] Embora se afirme que a prática não é "necessariamente algo ruim", há autores que lembram "a necessidade de decisões claras, nas quais se pode extrair a *ratio decidendi,* seja do voto, seja do Tribunal, há maior transparência, *accountability*, e melhor diálogo com a sociedade.", fundamentais para o controle social de suas decisões. Alertam, ainda, para a necessidade de formação de uma "cultura de respeito aos precedentes" – a partir da noção de um romance em cadeia na obra de Dworkin - compreendida como um "diálogo fundamentado com decisões anteriores". VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah

farta menção a teorizações estrangeiras, de difícil compreensão para os juristas e que dificultam seu conhecimento pelo público em geral. Neste contexto, acentuar a tendência da vinculação aos motivos determinantes parece ainda mais danosa para o sistema, especialmente num período em que se pretende a "ampliação do debate constitucional"[745].

d) Mutação constitucional e desconhecimento da tradicional competência privativa do Senado Federal para suspender a execução da norma declarada inconstitucional

Por derradeiro, o exemplo mais citado de ativismo - processual ou jurisdicional, como preferem alguns – com inevitáveis repercussões interpretativas, é o julgamento da Reclamaçãi n.° 4335-5/AC[746], que desconhece a expressa dicção do art. 52, X, da CF-88, que determina a competência privativa do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

Nesta reclamação, a Defensoria Pública da União alegou que o Juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC estaria negando cumprimento à decisão proferida pelo STF no Habeas Corpus n.º 82.959, em que se decidiu, incidentalmente, ser

---

Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Rev. Direito GV**, v.5, n.1, p. 21-44, 2009. Disponível em: http://www.direitogv.com.br/sites/default/files/3%20-%20Escrevendo%20um%20romance%20-%20Adriana,%20Ana%20Mara%20e%20Evorah.pdf. Acesso em: 15 mai 2011, p. 39-41. Para Virgilio Afonso da Silva, a perspectiva de um diálogo constitucional - -ou "institucional externo", entre os poderes – depende da unidade institucional, que torne o STF uma corte com uma "voz própria", a assegurar, inclusive, a vinculação às suas decisões. Esta unidade seria alcançada por algumas mudanças regimentais, que alterem o processo decisório. SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009, p. 224-ss.

[745] Lembro, ainda, que a farta produção jurisprudencial é um empecilho ao acompanhamento constante das decisões proferidas pelo Tribunal, em que pese os esforços institucionais para publicização de seus julgados - publicação de Informativos, encaminhamento de notícias do STF pela via eletrônica (*clippings*) e outros meios, com a compilação das decisões mais relevantes. Na comunidade jurídica, os pronunciamentos da Corte são compreendidos a partir do material produzido pela academia jurídica – o que se verifica pela ampla vendagem dos livros que organizam e comentam sua "jurisprudência". Ou seja: mais que interação com o Tribunal, pela possibilidade imediata de crítica aos seus julgados, a doutrina jurídica torna-se a "porta-voz" de suas decisões, cujo entendimento depende desta "filtragem", mas que também corrobora a impressão de que a "Constituição é o que o STF decide". Sobre o tema, a existência do *link* "A Constituição e o Supremo", no sitio eletrônico do STF, parece confirmar esta afirmação.

[746] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 21/08/2006. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 25 ago. 2006. p.9. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000005274&base=basePresidencia Acesso em: 21 nov. 2012. É de ressaltar que o referido processo não foi definitivamente julgado. O Ministro Eros Grau e votou de acordo com o Relator, mas os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, não. O último andamento, conforme consulta realizada em 21.11.2012, às 10:58, foi a devolução dos autos para julgamento após voto-vista do Min. RICARDO LEWANDOWSKI, que devolveu o feito ao Plenário em 10/02/2011. Informação disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDeslocamento.asp?incidente=2381551. Aguarda-se, portanto, as manifestações dos demais Ministros. Em que pese a ausência de um julgamento definitivo, a ampla repercussão do julgado por sua fundamentação justifica sua exposição para fins de caracterização da preocupação com o ativismo da corte.

inconstitucional o art. 2o, § 1o, da Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), que impedia a progressão de regime para os condenados pelos tipos penais ali elencados. Isto porque o referido magistrado aplicava o dispositivo aos apenados não abrangidos pela decisão do HC n.º 82.959.

Conforme a decisão proferida pelo Ministro Relator, cabe ao Senado Federal apenas "dar publicidade" à suspensão da execução que "será operada" pelo STF em sede de controle de constitucionalidade – ainda que difuso, como se infere desses termos:

> [...] legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no *Diário do Congresso*. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa[747].

Interessa notar que o entendimento majoritário entre os constitucionalistas brasileiros é de que a suspensão da eficácia da norma constitui um juízo político, irreversível e discricionário da casa parlamentar. Trata-se de ato de "política legislativa, ficando ao crivo exclusivo do Senado" e apenas após a referida resolução é que a decisão de inconstitucionalidade da norma possuiria eficácia erga omnes[748].

O inconformismo com o entendimento do STF relaciona-se à "mutação constitucional"[749] representada pela decisão que, se confirmada, desconhece a prática

---

[747] VERÍSSIMO, Marcos P.. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, v. 4, p. 407-440, 2008, p. 429-431.

[748] ARAÚJO, Luiz Alberto David de; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 29; AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 596.

[749] "Neste sentido, especialmente após a introdução do efeito vinculante em nosso sistema jurídico, a regra do artigo 52, X, ficou destituída de maior significado prático, tendo, portanto, ocorrido "uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto". Esta mutação, evidentemente, consubstancia-se em novo direito constitucional, na medida em que é avalizada pelo Supremo Tribunal Federal. É evidente aqui que a referida mutação afetou, ainda que minimamente, a relação entre os poderes, suprimindo uma competência privativa do Senado Federal e transferindo-a para o próprio Supremo Tribunal Federal. Não se trata, assim, de qualquer mudança constitucional, mas, sim, de uma alteração de dispositivo, a princípio, protegido pelo artigo 60, § 4º., inciso III, da Constituição Federal". VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008, p. 456. A mutação constitucional é visualizada como um "processo informal de mudança da Constituição", em que lhe são atribuídos "novos sentidos e conteúdos", pela via interpretativa – modalidades, métodos ou "construção" – ou pelos costumes e práticas sociais. Na inexistência de limites formais a este processo, por ausência de previsão normativa, entende-se ser papel da doutrina "estabelecer" essas possibilidades de exercício. BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 58; 98. Porém, como salienta Anna Cândida da Cunha Ferraz, em clássico trabalho, o interprete não pode criar um novo texto, pois a mutação "apenas altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito". FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limond, 1986, p. 10.

institucional histórica do controle de constitucionalidade brasileiro, na interação entre STF e Senado Federal, prevista desde a Constituição de 1934[750].

Deste modo, o STF daria curso à "identificação" entre os sistemas de controle abstrato e difuso, discutível pelo fato de que, no segundo, a apreciação da compatibilidade da norma com a Constituição ocorre de forma incidental, como preliminar de mérito para a solução do caso concreto levado ao tribunal. Não se tem o "julgamento de uma tese, e dessa atuação não resulta uma teoria, mas uma decisão", como ocorre no sistema abstrato. Compromete-se, portanto, "os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará"[751].

Por fim, o argumento democrático, considerando que a redução do Senado Federal a uma "secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal" implicaria na retirada de "qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988, além do potencial de comprometer as decisões já produzidas – no exercício do mesmo controle incidental – pelos demais órgãos jurisdicionais"[752].

---

[750] "O resultado último desse julgamento, e dos embates institucionais que ele e o próprio processo de reforma institucional do STF irão gerar, ainda não pode ser antevisto. Mas o que parece isento de dúvida é o fato de estar em curso, no vigésimo aniversário da Constituição de 1988, um processo declarado de revisão e reforma da jurisdição constitucional, que pode, no limite, vir a transformá-la radicalmente. Qualquer que seja o resultado desse processo, ele irá contribuir para amplificar o caráter marcadamente específico e brasileiro de nosso arranjo institucional relativo ao controle de constitucionalidade. A esperança é que, além de brasileiro, esse arranjo possa também ser também funcional, isto é, que resulte adequado a atender as necessidades particulares de nosso sistema jurídico e, também, a corrigir os imensos problemas que têm sido apontados, atualmente, em relação a esse sistema." VERÍSSIMO, Marcos P.. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, v. 4, p. 407-440, 2008, p. 429-431.

[751] A censura refere-se, ainda, a não utilização das súmulas vinculantes, o instrumento posto à disposição do STF para atribuir efeito vinculante ao controle difuso. Para Lenio Streck et al, "as súmulas perderam sua razão de ser, *porque valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco* (sempre com o alerta de que não se pode confundir súmulas com declarações de inconstitucionalidades)". STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade de Cattoni de; *et.al*. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso:** mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912 > Acesso em: 03 set. 2009, p. 4-ss.

[752] STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade de Cattoni de; et.al. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso:** Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912 > Acesso em: 03 set. 2009, p. 4-ss.

9.4 O STF e as "questões morais controvertidas": ausência de deferência e maximalismo judicial

A análise da discussão entre ativismo e autocontenção como prescrições da doutrina jurídica (Parte I) mostra que a determinação de uma "esfera indiscutível de valores" pelas cortes constitucionais não é pacífica, ainda que referida aos problemas que afetam as instituições majoritárias, com a subrepresentação de determinados segmentos.

Discute- se, neste cenário, se a garantia de direitos fundamentais – tida como um dos fundamentos da jurisdição constitucional, senão o principal –, seria apta a justificar o instituto ainda quando reconhecida sua dimensão contramajoritária. Assim, o judiciário, como poder de garantia, teria a função de assegurar a continuidade do processo democrático, com a proteção dos diversos grupos sociais, a resguardar as condições de convivência no espaço público.

O debate não é recente, relaciona-se com os próprios fundamentos da fiscalização de constitucionalidade e paira sobre a discussão em torno dos parâmetros normativos da doutrina jurídica para o exercício dessa atividade pelas cortes, que parece não alcançar consensos.

A "centralização da 'consciência' social na Justiça" – para utilizar a expressão de Ingeborg Maus[753] - dá-se em prejuízo das formas tradicionais de representatividade democrática, pois o judiciário não teria o respaldo popular para, no julgamento das atividades dos outros poderes, interpretar e escolher estes valores. E, mais uma vez, o Legislativo parece ser a instância mais afetada.

Neste contexto, a atuação das cortes quanto às questões morais controvertidas gera mobilização social e crítica jurídica.

No Brasil, a avaliação destas decisões incorpora os argumentos de respeito às decisões legislativas (autocontenção) e a censura dos procedimentos decisórios e técnicas utilizadas pelo STF (sob o rótulo de ativismo). Devo salientar que esta última crítica independe da interferência nas decisões dos demais poderes e da concordância do analista com o mérito da decisão. A dimensão metodológica do ativismo, nos termos de uma crítica

[753] A autora questiona a introdução de conteúdos morais na atividade jurisprudencial, pois, além de legitimar a atividade dos juízes, presta-se a liberar a justiça de qualquer vínculo que assegure sua efetiva sintonia com a vontade popular. É o que ocorre quando os membros da instituição passam a tratar seus próprios pontos de vista morais como regras jurídicas, podendo transformar em matéria juridicamente relevante qualquer tema, mesmo os que eram deixados, em acordo com a concepção liberal, à "problematização social imanente". Assim, tende-se ao desaparecimento dos "espaços jurídicos autônomos", ampliando-se a esfera do decidível por critérios jurídicos, aos quais o formalismo jurídico constituía-se uma barreira. MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito***,* Recife, n. 11, p. 125-156, 2000, p. 128-129; 135;154.

técnica ao julgado, pode ser melhor caracterizada quando há uma preocupação com a fundamentação da decisão, mesmo nas stiuações em que seu dispositivo não implica num juízo de inconstitucionalidade sobre o ato apreciado.

a) Células-Tronco Embrionárias (ADI 3.510/DF): ativismo judicial na manutenção da constitucionalidade?

Dentre as hipóteses de intervenção em temas controvertidos, destaca-se a decisão sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias, na ADI 3.510/DF (Rel. Min. Carlos Britto), em que a Procuradoria-Geral da República alegava a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), que autoriza e disciplina as pesquisas científicas com embriões humanos resultantes dos procedimentos de fertilização *in vitro*, desde que inviáveis ou congelados há mais de três anos, nestes termos:

> Art. 5o: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
> I – sejam embriões inviáveis; ou
> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
> § 1o Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
> § 2o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
> § 3o É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no9.434, de 4 de fevereiro de 1997[754].

A ação do *Parquet* alegava que a citada norma implica na violação do direito à vida e, ainda, contrariedade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Referido julgado contou com ampla repercussão nos meios de comunicação e com a mobilização e participação de grupos contrários e favoráveis às pesquisas, sob aspectos

[754] BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

técnicos, morais e religiosos. A preocupação pública relacionava-se, como ocorreu em outros julgados, com os contornos que a Corte atribuiria ao direito à vida, a influenciar e antecipar futuras manifestações quanto a termos mais controversos.

A decisão final, proferida por apertada maioria (6x5), que acompanhou o voto do Relator, foi pela *improcedência da ação* – mantendo-se, portanto, a norma mencionada. Curiosamente, a controvérsia dirige-se aos fundamentos esgrimidos nos votos da maioria e da minoria, estes sim alheios ao exercício de uma autocontenção, ainda que, no mérito, a não intereferência tenha prevalecido.

Com efeito, a ausência de deferência às opções legislativas – em que pese o mérito – consistiria, aqui, na "naturalidade com que o Supremo se colocou para avaliar a escolha política substantiva, no caso, com ampla repercussão moral, previamente realizada pelo legislador ordinário", em detrimento do amplo debate que antecedeu a deliberação parlamentar, que redundou numa norma aprovada por esmagadora maioria do Congresso Nacional, como havia alertado Luís Roberto Barroso, na qualidade de representante de um dos *amici curiae*, consoante relata Oscar Vilhena Vieira.

Segundo o mencionado autor, "não havendo inconstitucionalidade flagrante, mas apenas ponderação legislativa legítima, o Tribunal deveria abster-se de substituir a decisão do legislador pela sua", na defesa de uma auto-restrição fundamentada na qualidade da deliberação e na presunção de constitucionalidade[755].

Tal argumento, contudo, foi rechaçado pela Ministra Carmen Lúcia:

> [...] Finalmente, Senhor Presidente, e ainda como observação preliminar, a se tomar não apenas quanto a esse, mas em relação a qualquer julgamento de controle abstrato de constitucionalidade, preocupa-me o que foi aqui afirmado por um dos ótimos advogados que assomaram a tribuna, na inicial desse julgamento. Segundo o que anotei nas alegações lançadas da tribuna, afirmou um dos eminentes procuradores, que, no presente julgamento, não teria muito a fazer este Supremo Tribunal, pois não haveria um vazio legislativo sobre a matéria. A questão resumir-se-ia na indagação que poderia ser assim traduzida: que legitimidade teria o Poder Judiciário para afirmar inconstitucional uma lei que o Poder Legislativo votou, o povo quer e a comunidade científica apóia?
> [...] No Estado Democrático de Direito, os Poderes constituídos desempenham a competência que lhes é determinada pela Constituição. Não é exercício de poder, é cumprimento de dever. Ademais, não imagino que um cidadão democrata cogite querer um juiz-Pilatos dois mil anos depois de Cristo ter sido crucificado porque o povo assim queria. Emoção não faz direito, que é razão transformada em escolha jurídica. Quantos Cristos a humanidade já não entregou segundo emoções populares momentâneas? E quem garante quem será o próximo, que poderá sofrer uma injustiça, evitada

[755] VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008, p 452.

> pelo que o leigo, às vezes, considera ou apelida ser apenas uma "firula legal"?
> [...] É com o só compromisso com a Constituição que há de atuar esse Supremo Tribunal, neste como em qualquer outro julgamento. O juiz faz-se escravo da Constituição para garantir a liberdade que ao jurisdicionado nela é assegurado[756].

Assim, mais uma vez o STF afirma sua prerrogativa de "dar a última palavra" sobre a Constituição, tido como um "salvo-conduto ao desenvolvimento do ativismo", objeto de censura por diversos doutrinadores:

> O que ficou claro é que o Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores[757].

> A afirmação que inaugura o art. 102 da CF traduz a consolidação do processo de redemocratização, complementando o princípio de equilíbrio e harmonia entre os poderes, e ao mesmo tempo, compromete-se em, preservar aquela nova ordem constitucional recém-inaugurada, repleto de esperanças de avanço social e construção de solidariedade.
> [...] A corte, por sua vez, em nome deste mesmo valor passa a reivindicar em seu favor um salvo-conduto ao desenvolvimento do ativismo, que se combina com ferramentas de verticalização e vinculatividade das decisões judiciais que ela mesmo constrói. Essas estratégias completam-se com a permanente afirmação da supremacia do Judiciário, que de tal forma se tem por internalizada no imaginário do STF, que não tem se revelado incomum o "adiantar juízos de reprovação, de parte do judiciário, sobre reações legislativas a decisões da corte".
> [...] A pronúncia, decorrente de decisão do Pleno, parece evidenciar o vetor da supremacia do Judiciário em terra brasilis, em trajetória crescente, quase como consectário nacional do triunfo do constitucionalismo democrático[758].

A construção desta cláusula de supremacia judicial sobre a interpretação da Constituição – que conta com seus defensores, devo salientar - distancia a Corte do engajamento de um diálogo institucional, que depende de uma postura cooperativa – exibida em outros julgados. Parece desnecessária numa decisão cujo dispositivo espelha a confirmação da ação legislativa na improcedência da ação de inconstitucionalidade.

A rejeição de um minimalismo pode ser constatada pelo tema que o tribunal se dispôs a enfrentar. No relatório da ADI 3.510, afirma-se expressamente: "o tema central da

---

[756] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 28 mai. 2010. p. 328-329 dos autos. (p. 6-7 do voto da Ministra) Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723 Acesso em: 3 nov. 2012.
[757] VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008, p 452.
[758] SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

presente ADIN é salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia e as ciências médicas e biológicas, notadamente a genética e a embriologia; suscitando, vimos, debates tão subjetivamente empenhados quanto objetivamente valiosos, porém de conclusões descoincidentes não só de um para o outro ramo de conhecimento como no próprio interior de cada um deles"[759].

A dificuldade na apreciação das questões técnicas e o amplo comparecimento dos setores interessados oferecem, neste sentido, a sobreposição de questões científicas sobre os argumentos propriamente jurídicos[760], num exemplo de "maximalismo".

O ativismo também pode ser visualizado na posição dos ministros que encamparam posições minoritárias, especialmente na tentativa de incluir medidas tendentes a limitar as pesquisas. Os Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes defendiam, por exemplo, a necessidade de existência obrigatória de um órgão central de controle dessas pesquisas[761], na proposição de uma espécie de sentença aditiva, cujo objetivo parecia ser a inovação na ordem jurídica, na determinação para criação de órgão – matéria, deve-se registrar, sujeita à reserva de lei, num entendimento que, se prosperasse, implicaria na sobreposição de competências sobre os dois outros poderes da República.

---

[759] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 28 mai. 2010. Relatório do Ministro Relator, p. 152. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723 Acesso em: 3 nov. 2012.

[760] "Um dos reflexos disso durante o julgamento da lei de biossegurança foi que alguns dos Ministros empenharam-se mais em disputar a qualidade dos argumentos científicos e de "seus cientistas" do que propriamente esgrimir argumentos de natureza constitucional, sobre a vida extra-uterina") e políticas à análise propriamente jurídica. (...) *Ao permitir que organizações da sociedade civil, possam, a um custo organizacional e político muito menor, lutar pelos valores que defendem no âmbito do Supremo, cria-se uma nova arena discursiva e de decisão político-jurídica.* Desta forma, o Supremo, os atores da sociedade civil e as regras de interpretação constitucional passam a funcionar, em algumas situações, como substitutos do parlamento, dos partidos políticos e da regra da maioria". VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008, p. 453.

[761] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista Atualidades Jurídicas, Ed. nº 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 26 jan 2009, p.22. Como bem lembra Oscar Vieira, "as proposições de cunho legislativo que se buscava inserir na decisão, barradas energeticamente pelos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, sugerem duas coisas: em primeiro lugar, uma óbvia ambição legislativa, por parte da minoria; em segundo lugar, uma exploração da tele-audiência como espaço para realização de um discurso, que apenas poderia ter conseqüências políticas, posto que a sorte jurídica do caso já se encontrava selada." VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008, p. 453-4.

b) União entre pessoas do mesmo sexo (ADPF n.º 132 E ADI n.º 4277)

Na decisão da ADPF n.º 132 e ADI n.º 4277, o STF, em sede de controle concentrado, proferiu uma de suas decisões mais polêmicas e que provoca amplo embate entre os juristas, ao reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como unidade familiar, no exercício de uma "interpretação conforme a Constituição" do art. 1273 do Código Civil, cuja primeira parte é uma *reprodução* do art. 226, §3º da CF-88, ao afirmar que "para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Inicialmente, a questão é controvertida quanto à reunião de processos. Isto porque a ADPF n.º 132, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, sustentava que atos e omissões do Poder Público[762] – amparados no art. 19, II e V, e art. 33 do Estatuto dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro, Decreto-Lei n.º 220/75 - e decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça daquele Estado dispensavam tratamento discriminatório às uniões estabelecidas entre homossexuais, recusando-se a lhes reconhecer as mesmas prerrogativas do instituto da união estável, o que contraria o direito à igualdade e liberdade (art. 5º, *caput*, e II) e os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV) e segurança jurídica (art. 5º, *caput*). Subsidiariamente, se o STF entendesse pelo descabimento da ADPF, requereu-se o recebimento como ação direta de inconstitucionalidade, para que fosse conferida a "interpretação conforme à Constituição" aos mencionados dispositivos do Decreto-Lei n.º 220/75 e ao art. 1273 do Código Civil.

Originalmente ajuizada como ADPF n.º 178 e convertida em ação direta de inconstitucionalidade por decisão da Ministra Ellen Gracie, a ADI n.º 4277, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, com fundamento no *não reconhecimento* pelo Estado Brasileiro das uniões homoafetivas, requeria que o STF tornasse obrigatória a aceitação destas como entidades familiares, no mesmo estatuto atribuído às uniões entre homem e mulher, sanando, assim, a omissão do legislador.

---

[762] Segundo Streck *et al*, além da impossibilidade de utilização da ADPF como instrumento para suprir omissões, a petição inicial pecava, ainda, por não informar qual ato deveria ser desconstituído ou "sequer que tipo de ação o Estado estava desenvolvendo no sentido de descumprir os princípios sensíveis da Constituição". (p. 78) Em que pese a tentativa de solucionar a questão, na emenda da inicial a Procuradoria Geral da República teria aduzido que os atos do poder público, objetos da ação, eram dois: "(i) Tal fato importaria em uma omissão (*sic*) e que, por isso, não seria possível indicar os atos concretos específicos que ensejariam a procedência do pedido; [...] (ii) O segundo objeto da medida seriam as várias decisões judiciais que oferecem interpretação restritiva (sic) ao art. 1273 do Código Civil, interpretando, assim, a Constituição de forma equivocada (sic)". STRECK; Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte". **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), Unisinos, p. 75-83, jul./dez. 2009, p. 80

Distribuídas as ações ao mesmo Relator (Min. Carlos Ayres de Brito), observou-se que o Estado dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro já havia equiparado os parceiros homoafetivos à condição de companheiro, de modo que a ação foi julgada prejudicada quanto à questão; mantido, assim, o pedido residual, recebido como ADI. Diante da encampação dos argumentos da ADF n.º 132-RJ pela ADI N.º 4277-DF, procedeu-se ao julgamento conjunto das ações, em que se entendeu:

> 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.
> 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva[763.]

O voto do Min. Relator mostra a preocupação do Tribunal em fazer uma interpretação conforme da norma constitucional ao seu próprio texto, para assegurar-lhe coerência:

> [...] 47. Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a constituição na posse do seu fundamental atributo de coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar nosso Magno Texto as incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico[764].

Além dos meios processuais utilizados, a crítica dirige-se ao equivocado emprego da chamada "interpretação conforme a constituição", numa espécie de alteração constitucional promovida pelo tribunal, em detrimento da redação originária da norma, que converteria o exercício da jurisdição constitucional naquilo que Streck *et al* denominam de um indesejável

---

[763] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635 Acesso em: 3 nov. 2012.

[764] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 14 out. 2011. p.649 dos autos. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635 Acesso em: 3 nov. 2012.

"terceiro turno constituinte". A crítica dos autores não se refere, especificamente, à intervenção em intrincado tema de repercussão social, mas a uma discussão que se enquadra no que denomino dimensão "metodológica" do ativismo, desapegada dos contornos constitucionais – normativos e doutrinários - para o exercício dessa função[765].

A dificuldade de fundamentar a "interpretação conforme a constituição" de uma regra que reproduz literalmente um dispositivo constitucional foi enfrentada no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

> Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, pois se espera que o legislador autêntico venha a atuar. Mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo.
> [...] Deve haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema jurídico, de alguma forma, falha na composição desta resposta aos cidadãos, e se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político nessa inação, óbvio que a resposta só poderá ser de caráter positivo.
> É certo que essa própria afirmação já envolve certo engodo metodológico. Eu diria que até a fórmula puramente anulatória, quando se cassa uma norma por afirmá-la inconstitucional – na linha tradicional de Kelsen –, já envolve também uma legislação positiva no sentido de se manter um status quo, um modelo jurídico contrário à posição que estava anteriormente em vigor[766].

Os defensores da decisão, em contrapartida, não negam o exercício de ativismo. Mas, ao invés de se apegar às questões processuais e interpretativas, compreendem que o julgado

---

[765] O ativismo metodológico, atribuído à fundamentação neoconstitucionalista, pode ser observado no seguinte trecho: "No momento em que a Corte altera, a pretexto de um "esquecimento do constituinte" (sic) ou de uma "descoberta valorativa" (sic), ou, ainda, do saneamento (incorreto) de uma "inconstitucionalidade da própria Constituição" (sic), o texto da Constituição como se Poder constituinte fosse, gerando um tipo de mal-estar institucional gravíssimo. (...) Ora, sob pretexto e a despeito do texto da Constituição propiciar um tecido normativo "fechado" demais, setores do direito pensam que é preciso "abrir" esse sentido da normatividade constitucional com um uso aleatório e descompromissado dos princípios constitucionais. Estes princípios são invocados a partir de uma espécie de "anemia significativa", na qual a grande revolução operada pelo neoconstitucionalismo – os princípios representam a inserção do mundo prático no direito – torna-se obnubilada por algo que se pode denominar panprincipiologismo (Streck, 2009)". STRECK; Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte". **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), Unisinos, p. 75-83, jul./dez. 2009, p. 80.

[766] Interessa notar que o Ministro, após extensa citação do trabalho de Lênio Streck acima mencionado, justifica o emprego desta técnica, por compreender que a "norma legal tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, com o objetivo de se reconhecer a formalização da união entre pessoas do mesmo sexo". Estabelece uma relação entre as decisões manipulativas e a auto-restrição, ao afirmar que: "Assim, se é certo que, por um lado, a possibilidade da interpretação conforme que se convola numa verdadeira decisão manipulativa de efeitos aditivos não mais constitui um fator de constrangimento ou de estímulo ao self restraint, por parte do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, a interpretação conforme, nos moldes em que requerida pela Procuradoria-Geral da República, pode ter amplíssimas conseqüências em diversos sistemas normativos do ordenamento jurídico brasileiro, as quais devem ser minuciosamente consideradas pelo Tribunal." (p. 15 do voto, p. 765 dos autos). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 14 out. 2011. p. 11-15 dos autos. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635 Acesso em: 3 nov. 2012.

consiste num exemplo de atuação judicial legitimada pelos paradigmas de proteção das minorias e observância dos direitos fundamentais. Para Eduardo Appio, a distinção no que se refere à união homoafetiva – que atribui a uma proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo – violaria o direito de liberdade de escolha do parceiro, além do estabelecimento de uma diferenciação injustificável entre os cidadãos, numa clara violação ao dever de igualdade. Com espeque numa compreensão substantiva de correção da interpretação da constituição, o autor entende que os juízes estão "constitucionalmente autorizados a empregar uma abordagem ativista na interpretação das leis e atos de governo", quando se reportam a um tratamento discriminatório de minorias que não possuem condições de barganha junto aos órgãos de representação política[767].

O Tribunal, em momento algum, cogitou não constar dentre suas atribuições a possibilidade de interferência em tão intrincada questão. Ao revés, na própria ementa, afirma ser esta possível diante das pretensões encartadas na CF/88, como se infere deste trecho:

> 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA.
> [...] Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas[768].

Embora esta não seja uma crítica doutrinária direcionada especificamente a essa decisão, não posso deixar de ressaltar alguns dos interessantes argumentos esgrimidos pelos Ministros na apreciação da causa, que se aproximam de um maximalismo, como pode ser visualizado neste trecho do voto do Min. Relator Carlos Britto:

---

[767] APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2008, p. 346-7.

> 22. Sucede que não foi somente a comunidade dos juristas, defensora dos direitos subjetivos de natureza homoafetiva, que popularizou o novo substantivo, porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos dicionários da língua portuguesa, a exemplo do "Dicionário Aurélio" Verbete de que me valho no presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de u'a mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois – é Platão quem o diz -, "quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia". É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que "O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante"[769].

Referidos argumentos, contudo, não se restringem apenas aos autos. Ainda na aproximação com um "maximalismo", sabe-se que o STF promoveu a abertura de seus processos decisórios à sociedade, com o televisionamento das suas sessões (TV Justiça), ampla divulgação dos debates e decisões em meios como a "Rádio Justiça", "*Twitter*" e "*Youtube*", seguidas da correspondente publicização nos meios de comunicação.

---

[768] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635 Acesso em: 3 nov. 2012.

[769] Voto do Relator Min. Carlos Britto, p. 629-630 dos autos. Mais à frente, o Min. Relator prossegue: "Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extra-muros domésticos, porque, endogenamente ou interna corporis, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. *Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família. Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. mas o comunitário ambiente da própria família.* Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes". (p. 648-649) (grifos inexistentes no original). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 14 out. 2011.

A doutrina brasileira controverte quanto às vantagens dessa exposição pública.

Alguns juristas vislumbram vantagens desta presença da corte constitucional na "sala de estar" do brasileiro, de modo que o "ativismo" não passaria da "mera consolidação de uma cultura constitucional benéfica à democracia"[770]. Luis Roberto Barroso concorda, ao defender que a "visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia"[771].

Para Oscar Vilhena Vieira, a transformação do STF na "nova ágora" é vista com receio, pois uma corte "ativista, com enorme exposição pública e responsabilidade por tomar decisões de grande magnitude, fica submetida a distintos padrões de escrutínio". Em verdade a corte já vem "expondo suas tensões internas e potenciais fragilidades" e certamente, "passará a ser cobrada pelas conseqüências de seus atos"[772], ainda que sem os mecanismos institucionais disponíveis.

Deste modo, a adequação aos parâmetros esperados de prestação jurisdicional mostra uma preocupação intrínseca – a posição do tribunal frente aos demais poderes e o eventual risco do ativismo para esse complexo arranjo, nos quais as respostas judiciais podem colaborar ou não para um diálogo. Diante destes fatores, a expressão ativismo judicial representa – conforme a hipótese fixada neste trabalho, uma inegável crítica metodológica à atuação judicial e denota uma preocupação institucional, numa interferência na atividade dos demais poderes.

Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635 Acesso em: 3 nov. 2012.

[770] LEAL, Saul Tourinho. A nova face da jurisdição constitucional brasileira. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: JusPODIVM, 2011, pp. 431-458, p. 432.

[771] BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista Atualidades Jurídicas, n. 4, jan/fev. 2009, Brasília: OAB Editora. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 26 jan 2009, p.2.

[772] VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008, p. 453-4.

CONCLUSÕES

O constitucionalismo impõe grandes desafios aos tribunais constitucionais: respeitar e afirmar os pressupostos de deliberação pública, por vezes em detrimento da da vontade majoritária, com argumentos que permitam a aceitabilidade destas decisões no sistema político e, eventualmente, eximir-se de emitir pronunciamentos sobre a materialidade dos valores positivados nas normas constitucionais, para não contrariar o princípio democrático.

A viabilidade do projeto constitucional, assim, direciona-se ao comportamento judicial, na compreensão das possibilidades de relacionamento das cortes com os demais atores políticos estatais, de modo a identificar um papel para estas instituições no jogo democrático.

Neste sentido, exsurgem as expressões representativas das relações em que um tribunal está inserido: ativismo e autocontenção judicial. A investigação acerca da possibilidade de delimitação destes termos e do debate por eles compreendido, enquanto construções teóricas relacionadas ao exercício do controle de constitucionalidade, foi o objeto proposto para a presente Tese, que pretendia responder às seguintes indagações:

(a) O que representa o ativismo e a autocontenção judicial?

(b) Qual a utilidade destas definições para o debate constitucional?

(c) Quais são (seriam) as características do "ativismo" do Supremo Tribunal Federal?

Para alcançar o objetivo traçado, identifiquei no ativismo e autocontenção as prescrições da doutrina jurídica quanto à revisão judicial (Parte I) e também a avaliação (ou descrição) das decisões prolatadas por estas cortes (Parte II). As conclusões alcançadas nas duas primeiras partes foram confrontadas e avaliadas diante do debate brasileiro sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Resta, agora, articular as respostas às questões formuladas e as contribuições que a Tese oferece para o tema proposto.

A hipótese geral, no sentido de que ativismo e autocontenção judicial correspondem às interações às quais a corte encarregada do controle de constitucionalidade se insere, com a doutrina jurídica que avalia sua atividade e com as instituições que sofrem – ou não – interferência de seus julgados, foi confirmada.

(a) Quanto à primeira questão, verificou-se (Parte I) que a complexidade do debate abrangido por estas expressões remete à discussão em torno das prescrições para o exercício

da revisão judicial, quanto ao modo de exercício (procedimentos e técnicas decisórias) e temas em que essa intervenção é recomendável.

Com efeito, James B. Thayer, Herbert Wechlsler e Alexander Bickel expõem, respectivamente, três argumentos importantes da autocontenção: deferência (ou departamentalismo), neutralidade e necessidade de fundamentação das decisões (metodologia) e crítica contramajoritária.

Por sua vez, John Hart Ely e Cass Sunstein voltam-se às distintas concepções de democracia, vista, respectivamente, como procedimento e como instrumento da deliberação pública. Entendem que o tribunal deve decidir – e não apenas deferir aos demais ramos de governo – a partir de espaços viáveis para o exercício da sua atividade, nos quais sua manifestação é necessária ou aceitável. Concentram-se, assim, nas *condições de atuação* e reconhecem a importância da interpretação constitucional para a instituição.

Restrições diante do respeito ao ideal democrático - em suas diversas vertentes -, aceitação de limites cognitivos e estruturais à intervenção judicial e, por fim, a transformação destas preocupações em diretrizes/parâmetros interpretativos a serem seguidos pelas cortes são os elementos definidores das perspectivas acima vistas.

Em todas as facetas, tem-se um elemento comum: a exigência de um tribunal que compreenda seu lugar institucional e, na avaliação de quando deve atuar ou não – isto não fica exatamente claro em boa parte dos autores – seja movido por uma "prudência" e por uma avaliação de custos futuros. Portanto, mesmo quando se pretende afastar a corte da apreciação política, exige-se dela um cálculo "político".

E fica-se diante de uma questão complexa: resolve-se o déficit democrático da corte quando esta defere às instâncias representativas, no exercício da autocontenção, mas se corre o risco de que, nesta ponderação, esta sacrifique alguns importantes fundamentos da deliberação. A recomendação desta cautela pode comprometer o próprio arranjo político, quando se está diante de situações que ponham em risco, por exemplo, os compromissos normativos, ou pré-condições do processo democrático.

A constante (re)formatação de argumentos favoráveis ou contrários à jurisdição constitucional denotam que a percepção, dentre os juristas, das potencialidades da instituição na manutenção do acordo constitucional e na defesa de direitos é controversa. Os Capítulos I, II e III mostraram, ainda, que a afirmação e o fortalecimento da jurisdição constitucional, num ordenamento jurídico, passam por recuos e avanços. A doutrina jurídica, em seu aspecto prescritivo, responde às decisões dos tribunais e tenta influenciar seus julgados, a partir de critérios, portanto, contingentes.

Na Parte II, voltada à compreensão do ativismo e da autocontenção como descrições da atuação judicial, a doutrina jurídica foi compreendida *dentre* os fatores que influenciam o exercício do controle de constitucionalidade pelas cortes, a espelhar, pois, o complexo universo político e institucional em que estas se inserem e os fatores que contribuem para sua criação, fortalecimento ou descrédito. Viu-se a relevância destas explicações para a aproximação à prática da revisão judicial e, conseqüentemente, a avaliação das possibilidades – ou ausência de condições - de interferência dos tribunais na atividade dos demais poderes.

A caracterização dos processos de judicialização, somada aos modelos explicativos expostos, permitiu introduzir o ativismo judicial como um objeto de estudos compartilhado por juristas e cientistas políticos, cuja abordagem distingue-se a partir das peculiaridades de cada disciplina.

Dentre os juristas, os critérios de avaliação da ocorrência de ativismo ou autocontenção são contingentes e espelham uma determinada concepção ou um conjunto de idéias sobre a interpretação das questões constitucionais vigentes num dado momento, certamente sujeitos às distintas e cambiantes compreensões sobre seus contornos. Neste sentido, a discussão em torno de um ativismo – enquanto prescrição doutrinária– marca a relação entre atuação judicial e doutrina. A imputação de ativismo corresponde a uma crítica posterior ao exercício da função judicial, ao passo que a autocontenção, que retrata a adequação aos parâmetros anteriormente fixados, não necessariamente corresponde à aprovação da atuação.

Já para os cientistas políticos, prepondera a análise dos dados coletados, para a compreensão das causas e repercussões de uma "tendência" à anulação dos atos dos demais poderes – manifestações identificadas como ativismo judicial.

Viu-se que, em ambas as disciplinas, o rótulo é aplicável às decisões judiciais, aos magistrados (individualmente ou na identificação de grupos) e mesmo à determinada composição da corte. Dentre os juristas, contudo, parece preponderar a análise dos julgados, por seus aspectos metodológicos.

Classificados os aspectos mais relevantes albergados pela expressão – aos quais me referi como dimensões do ativismo -, enfrentados os obstáculos à validade da discussão e cogitada sua relevância para a compreensão da Teoria Constitucional em sua relação com os julgados das cortes, ofereci minha contribuição ao tema.

Minha sugestão é que a análise da atuação judicial seja feita a partir das duas dimensões de debate identificadas: (i) metodológica, que corresponde à interação entre tribunal e doutrina jurídica e o "estado da arte" em torno das prescrições teóricas para a

atuação judicial e seus critérios para a apreciação das decisões; (ii) institucional, que retrata a relação entre a corte e as demais instâncias estatais de poder (ramos legislativo e executivo, demais órgãos jurisdicionais, entes federados), com a caracterização ou afastamento de sua interferência, diante das competências normativas.

Proponho, também, a aproximação entre as abordagens dos cientistas políticos e juristas.

(b) A identificação das situações e freqüência com que a corte anula ou mantém os atos dos demais poderes e entes, determina a tomada de providências inseridas dentre as atribuições destes e outros, é importante para pôr em perspectiva a sua efetiva intervenção no sistema e, eventualmente, evitar ilações em torno de uma "ditadura judicial" ou intervenção "desmedida", desapegada de dados mais concretos.

Ao mesmo tempo, a análise dos aspectos precipuamente normativos – como fundamentação dos julgados, motivação para o indeferimento da demanda pela inobservância de questões processuais, coerência ou desapego aos precedentes do tribunal ou do entendimento firmado em outras instâncias judiciais e tantos outros, comuns dentre os juristas, também são fundamentais para a aferição do *modo* desta atuação e, por conseguinte, do ativismo ou da autocontenção.

Unidas as perspectivas analíticas, ativismo e autocontenção convertem-se num diagnóstico da efetiva atuação da corte, para (i) compreensão de seu papel institucional e do efetivo desenho das suas relações com as demais instâncias de poder e (ii) avaliação da qualidade de seus julgados, instrumentais para as futuras construções da teoria jurídica em torno de sua atividade.

(c) Após essas contribuições, encarreguei-me, na Parte III, da resposta à terceira indagação, quanto ao ativismo do STF brasileiro.

Descritas as linhas gerais do processo de judicialização da política, produto da conjunção entre as previsões materiais da CF-88, da formatação de um complexo sistema de controle de constitucionalidade que, embora mantenha sua faceta difusa, tem avançado na concentração de atribuições no STF e, por fim, num arcabouço teórico que incrementa as possibilidades de intervenção judicial, voltei-me à discussão em torno da atuação do tribunal. Ressaltada, ainda, uma questão fundamental para a análise do tribunal: a incrível quantidade de processos sob sua responsabilidade, não obstante pequena parcela refira-se ao controle de constitucionalidade abstrato.

Diante da proposta de delimitação – ou compreensão – da discussão já empreendida, foram expostas as pesquisas empíricas já desenvolvidas quanto à atividade do STF – voltadas ao controle abstrato - e as interpretações que estas oferecem sobre o tema.

Os resultados destas pesquisas sugerem, em linhas gerais, que o STF não é ativista, e mais, condicionado pelas demandas que lhe são dirigidas, sua atividade: (a) concentra-se nos temas relacionados ao Direito Administrativo; (b) tem como objeto a legislação estadual; (c) ocupa-se de questões processuais, pois poucas são as ações julgadas quanto ao mérito; (d) as efetivas declarações de inconstitucionalidade correspondem a um baixo percentual das ações decididas, enfim.

Na academia jurídica, a descrição do ativismo do STF dá-se por diferentes aproximações. Há textos que recorrem à análise de julgados – ou decisões reiteradas sobre certos temas – emblemáticos para mostrar a evolução de sua jurisprudência rumo à concentração de competências decisórias e avanço sobre as atribuições de outros poderes e órgãos jurisdicionais.

Privilegia-se, assim, o estudo das manifestações mais eloqüentes de ativismo judicial, em casos tidos como exemplares – apreciação que também empreendi no Capítulo IX – para verificar quais seriam os aspectos mais controvertidos. Nestas, prevalecem as críticas quanto aos aspectos institucionais – diante do fortalecimento do tribunal em detrimento dos demais órgãos jurisdicionais e avanço sobre as competências do poder executivo e legislativo – e metodológico, referente ao emprego do arcabouço teórico fornecido pelas contribuições do que se convencionou chamar de "neoconstitucionalismo" para fortalecer suas competências. Há, ainda, uma evidente preocupação com os equívocos e "uso indevido" destas técnicas, com a inobservância e desconhecimento do texto normativo e, por fim, das regras e procedimentos que fornecem as diretrizes para o exercício de sua atividade.

Por derradeiro, a constante afirmação da "supremacia judicial" sobre a Constituição ou do poder de dar a "última palavra" sobre a interpretação do seu texto – numa manifestação aproximada ao maximalismo judicial – também gera censuras.

É de se destacar, todavia, que essa avaliação ocorre a partir de um conjunto de decisões polêmicas - ou seja, ativismo imputável a determinados julgados – que gera uma conclusão – discutível, diante de outras impressões coletadas ao longo desta Tese - de um STF ativista, embora esta seja uma corte que recebe – e aprecia - milhares de processos todos os anos.

Não se pode negar a relevância e repercussão destes julgados, de conseqüências por vezes inimagináveis, sobretudo pelo impacto que as decisões do STF geram num sistema que

parece se encaminhar para a concentração de competências neste tribunal – e mais, que lhe assegura instrumentos para impô-las sobre demais poderes e órgãos jurisdicionais.

Mas a afirmação de que o STF é ativista, com amparo em decisões pontuais, sem a identificação de temas ou aspectos em que essa tendência é mais forte, mais que colaborar, pode obstaculizar o debate. Compromete, ainda, o inevitável aspecto descritivo da Teoria Constitucional, a partir do qual constroi suas prescrições

Com efeito, se a avaliação posterior da atividade desenvolvida se dá a partir de um aparato metodológico cambiante, que torna complexa sua aferição; os fundamentos de construção dessa atividade – e, por conseguinte, a definição do universo em que esta é válida, como os direitos fundamentais que necessitam esse amparo, também mudam; a forma em que esta deve ocorrer - como na definição, v. g., dos critérios para atuação judicial em matéria de políticas públicas - são construídos em vista de circunstâncias determináveis.

Verificou-se, nos Capítulos VIII e IX, que o Tribunal estabelece, sim, um diálogo com a doutrina que lhe avalia. Vários foram os exemplos de conformação de sua atuação ou, pelo menos, as situações em que a crítica doutrinária foi tida como uma variável – ainda que posteriormente afastada – no processo decisório. Ao mesmo tempo, as situações, possibilidades e a forma em que a intervenção judicial é celebrada – ou rechaçada, são determinadas pelas decisões anteriormente prolatadas.

Há um elemento comum entre ambas as sugestões – ativismo ou autocontenção: a possibilidade de invalidação dos atos dos demais poderes não é aprioristicamente rejeitada. Como toda interação, há recuos e avanços. Assim, cada diagnóstico oferecido espelha uma descrição contingente. E isto ocorre na corte, mas também na doutrina, cuja busca pela "categorização de caminhos aceitáveis" para o exercício da jurisdição constitucional – sobretudo do STF - mostra a necessidade de "adequação" da sua atuação aos parâmetros da CF-88 e do arranjo democrático, mas tem dificuldade de oferecer uma resposta sobre o modo em que essas exigências podem ser viabilizadas no caso concreto.

Assim, a sugestão da conjunção de diversos aspectos na avaliação de um ativismo é fundamental para estas construções, uma vez que, a partir de proposições verdadeiras, a Teoria terá condições de cumprir *um de seus* objetivos – influenciar a atuação judicial – mas também, reconhecidas as dificuldades e limitações para o exercício desta função, direcionar suas atenções para outras instituições, também encarregadas da concretização das finalidades constitucionais.

REFERÊNCIAS

LIVROS E ARTIGOS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, p. 663-727, jan. 2000.

_____. The rise of world constitutionalism. **Virginia Law Review**, v. 83, p. 771-797, 1997. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/TheRiseofWorldConstitutionalism.pdf Acesso em: 20 mar. 2011.

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75-96.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Direito das minorias**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David de; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAÚJO. Jorge Antônio Cavalcanti. **A repercussão geral no direito brasileiro e os critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal para selecionar as matérias de acordo com a Lei n.º 11.418/2006**. Dissertação de Mestrado. Recife: UNICAP, 2011. Defesa em: 20 mai. 2011.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e suas finalidades políticas**. Disponível em: http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/20_7_2010_18_56_13.pdf. Acesso em: 02 fev 2012.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187-202.

BAILEY Michael A.; MALTZMAN, Forrest. Does legal doctrine matter? Unpacking law and policy preferences on the U.S. Supreme Court. **American Political Science Review**, v. 102, n. 3, p. 369-384, aug. 2008.

_____. **The constrained court:** law, politics, and the decisions justices make. Princeton: Princeton University Press, 2011, (*kindle*).

BARBER, Sotirios A.; FLEMING, James E.. **Constitutional interpretation**: the basic questions. New York: Oxford University Press, 2007, (*kindle*).

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. **Ativismo judicial e federalismo fiscal**: o comportamento do Supremo Tribunal Federal. Trabalho apresentado no 7º Encontro da ABCP, de 4 a 7/08/2010, na Área Temática: Política, Direito e Judiciário. Disponível em: http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/12_7_2010_23_24_46.pdf. Acesso em 6 mai. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARKOW, R. More Supreme than court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy. **Columbia Law Review**, v. 102, n. 2, mar. 2002, p. 237-336.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em 12 fev 2012.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875-903.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição** – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, n. 4, jan/fev-2009, Brasília: OAB Editora. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf. Acesso em: 26 jan 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 16 jan. 2007.

_____. O **Direito constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição Brasileira, 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. Ohio: CQ Press, 2010.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

_____. The Supreme Court, 1960 Term - Foreword: the passive virtues. **Harvard Law Review**, n. 75, p. 40-75, nov. 1961.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição democrática brasileira** – legitimidade democrática e instrumentos de realização, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOFILL, Hector López. **Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley.** Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo/Brasília: Saraiva/IDP, 2009.

BREYER, Stephen. **Active liberty:** interpreting our democratic Constitution. New York: Alfred A. Knopf, 2005.

BROWN, Rebecca L. Activism is not a four-letter word. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 1247-1274, 2002.

BRUST, Leo. A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV,** São Paulo, v. 5, n. 2, dez. 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves x Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 541-595.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la "justicia constitucional". **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 6, n. 17, p. 9-47, mayo/ago. 1996.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **A judicialização da política no Brasil**: apontamentos para uma nova abordagem. Trabalho apresentado no Encontro Nacional da ABCP - Associação Brasileira de Ciência Política - Área Instituições Políticas - Painel (1) – Direitos, Justiça e Controle - 21- 24 julho 2004 – PUC – Rio de Janeiro. Disponível em: ‹www.cienciapolitica.org.br/Ernani_Carvalho.pdf›, 16-17. Acesso em: 20 maio 2005.

_____. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista de Sociologia e Política**, Curitiba-PR, v. 23, p. 115-126, 2004.

_____. **Revisão abstrata de legislação e judicialização da política no Brasil.** São Paulo: USP, *mimeo*.

_____. Trajetória da revisão de constitucionalidade no desenho institucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 12, n. 23, p. 176-207, jan./abr. 2010.

CASAGRANDE, Cássio. **Ministério Público e judicialização da política** – estudos de casos. Porto Alegre: Safe, 2008.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional law** - principles and policies, 2a ed. New York: Aspen Law, 2002.

CHOPER, JESSE H. The political question doctrine: suggested criteria. **Duke Law Journal**, v. 54, p. 1457-1523, 2005.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-42.

CLAYTON, Cornell W. The Supreme Court and political jurisprudence: new and old institucionalisms. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (Ed.). **Supreme Court decision-making: new institucionalist approaches**. Chicago, University of Chicago Press, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995..

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação do direito. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 475-498.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s).** Madrid: Trotta, 2003, p. 75-98.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **Measuring judicial activism**. New York: Oxford University Press, 2009.

_____. The scientific study of judicial activism. **University of Texas Law, Law and Economics Research Paper**, n. 93, p. 1-28, 2006. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=939768. Acesso em: 18 jan 2011.

DAHL, Robert A.. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of Public Law**, n. 6, p. 279–295, 1957.

DANTAS, Ivo. **Constituição & processo (vol. I)**: introdução ao direito constitucional processual. Curitiba: Juruá, 2003.

DICKSON, Brice. Comparing supreme courts. In: DICKSON, Brice (org.). **Judicial activism in common law supreme courts**. London: Oxford University Press, 2007, p. 1-18.

DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya Gaspareto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 459-473.

DORF, Michael C.. Putting the democracy in democracy and distrust: the coherentist case for representation reinforcement. **The Yale Law Journal**, v. 114, p. 1237-1278, set./2004. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=602541.

_____. The Supreme Court, 1997 Term - Foreword: the limits of socratic deliberation. **Harvard Law Review**, n. 112, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Justice Sotomayor**: the unjust hearings. Disponível em: http://www.nybooks.com/articles/archives/2009/sep/24/justice-sotomayor-the-unjust-hearings/. Acesso em:12 dez 2009.

_____. Looking for Cass Sunstein. **The New York Review of Books**, apr. 2009. Disponível em: http://www.nybooks.com/articles/archives/2009/apr/30/looking-for-cass-sunstein/. Acesso em: 18 mai 2009.

_____. **O império do direito.** Tradução de Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

EPP, Charles R.. **The rights revolution** - lawyers, activists, and Supreme Court in comparative perspectives. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The choices justices make**. Washington, D.C.: CQ Press, 1998.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D.. The Supreme Court as a strategic national policy maker. **Emory Law Journal 50** (Spring), 2001, p. 583-611. Disponível em: http://epstein.law.northwestern.edu/research/strategic.html. Acesso em: 30 mai 2011.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. Is the Roberts Court especially activist? A study of invalidating (and upholding) federal, state, and local laws. **Emory Law Journal**, v. 61, p. 737-758, 2012.

EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey. **Advice and consent**: the politics of judicial appointments. New York: Oxford University Press, 2005.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números** - o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

FALLON JR., Richard H.. How to choose a constitutional theory. **California Law Review**, v. 87, n. 3, p. 535-580, 1999.

_____. The Supreme Court, 1996 Term - Foreword: implementing the Constitution. **Harvard Law Review**, n. 111, 1997.

FEITOSA, Raymundo Juliano. Quinze anos da Constituição de 1988: o "fetichismo" como limite às possibilidades de concretização da Constituição Federal de 1988. In: SCAFF, Fernando Facury (org). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 241-256.

FEREJOHN, John. Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence. **Southern California Law Review***, v*. 72, p. 353-384, 1999.

_____. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Rule of democracy and rule of law. In: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (orgs.). **Democracy and the rule of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 242-260.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias – la ley del más débil.** Madrid: Trotta, 2000.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limond, 1986.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 159-186.

FISS, Owen M.. The perils of minimalism. **Theoretical Inquiries in Law**, v. 9, p. 643-664, 2008.

_____. The forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n.1, n. 1-58, nov. 1979.

FRIEDMAN, Barry, The history of the countermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy. **New York University Law Review**, p. 1-240, may. 1998.

_____. Taking law seriously. **Perspectives on Politics**, v. 4, n. 2, p. 261-276, jun. 2006.

_____. The birth of an academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five. **Yale Law Journal**, v. 112, p. 153-259, 2002.

_____. The cycles of constitutional theory. **Law and Contemporary Problems**, v. 67, p. 149-174, 2004.

_____. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, p. 257-337, dec. 2005.

GALANTER, Marc. Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 36, p. 103-145, fev./1993.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno** – sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in asian cases. New York: Cambridge University Press, 2003, (*kindle*).

GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the judiciary**: the accountability function of courts in new democracies. London: Frank Cass Publishers, 2004.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Conclusions. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (ed). **Interpreting constitutions**: a comparative study. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 321-345.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **As várias faces de um Leviathan togado -** um espectro das abordagens teóricas em Ciência Política acerca do fenômeno da *judicial politics*. Recife: *mimeo*, 2012**.**

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, may. 2009.

GRIMM, Dieter. Judicial activism. In: BADINTER, Robert; BREYER, Stephen. **Judges in contemporary democracy**. An international conversation. New York: New York University Press, 2004, p. 17-65.

GROPPI, Tania. **¿Hacia una justicia constitucional 'dúctil'?** Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. Disponível em: http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art2.htm. Acesso em: 15 jun 2005.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s).** Madrid: Trotta, 2003, p. 49-73.

_____. ¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?. **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol,** Valencia, n. 25, p. 31-46, 1998.

HAMILTON, Alexander. The Federalist, n.º 78. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. Disponível em: http://oll.libertyfund.org/?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=788&chapter=108713&layout=html&Itemid=27. Acesso em: 18 jun 2012.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: UNB, 1984.

HENKIN, Louis. Is there a "political question" doctrine? **The Yale Law Journal**, v. 85, n. 5, apr. 1976, p. 597-625.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **Annual Review of Political Science**, v. 11, p. 1-44, 2008. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1138008. Acesso em: 18 mai 2010.

_____. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006.

_____. **Towards juristocracy.** The origins and consequences of the constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOFFMAN, Florian F., BENTES, Fernando R. N. M.. Litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 383-416.

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). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (orgs.). **Constitucionalismo y democracia**. Ciudad del México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262.

HOWARD, Robert M.; SEGAL, Jeffrey A. A preference for deference? The Supreme Court and judicial review. **Political Research Quarterly**, v. 57, n. 1, p. 131-143, mar. 2004.

KECK, Thomas M. **The most activist Supreme Court in history**: the road to modern judicial conservatism. Chicago: The University of Chicago Press, 2004.

KELLOGG, Frederic R.. **Oliver Wendell Holmes, Jr., legal theory, and judicial restraint**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

KMIEC, Keenan D.. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira**. São Paulo: Hucitec/Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. **Sentidos da judicialização da política**: duas análises. Disponível em: ‹http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf ›, p. 10. Acesso em: 12 mar 2005.

KRAMER, Larry D. Judicial supremacy and the end of judicial restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 621-634, jun. 2012.

KRONMAN, Anthony T.. Alexander Bickel's philosophy of prudence. **The Yale Law Journal**, v. 94, n. 7, p. 1567-1616, jun. 1985.

LEAL, Saul Tourinho. A nova face da jurisdição constitucional brasileira. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 431-458.

LINDQUIST, Stefanie A.; SOLBERG, Rorie Spill. Judicial review by the Burger and Rehnquist Courts: explaining justices' responses to constitutional challenges. **Political Research Quarterly**, v. 60, n. 1, p. 71-90, mar. 2007.

MAIA, Antonio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos**: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/Texto1159(2).pdf. Acesso em 15 mar 2008.

MARSHALL, William P.. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, set. 2002.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, Recife, n. 11, p. 125-156, 2000.

MCCLOSKEY, Robert G. **The american Supreme Court**. 5.ed. revisada por Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, (*kindle*).

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

MENDELSON, Wallace. The influence of James B. Thayer upon the work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. **Vanderbilt Law Review**, n. 31, p. 71-x, 1978.

NOVAIS, Jorge Reis. **Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembléia da República**: simultaneamente um comentário ao Acórdão n.º 1/97 do Tribunal Constitucional. Lisboa: Lex, 1997.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Justiça, profissionalismo e política**: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

OLIVEIRA, Vanessa. Elias de. Judiciário e privatizações no brasil: existe uma judicialização da política? **Dados**: Revista de Ciências Sociais, v. 48, n. 3, p. 559-587, 2005.

PERETTI, Terri. An empirical analysis of Alexander Bickel's the least dangerous branch. In: WARD, Keneth D., CASTILLO, Cecilia R. (org.). **The Judiciary and American democracy**: Alexander Bickel, the countermajoritarian difficulty, and contemporary Constitutional Theory. New York: State of New York Press, 2005, p. 125-146.

PEREZ LUÑO, Antonio E. Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma? In: PEREZ LUÑO, Antonio E. (coord.). **Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio.** Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 11-52.

PETERS, Christopher J.. Assessing the new judicial minimalism. **Columbia Law Review**, v. 100, p. 1-127, 2000.

PINELLI, Cesare. The concept and practice of judicial activism in the experience of some western constitutional democracies. **Juridica International**, n. XIII, p. 31-37, jul. 2007.

POSNER, Richard. Democracy and distrust revisited. **Virginia Law Review**, v. 77, n. 4, p. 641-651, 1991.

_____. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59, n. 1, p. 1-24, 1983.

_____. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555, jun. 2012.

_____. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 19-ss.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Yale Law School, Public Law Working Paper n. 131**, p. 1-67, 2007. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em: 18 nov 2011.

POWERS, Stephen P.; ROTHMAN, Stanley. **The least dangerous branch?** Consequences of judicial activism. Westport, Connecticut: Praeger Publishers, 2002.

POZZOBON, Roberson Henrique. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, n. 10, p. 97-118, 2009.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**, n. 21, v. 2, p. 339-353, 1998. Disponível em: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf. Acesso em: 8 dez. 2012.

PROGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade,** Rio de Janeiro, PUC, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000.

_____. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PRZEWORSKI, Adam. Introduction. In: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (orgs.). **Democracy and the rule of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 1-15.

RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. São Paulo: USP, 2009*, mimeo*.

ROBERTS, Caprice L. In search of judicial activism: dangers in quantifying the qualitative. **Tennessee Law Review**, v. 74, p. 1-45, 2007.

ROBERTSON, David. **The judge as a political theorist**: contemporary judicial review. Princeton: Princeton University Press, 2010.

ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism**: making sense of Supreme Court decisions. New Haven: Yale University Press, 2006.

ROSEN, Jeffrey. **The most democratic branch**: how the courts serve America. Oxford: Oxford University Press, 2006,

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope**: can courts bring about social change?, 2a ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

SADEK, Maria Tereza. A organização do Poder Judiciário no Brasil. In: SADEK, Maria Tereza (org.). **Uma introdução ao estudo da Justiça**. São Paulo: Sumaré, 1995, p. 9-16.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Direito e democracia: a reforma global da justiça. In: PUREZA, José Manuel, FERREIRA, António Casimiro (orgs.), **A teia global. Movimentos sociais e instituições**. Porto: Afrontamento, 2001, p. 125-177.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 172, p. 45-55, 2006.

_____. **Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53.

SARLET, Ingo Wolgang (coord.). Observatório do direito à saúde: democracia, separação de poderes e o papel do Judiciário Brasileiro para a eficácia e efetividade do direito à saúde. **Observatório da Justiça Brasileira/ Ministério da Justiça**, Porto Alegre, 2011.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (coord.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador. JusPODIVM. 2011, p. 73-113.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 149-172.

SCHAUER, Frederick. Abandoning the guidance function: Morse v. Frederich. **The Supreme Court Review - University of Chicago**, p. 205-237, 2007.

_____. Neutrality and judicial review. **KSG Working Paper**, n. RWP03-008, p. 1-33, 2003. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=380920. Acesso em 15 mai 2011.

_____. The Supreme Court, 2005. Foreword : the Courts agenda - and the Nation's. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 1, p. 5-64, nov. 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n.4, out./dez. 2005. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 12 dez 2008.

SCHWARTZ, Bernard. **A history of the Supreme Court**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political question doctrine. **John Marshall Law Review**, v. 37, p. 441-480, 2004.

SHAPIRO, Martin. **Courts**, a comparative and political analysis. Chicago: The University of Chicago Press, 1986.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics, judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002.

SIEGEL, Neil. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court bar. **Michigan Law Review**, v. 103, p. 1951-2019, 2005.

SILVA, Cecília de Almeida *et al*. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Virgilio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, p. 191-210, 2006.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 136-140.

_____. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização de direitos sociais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

_____. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, p. 607-630, jan./jul. 2003.

SMITH, Stephen F. Taking lessons from the left? Judicial activism on the right. **Georgetown Journal of Law & Public Policy**, inaugural, p. 57-80, 2002/2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: RT, 1999.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil**: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) – UERJ. Brasília, 2010. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1. Acesso em: 12 jan. 2012.

NETO, Claudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 515-551.

STEILEN, Matthew J.. Minimalism and deliberative democracy: a closer look at the virtues of 'shallowness'. **Seattle University Law Review**, v. 33, p. 391-435, jan. 2010.

STONE SWEET, Alec. **Governing with judges** – constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso:** mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912 > Acesso em: 03 set 2009.

STRECK; Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte". **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), Unisinos, p. 75-83, jul./dez. 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari *et al*. **Controle de constitucionalidade e judicialização**: o STF frente à sociedade e aos Poderes. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Projeto Observatório da Justiça Brasileira. Ministério da Justiça. Disponível em: http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/controle_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf. Acesso em: 18 nov 2011.

SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. **Are judges political?** An empirical analysis of the Federal Judiciary. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. **A constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. **A constitution of many minds**: why the founding document doesn´t mean what it meant before. Princeton: Princeton University Press, 2009 (*kindle*).

_____. Beyond judicial minimalism. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 432, p. 1-25, set. 2008.

_____. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. **Radical in robes:** why extreme right-wing courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005.

_____. Testing minimalism: a reply. **Michigan Law Review**, n. 104, p. 129-135, out. 2005.

_____. The Supreme Court, 1995 Term — Foreword: leaving things undecided. **Harvard Law Review**, n. 110, 1996.

_____. Second-order perfectionism. **Fordham Law Review**, v.75, n. 6, p. 2867-2883, 2007.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAYLOR, Matthew M.. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **DADOS –** Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **DADOS –** Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.

THAYER, James B. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, oct. 1893.

TÜRNER, Claudia; PRADO, Mariana. A democracia e o seu impacto nas nomeações dos diretores das agências reguladoras e ministros do STF. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 27-74, 2009. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4110/2868. Acesso em: 14 jan 2012.

TUSHNET, Mark V.. Foreword. **Virginia Law Review**, v. 77, n. 4, p. 631-640, 1991.

_____. Law and prudence in the law of justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine. **North Carolina Law Review**, v. 80, p. 1203-1235, 2002.

_____. **Red, white and blue**. a critical analysis of constitutional law. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 301-313.

_____. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999, *(kindle*).

_____. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio *et al* (orgs.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal** - laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VERISSIMO, Marcos P.. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, v. 4, p. 407-440, 2008.

VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. **Escritos** (Fundação Casa de Rui Barbosa), v. 3, p. 215-265, 2009. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/revistas/Escritos_3/FCRB_Escritos_3_13_Alexandre_Veronese.pdf. Acesso em: 26 mai 2011.

VIANNA, Luiz Werneck *et al*. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social** (Revista de Sociologia da USP)*,* v.19, n. 2, p. 39-85, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf. Acesso em: 18 mai 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do Direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil.** Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 337-491.

VIEIRA, José Ribas (coord.). **O Supremo Tribunal Federal em tempos de mudanças: parâmetros explicativos.** Grupo Interinstitucional do Ativismo Judicial. Disponível em: http://pesquisaconstitucional.files.wordpress.com/2010/06/o-supremo-tribunal-federal-em-tempos-de-mudancas.doc. Acesso em 13 jan. 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal.** Jurisprudência política. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Rev. Direito GV**, v.5, n.1, p. 21-44, 2009. Disponível em: http://www.direitogv.com.br/sites/default/files/3%20-%20Escrevendo%20um%20romance%20-%20Adriana,%20Ana%20Mara%20e%20Evorah.pdf. Acesso em: 15 mai 2011.

WARD, Keneth D.. Bickel and the new proceduralists. In: WARD, Keneth D., CASTILLO, Cecilia R. (org.). **The judiciary and american democracy**: Alexander Bickel, the

countermajoritarian difficulty, and contemporary Constitutional Theory. New York: State of New York Press, 2005, p. 147-162.

WECHSLER, Herbert. Toward neutral principles of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959.

WHELAN, Edward. Supreme confusion - The new yorker doesn't understand originalism. **National Review Online**, apr. 13, 2005. Disponível em: http://www.nationalreview.com/comment/whelan200504130752.asp. Acesso em: 12 jun 2011.

WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.) **The Oxford handbook of law and politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

WHITTINGTON, Keith E. Herbert Wechsler's complaint and the revival of grand Constitutional Theory. **University of Richmond Law Review,** n. 34, p. 509-543, may. 2000.

_____. **The political foundations of judicial supremacy**: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U. S. history. Princeton: Princeton University Press, 2007.

_____. Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review. **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n. 3, p. 446-474, jul. 2003.

WOLFE, Christopher. **Judicial activism** - bulwark of freedom or precarious security? Lanham, Maryland: Rowan & Littlefield Publishers, 1997.

YOUNG, Ernest A.. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La giustizia costituzionale**. Bologna: Il Mulino, 1988.

DOCUMENTOS

BRASIL. **Constituição (1988).** Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006. Dá nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal para disciplinar as coligações eleitorais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc52.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do** Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm Acesso em: 3 nov. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

BRASIL. **Constituição da República os Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário de Oficial da União**. Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 12 out. 2009.

BRASIL. Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 20 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm. Acesso em: 1 nov. 2012.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1 out. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm. Acesso em: 3 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 18 dez. 2009.

Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840 Acesso em: 1 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 54-55. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 29 jun. 2007. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150 Acesso em: 1 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2626, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2004. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 5 mar. 2004. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266863 Acesso em: 1 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 28 mai. 2010. p. 328-329 dos autos. (p. 6-7 do voto da Ministra) Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723 Acesso em: 3 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635 Acesso em: 3 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Despacho de convocação de Audiência Pública**, 5 mar. 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf. Acesso em: 5 mai 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91952, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2008. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 19 dez. 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157 Acesso em: 12 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1989. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 21 set. 1990. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908 Acesso em: 1 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 168, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 21/03/1990. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 20 abr. 1990. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81753 Acesso em: 1 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 31 out. 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551 Acesso em: 1 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 30 nov. 2007. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390 Acesso em: 1 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24831, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2005. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 4 ago. 2006. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189 Acesso em: 1 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26603/DF. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 19 dez.2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28constitucional+e+mandato+e+eletivo+e+deputado+e+federal+e+fidelidade%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos Acesso em: 1 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 2363, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2003. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 1 abr. 2005. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365588 Acesso em: 12 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 21/08/2006. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 25 ago. 2006. p.9. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000005274&base=basePresidencia Acesso em: 21 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 7 mai. 2004. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847 Acesso em: 13 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 554075 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 21 ago. 2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601307 Acesso em: 3 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 595595 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 29 mai. 2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=594740 Acesso em: 3 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 30 abr. 2010. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255 Acesso em: 1 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 241, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 10/10/2008. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 16 out. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000059394&base=basePresidencia Acesso em: 1 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 11. Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 22 out. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000748&base=baseSumulasVinculantes Acesso em: 12 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. **Diário de Justiça da União.** Brasília, DF, 29 out. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000749&base=baseSumulasVinculantes Acesso em: 3 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n.º 20.993, de 26 de fevereiro de 2002. Dispõe sobre a escolha e o registro dos candidatos nas eleições de 2002. **Diário de Justiça da União**. Brasília, DF, 11 abr. 2002. Disponível em: http://www.tre-sc.gov.br/site/fileadmin/arquivos/legjurisp/eleicoes_2002/res_tse/res020993.26022002.pdf. Acesso em: 1 nov. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Judiciary Act of 1789**, de 24 de setembro de 1789. Disponível em: http://www.constitution.org/uslaw/judiciary_1789.htm. Acesso em: 1 nov 2012.