

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós Graduação em Direito

Sérgio Rubens Birchall Becattini

**DILEMAS DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ATIVISMO JUDICIAL SOB A
ÓTICA DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN**

Belo Horizonte
2012

Sérgio Rubens Birchall Becattini

**DILEMAS NA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. ATIVISMO JUDICIAL SOB A
ÓTICA DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós
Graduação em Direito da Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais, como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio

Belo Horizonte

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B388d Becattini, Sérgio Rubens Birchal
Dilemas da atuação do poder judiciário: ativismo judicial sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin / Sérgio Rubens Birchal Becattini. Belo Horizonte, 2012.
143f.

Orientador: José Adércio Leite Sampaio
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Poder judiciário e questões políticas. 2. Separação de poderes. 3. Dworkin, Ronald. I. Sampaio, José Adércio Leite. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Sérgio Rubens Birchall Becattini

**DILEMAS NA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. ATIVISMO JUDICIAL SOB A
ÓTICA DO PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós
Graduação em Direito da Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais, como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito.
Área de concentração: Direito Público.

Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio (orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria – PUC Minas

Prof. Dr. Sebastien Kiwonghi – Escola Superior Dom Hélder Câmara

Belo Horizonte, 25 de maio de 2012

A meus pais.

Sem vocês nada disso seria possível.

AGRADECIMENTOS

Apresentar uma dissertação de mestrado é um trabalho que não poderia ser feito sozinho. Muitos são aqueles que, ao longo de nossa jornada, contribuíram com este texto.

Aos meus pais, Rubem e Lívia, pelo apoio incondicional e pelo exemplo de vida.

Aos meus irmãos, Flávio e Patrícia, pelo ombro amigo sempre presente.

À Tatiana, pelo amor incondicional e pelo companheirismo, com os quais sei que sempre poderei contar.

À Luísa, por trazer nova felicidade, esperança e amor à minha família.

Aos meus amigos (novos e antigos), pelo valioso presente da convivência.

Aos professores deste curso, que nos demonstraram a sabedoria e a necessidade de buscarmos novas lições.

RESUMO

Esta dissertação contempla o estudo do fenômeno do ativismo judicial e de sua contraparte, a autocontenção judicial, com foco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Adota como marco teórico os trabalhos do filósofo do Direito Ronald Dworkin, principalmente seus conceitos de direito como integridade e leitura moral da Constituição. Busca analisar o fenômeno do ativismo judicial sob a ótica das teorias concebidas por Dworkin, perquerindo a resposta se tais teorias apóiam ou permitem essa postura proativa do Poder Judiciário. Na busca da resposta a estas perguntas, percorreram-se várias teorias sobre a melhor atuação do Poder Judiciário e analisou-se brevemente a história daquelas duas grandes cortes de justiça. Concluí-se que o apoio incondicional à postura ativista dos juízes, embora possa à primeira vista parecer uma solução para as omissões do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não se coaduna com o princípio da separação de poderes tal como consagrada no texto constitucional pátrio. Dessa forma, torna-se necessário buscar de uma teoria que confira flexibilidade à atuação judicial, de modo a permitir a obtenção de soluções para os problemas apresentados aos magistrados.

Palavras Chaves: Ativismo judicial. Direito como integridade. Separação de poderes.

ABSTRACT

This dissertation carries out a study about the phenomenon of the judicial activism and its counterpart, the judicial self-restraint, with an eye in the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court and the Supreme Court of the United States of America. It was adopted as a theoretical basis the work of the legal philosopher Ronald Dworkin, especially his concepts of law as integrity and moral reading of the Constitution. It sought to analyze the phenomenon of the judicial activism from the perspective of the theories designed by Dworkin, seeking to answer if this theories support or allow this proactive posture of the Judiciary. In seeking the answer to these questions, its toured several theories about best way to act of the Judiciary, and briefly review the history of those two great courts of justice. In conclusion the unconditional support for the activist approach of the judges, although it may, at first glance, seem like a solution to the omissions of the Legislature and Executive, is inconsistent with the principle of the separation of powers as enshrined in the national Constitution. Thus, it is necessary to search for a theory that allows flexibility of judicial action, allowing to obtain solutions to the problems presented to the magistrates.

Key Words: Judicial activism. Law as integrity. Separation of powers.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	20
2.1 O Poder Legislativo	23
2.2 O Poder Judiciário	25
2.2.1 A Legitimização do Poder Judicial	27
2.2.2 A Responsabilidade dos Juízes.....	30
2.3 A Teoria das Funções do Estado	31
3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	33
3.1 O Judicial Review	36
3.1.1 As Decisões Judiciais no Controle Concreto de Constitucionalidade.....	38
3.2 O Controle de Constitucionalidade em França	39
3.3 O Controle Abstrato de Constitucionalidade.....	40
3.3.1 As Decisões Judiciais no Controle Abstrato de Constitucionalidade.....	43
3.4 Origem Histórica do Controle de Constitucionalidade.....	47
3.5 Direito Constitucional Jurisprudencial	48
3.6 Legitimidade da Jurisdição Constitucional.....	50
4 DILEMAS E DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO: JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO, AUTOCONTENÇÃO E POLITIZAÇÃO	53
4.1 A Judicialização das Relações Sociais.....	54
4.1.1 Teorias sobre o Fenômeno da Judicialização das Relações Sociais	57
4.1.1.1 Teorias Evolucionistas.....	57
4.1.1.2 Explicações Funcionalistas	58
4.1.1.3 Modelo Econômico-Institucional	58
4.1.1.4 Tese da Preservação da Hegemonia Política.....	59
4.2 O Ativismo Judicial	60
4.2.1 As Origens do Ativismo Judicial.....	62
4.2.2 Teorias Sobre o Ativismo Judicial	63
4.2.2.1 Teoria do Vácuo.....	63
4.2.2.2 Teoria do Desejo Social.....	65
4.2.2.3 Necessidade de Reequilibrar os Poderes no Estado de Bem Estar Social.....	65
4.2.2.4 Reexame das Razões do Legislador	66
4.2.2.5 Judiciário Como Árbitro do Processo Político. Proteção das Minorias e Respeito a Democracia.....	66
4.2.2.6 A Constituição Dirigente.....	68
4.3 Autocontenção Judicial (Judicial Self Restraint)	70
4.3.1 Teorias Sobre a Autocontenção Judicial.....	71
4.3.1.1 Teoria do Ceticismo Político.....	71
4.3.1.2 Teoria da Deferência Judicial.....	72
4.3.1.3 Teoria dos Espaços Vazios de Jurisdição	73
4.4 Politização da Justiça	75
4.4.1 Reprodução Jurisdicional da Vontade da Maioria e Possibilidade de Controle pelo Legislativo	77
4.5 Ativismo Judicial e Autocontenção na Prática Jurisprudencial Brasileira	78
4.5.1 Direito de Greve dos Servidores Públicos.....	78
4.5.2 Discussão Acerca da Lei de Biossegurança e Pesquisa com Células Tronco Embrionárias	79

4.5.3 Vedação ao Nepotismo	80
4.5.4 União Civil Entre Pessoas do Mesmo Sexo	80
4.6 Ativismo Judicial na Suprema Corte dos EUA	81
4.6.1 História da Suprema Corte dos EUA.....	82
4.6.2 Ativismo Judicial e Autocontenção na Suprema Corte dos EUA.....	85
4.7 Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal	91
4.7.1 História do Supremo Tribunal Federal	91
4.8 Ativismo Judicial versus Autocontenção. Opções para a Atuação do Poder Judiciário	100
 5 ATIVISMO JUDICIAL NA ÓTICA DA DOCTRINA DE RONALD DWORKIN ...	102
5.1 Positivismo Jurídico	102
5.1.1 O Conceito de Direito para Hart.....	104
5.2 A Doutrina de Ronald Dworkin	107
5.2.1 O Direito como Integridade.....	112
5.2.2 A Leitura Moral da Constituição	114
5.2.3 Igualdade para Dworkin	117
5.3 O Convencionalismo Jurídico	121
5.3.1 As Convenções Jurídicas.....	122
5.3.2 O Convencionalismo Jurídico e o Ativismo Judicial	123
5.4 O Pragmatismo Jurídico	124
5.4.1 O Pragmatismo Jurídico e o Ativismo Judicial.....	126
5.5 O Juiz Hércules é um Ativista?	127
 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	132
 REFERÊNCIAS	135

1 INTRODUÇÃO

O advento da Constituição brasileira de 1988 trouxe a revalorização do Poder Judiciário, que, paulatinamente, vem ganhando importância no cenário político nacional. Cada vez mais, questões de interesse nacional são discutidas e decididas não na arena do Parlamento, como previa a clássica divisão de poderes, mas nos plenos dos tribunais, causando verdadeira judicialização nas relações sociais brasileiras. Paralelamente, o Poder Judiciário não tem mais se contentado em simplesmente aplicar a lei ao caso concreto. Com base em uma interpretação proativa do texto constitucional, os magistrados tomaram as rédeas da concretização dos direitos previstos na Carta Magna. Contudo, tal atitude não pode ser adotada sem a assunção de risco, tanto para a sociedade quanto para o próprio Poder Judiciário.

Nesta dissertação, propõe-se a analisar esse fenômeno, diferenciando a judicialização das relações sociais do ativismo judicial. Abordam-se, também, suas contrapartes - a politização da justiça e a autocontenção judicial - perpassando diversas teorias que contemplam tais atitudes. Detêm-se, ainda, na história do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte norte-americana, buscando exemplos de casos submetidos a essas duas grandes cortes e como, ao longo de sua atuação, esses tribunais alternam posturas proativas e auto-contidas. A análise da história da Suprema Corte americana revela-se especialmente interessante devido à longa experiência democrática daquele país, que possibilitou ao Tribunal passar por diferentes fases.

Analisa-se o instrumento principal pelo qual o fenômeno do ativismo judicial se exprime, qual seja, a jurisdição constitucional, focalizando sua forma difusa (*o judicial review*) e sua forma concentrada, além do controle de constitucionalidade exercido na França. Tais instrumentos colocam-se na evolução do Poder Judiciário como forma de redescobrir o texto constitucional e sua força como um dos três poderes do Estado. Se, em um primeiro momento, as cortes constitucionais atuavam em defesa do texto constitucional, impedindo seu enfraquecimento frente a interesses políticos de ocasião, posteriormente, os tribunais passaram a redefinir conceitos e princípios constitucionais. Por meio dessas mutações, os interpretes passaram a contribuir com a criação e alteração do Direito.

Ademais, examina-se a clássica teoria da separação dos poderes, enfatizando como essa tem sido lida pela doutrina moderna. A separação dos poderes evoluiu de uma distinção absoluta para a noção de funções típicas de cada poder do Estado. O Poder Legislativo, responsável por reproduzir as diversas correntes políticas existentes no seio social, além de

atuar como caixa de ressonâncias dos desejos da sociedade, não tem sido capaz de atender às demandas legislativas. No Brasil, isso é especialmente claro, com diversos de seus membros as voltas com acusações de corrupção. Tal fato levou os poderes Executivo e Judiciário a assumirem parte da função legislativa em busca da concretização das disposições constitucionais.

Como o Poder Judiciário também não pode se furtar a contribuir para a solução dos graves problemas que afligem a sociedade brasileira, analisam-se as teorias propostas por Ronald Dworkin, as quais proporcionam aos magistrados flexibilidade para buscarem decisões adequadas aos casos que atualmente lhe são propostos, sem, entretanto, infringirem a clássica teoria da separação dos poderes. Inicia-se com a análise do positivismo jurídico, especialmente as teorias concebidas por Hebert Hart. Posteriormente, debruça-se sobre a doutrina de Ronald Dworkin, seus conceitos de direito como integridade, o juiz héracles e leitura moral da Constituição. Tais conceitos permitem ao magistrado resolver aos diversos problemas que lhe são apresentados hodiernamente sem adotar uma postura ativista, condenada enfaticamente pelo jusfilósofo norte americano. Analisa-se, também, outras concepções de direito, discutidas na obra de Dworkin, tal como o convencionalismo e o pragmatismo jurídico.

O convencionalismo jurídico prega enorme respeito às convenções políticas e as decisões dos órgãos políticos e, em uma primeira vista, rejeita a abordagem ativista. Contudo, frente a omissões do ordenamento jurídico, chamada de casos difíceis (*hard cases*), o magistrado deve declarar a lacuna no ordenamento jurídico, sendo-lhe lícito criar o Direito.

O pragmatismo jurídico, a seu turno, defende que as preposições jurídicas devem ser julgadas de acordo com as necessidades humanas e da sociedade. Tal abordagem permite e endossa o ativismo judicial, permitindo que o magistrado imponha suas concepções de justiça na decisão judicial.

Discute-se ainda se a o construto teórico denominado juiz héracles permite a abordagem ativista. Dworkin atribuí aos magistrados ampla liberdade em sua atividade decisória, além de reconhecer sua atividade como política. Entretanto, o direito como integridade não permite uma atuação ativista por parte dos magistrados. Essa concepção de Direito pautada em conceitos de integridade do ordenamento e a noção de que o juiz deve decidir tal como escrevesse um romance em cadeia, nega o ativismo judicial, na medida em que exige conformidade e respeito com as decisões do passado e com o ordenamento jurídico. Se, por um lado, tais teorias reconhecem a existência de Direitos além daqueles

expressamente previstos na legislação, por outro lado, as decisões judiciais devem se ajustar à jurisprudência, limitando a atividade judicial.

Por fim, entendemos que, muito embora o ativismo judicial seja comumente visto como benéfico e liberal, tal abordagem possui uma face conservadora e retrógrada, além de configurar-se como uma conduta inadequada em face das disposições constitucionais e arriscada para o arranjo institucional brasileiro, vez que trás consigo o risco de conflito entre os diversos poderes do Estado. Ademais, os magistrados, não possuem respaldo popular, nem mesmo contam com instrumentos adequados para implementarem políticas necessárias para a concretização dos Direitos previstos na Constituição da República. Desta forma, devem os magistrados exercerem uma cautelosa auto-contenção quando confrontados com casos difíceis, que envolvam a omissão estatal. A adoção das teorias preconizadas por Dworkin pode contribuir para a solução destes conflitos, sem ignorar a separação de poderes constitucionalmente consagrada e respeitando as instituições do Estado.

2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Montesquieu, em *Espírito das Leis*, criou o termo *separação dos poderes*, distinguindo as funções do Estado em três ramos distintos e independentes entre si. Seu objetivo era limitar os poderes do monarca absoluto. Dessa forma, conforme preconiza Sampaio (2002, p. 427), “o legislativo faria as leis e limitaria o campo de atuação do Executivo, restrito já a dar execução às leis adotadas; um Judiciário independente estaria apto a conter as tentativas de desvio ou autoprogramação do Executivo”.

À época de Montesquieu, a necessidade de limitar o poder absoluto do monarca era tão importante a ponto de se afirmar no artigo XVI da *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* que não tem constituição aquela sociedade em que não estejam assegurados os direitos dos indivíduos, nem separados os poderes estatais.¹

A teoria da divisão de poderes teve sua primeira aplicação na Constituição norte-americana. A divisão de poderes foi desenhada para atuar como um sistema de freios e contrapesos, evitando a tirania.

Modernamente, a lição de Montesquieu é mantida na separação das funções do Estado. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estampou esse princípio em seu art. 2º, dando-lhe status de cláusula pétrea. Cabe à função política, atribuída ao tipicamente Legislativo, definir o interesse público, a interpretação dos fins do Estado, sua direção e a escolha dos meios para atingi-los. Ao Legislativo cabe editar normas jurídicas de caráter geral e abstrato.

A função administrativa tem por objetivo a persecução dos interesses públicos ou o desenvolvimento de atividades e serviços, portanto, a concretização das normas públicas que atendam às necessidades coletivas.

Na função jurisdicional definem-se, de forma imperativa e imparcial, os direitos perante casos concretos de litígios ou em abstrato, na apreciação da legalidade e da inconstitucionalidade de atos jurídicos.

Para alcançar esses objetivos, cada ramo do Estado passou a se pautar por regras e procedimentos próprios. Daí porque modernamente se afirma que as funções do Estado são todas funções jurídicas (DIAS, 2010, p. 13). Disso se conclui que é impossível qualquer atividade estatal à margem do Direito.

¹ Ulrich K. Preub (SAMPAIO, 2006, p. 02) afirma que a ideia de garantia dos direitos individuais e da divisão de poderes não foi, em termos de pensamento e de prática, uma novidade, sendo que ambos elementos podiam ser encontrados nas Constituições dos estados norte americanos, o que demonstra a influência estadunidense na Revolução Francesa.

A limitação do absolutismo, todavia, não é o único objetivo da separação de poderes. Mediante a divisão de funções é possível garantir também a participação das diversas forças sociais nos quadros do Estado.

Quando de sua criação, a separação de funções era rígida. Com o tempo, evoluiu-se para o sistema de interferências limitadas. Ou seja, o sistema passou a aceitar uma flexibilização. O poder estatal passou a ser visto como uno, havendo apenas a separação de funções estatais. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2010, p. 15) afirma que o próprio Montesquieu já concebia a separação de poderes, não de forma rígida ou absoluta, mas, sim, de forma a impedir o abuso do poder e garantir a liberdade individual.

A emergência da classe trabalhadora, a instituição do Estado do Bem Estar Social e a racionalização da economia geraram a necessidade de legislações cada vez mais técnicas e especializadas. Acarretando na “ultrapassagem do Legislativo pelo Executivo, em termos de iniciativa de leis e da regulação normativa do welfare” (VIANNA, 1999, p. 18).

Já no início do século XX, o modelo de separação absoluta dos poderes do Estado já se demonstrava insuficiente. O modelo positivista de subsunção da norma ao fato chegava a resultados aviltantes à noção de justiça e ao bom senso. Tais casos resultaram no rompimento da teoria decisional clássica por Kelsen e na conseqüente superação do modelo clássico de separação dos poderes. A produção de legislação não é mais monopólio do Legislativo, que passa a compartilhar suas funções com o Executivo e o Judiciário. Não mais existem funções exclusivas, apenas funções típicas de cada poder. “Na Jurisdição Constitucional, a visão kelsiana não tardou a trazer conseqüências, pois, rapidamente, os Tribunais Constitucionais tornaram-se legisladores concorrentes dos respectivos Parlamentos, não se limitando a uma legislação negativa” (CRUZ, 2004, p. 137).

Não obstante sua aceitação e reprodução em praticamente todas as Constituições do Ocidente, a teoria de separação dos poderes também foi alvo de críticas ao longo dos tempos. José Adércio Leite Sampaio assim as resume.

A teoria de *Montesquieu* tem recebido inúmeras críticas, que, seguindo *Verdú*, poderiam ser condensadas nas seguintes: a) cuida-se de uma teoria artificial e equivocada pois partiu de uma interpretação da Constituição inglesa, distorcida da realidade, criando uma doutrina irreal, impraticável e esquemática; b) que fere a indivisibilidade da soberania, por não identificar o titular da soberania; c) rompe com a unidade orgânica do Estado; e d) é produto da ideologia burguesa e liberal, pois *Montesquieu* procurou descrever a forma de funcionamento do poder na Inglaterra. De se notar que o liberalismo burguês, sempre que quis, fugiu do esquema de independência e harmonia dos poderes para adotar formas autoritárias e totalitárias. Além do mais, e) ela gera instabilidade política; f) é contrariada pelos fatos, levando-se em conta que, em diversos sistemas constitucionais, ocorre, na prática, uma concordância de poderes e não a sua divisão; tal é o caso do Gabinete

na Grã-Bretanha. Sua importância se reduziria à exigência de independência do Judiciário; g) desconsidera o papel dos Partidos Políticos, os debates e os controles recíprocos que se estabelecem entre a maioria e a minoria parlamentar e não entre os órgãos constitucionais. A divisão de poderes não está assim em fazer e executar leis, mas nesse jogo entre o poder da maioria no governo e o poder da minoria (no parlamento) de criticar e controlar, e, enfim, h) não leva em conta a quarta função, a governamental, que específica, define e determina fins políticos que servem de pauta a toda a atuação do Estado (SAMPALHO, 2002, p. 429).

Tantas críticas acabam por obscurecer uma teoria que foi muito bem sucedida em seus objetivos. A separação de poderes contribuiu para a ascensão da classe burguesa ao poder, limitou os poderes do Estado e, com isso, protegeu a liberdade dos cidadãos, dentro de um modelo liberal clássico, adotado no período por Montesquieu.

Nos dias atuais, esse sistema tem sofrido adaptações e evoluções. A interpretação do princípio da separação dos poderes se altera de acordo com o sistema de governo adotado. Para Cruz (2004, P. 194), “a separação nítida entre as tarefas estatais, definida no Estado Liberal pelo absentismo estatal e redefinida no Estado Social pela sua tutela intervencionista na sociedade, desapareceu a olhos vistos”. Tal separação foi prontamente substituída pela noção minimalista de Estado, que passa a atuar com base no princípio da subsidiariedade, ou seja, de forma complementar à atividade privada. Assim, o Estado é previsto como ordenação de funções atribuídas a diversos órgãos constitucionalmente previstos, que devem atuar em concordância com a Lei e a Carta Constitucional.

Não obstante, é seguro afirmar que o princípio da separação de poderes obteve sucesso em seus objetivos de limitar o poder do Estado e de garantir a participação das diversas forças sociais na máquina estatal.

A concepção de um Estado limitado por diferentes funções acabou por originar um Estado que “representa a sociedade politicamente organizada pelo direito” (DIAS, 2010, p. 24). Nesta perspectiva, o povo é considerado detentor e destinatário final de todas as atividades estatais, ao passo que, a soberania do Estado é exercida em seu nome, direta ou indiretamente, e as atividades estatais vistas como promovedoras dos objetivos e do bem-estar da população. Dessa forma, toda e qualquer atuação do Estado deve se dar em nome do povo e em função do povo. Nas palavras de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

Sem dúvida, na concepção de Estado Democrático de Direito, essa legitimidade tem de ser democrática, porque exige assentamento na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às leis emanadas da vontade popular, sendo este ideário a razão determinante de alguns ordenamentos jurídicos modernos afirmarem que as decisões jurisdicionais devem ser proferidas em nome do povo”. (DIAS, 2010, p. 24).

Essa concepção moderna de Estado é caracterizada por um poder uno, dividido em funções, voltado a atender as necessidades e os desejos de um povo politicamente organizado, mas com atuação limitada pelas leis e, principalmente, pela Constituição.

2.1 O Poder Legislativo

Kildare Gonçalves de Carvalho (2009, p. 1089) ensina que o termo latino *parlamentum* aparece pela primeira vez em documentos do século XII. Na época significava “um conjunto de pessoas que se reúnem para ‘falar’, para ‘conversar’, para ‘debater’ algum assunto. Usaram-no as ordens monásticas da Idade Média para denominar as palestras que os monges mantinham nos claustros após a ceia e que geralmente versavam sobre assuntos profanos”.

Posteriormente, a expressão passou a significar “assembleia política”, local onde as determinações dos reis e dos nobres eram lidas e publicadas. Nesta época, o Parlamento não legislava nem aprovava medidas; era apenas um órgão consultivo do rei. Apenas no século XIV é que o parlamento inglês recebeu a função de legislar.

O triunfo das revoluções burguesas, das quais a francesa e a americana são os melhores exemplos, desalojou a nobreza de seu lugar privilegiado na estrutura do Estado. Tornou-se necessário definir novos padrões de interferência estatal na esfera privada, bem como garantir a participação e influência da classe vencedora nas decisões do novo Estado nascente.

Coube ao Parlamento a função de representar os componentes da sociedade. Ali era o local onde os representantes da comunidade se reuniam para deliberar sobre os seus destinos e elaborar suas leis. Nesse sentido, vislumbra-se uma face democrática, haja vista que as decisões eram tomadas pela maioria dos componentes da sociedade. A função de fiscalizar para preservar a coisa pública era outra atribuição do parlamento, bem como o controle das finanças do Estado.

Bernard Schwartz (1966, p. 74) afirma que mais do que legislar, o Poder Legislativo deve atuar como fórum de expressão das ideias dirigidas aos cidadãos. Por meio de seus representantes no Parlamento, as diversas regiões do país podem se fazer ouvir no plano nacional. Dessa característica de fórum nacional surge o dever de fiscalizar a administração pública.

A dominação do Poder Legislativo como meio de normatização dos anseios sociais deve basear-se em duas idéias que obstaculizam, no entanto, a sua força original de criação: a forma indireta de formação da vontade estatal e o princípio da maioria. De um lado, a representatividade, que confere um certo grau de indefinição de formação na vontade do Estado e de outro a existência do princípio majoritário como meio de se viabilizar a tomada de decisões, pois a demanda por interesses não conflitantes não faz parte do arcabouço legitimador da democracia. É então nesse confronto entre os princípios da representatividade e da maioria com a exigência democrática de liberdade e de distribuição de trabalho, como forma de diferenciação do organismo estatal, que deve se equilibrar o Poder Legislativo no paradigma democrático de Estado (SANTOS, 2007, p. 272 - 273).

Após a Primeira Guerra Mundial, com o surgimento de diversos regimes totalitaristas nos países europeus, observou-se o declínio do Parlamento como o órgão criador do direito. Posteriormente, com a concepção do Estado do Bem Estar Social, o Legislativo foi considerado incapaz de atender às demandas legislativas da sociedade, conforme afirmado por Vianna (1999, p. 18). A morosidade das discussões normativas fez com que o Executivo acabasse por absorver parte dessa função.

Tendo em vista a grande expansão da atuação do Estado e a lentidão do processo legislativo, o Executivo ampliou seu espectro de atuação legislativa. O Estado, ao tomar decisões e ao selecionar políticas públicas, “traduz continuamente em direito suas decisões políticas” (VIANNA, 1999, p. 20). O Poder Judiciário, ao final, é chamado para interpretar essas leis.

No Brasil, tal fato é especialmente verdadeiro. O Executivo vem paulatinamente substituindo o Legislativo em sua função de criação do direito positivo, seja pela necessidade de um tratamento técnico conferido às diversas matérias, seja pela utilização do instrumento da medida provisória, que permite um processo legislativo mais célere e, portanto, mais adequado aos desejos e às necessidades dos detentores do poder.

O Poder Legislativo, por sua vez, tem sido objeto das mais diferentes críticas quanto a sua incapacidade de representar efetivamente uma sociedade de massas e multifacetária. Rousseau já afirmava à impossibilidade de se representar a vontade do povo, já que Deputados e senadores eleitos não serviriam ao povo, mas aos interesses que financiam suas campanhas. Partindo-se desta afirmação, colocam-se em dúvida a objetividade, a neutralidade e o apego ao interesse público dos trabalhos parlamentares. A sociedade democrática, de outro lado, é tão diversa e multifacetada que seria impossível sua efetiva representação em um parlamento. Afinal, “o Estado está em crise; e a sua atuação, em dissonância com o que dele esperam os cidadãos” (RIBEIRO, 2000, p. 296).

Tais críticas justificam-se pelo fato de o próprio Legislativo se ocupar de suas outras funções, especialmente a de fiscalização, em detrimento da função legislativa. Enquanto os

debates normativos são realizados em plenários vazios, as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) tem toda a atenção da sociedade e da mídia. No mesmo sentido é o magistério de José Alfredo de Oliveira Baracho:

Poucos aspectos da autoridade do Congresso têm recebido maior atenção pública, nos anos recentes, do que o poder de investigar. Parece que o principal papel do Congresso chegou a ser o que William Pitt chamou de o grande inquisidor da Nação. Desde a Segunda Guerra Mundial, pelo menos, constantemente parece que o membro do Congresso, em sua qualidade inquisitiva, supera a qualidade de legislador. Woodrow Wilson, em *Congressional Government*, afirmou que a função informativa do Congresso deve estar acima de sua função legislativa (BARACHO, 2001, p. 04).

Uma vez que o próprio Poder Legislativo tem privilegiado a função investigadora em detrimento da legislativa, quem poderá atender às demandas mais urgentes da população? Quem irá se contrapor ao Executivo quando este exerce sua capacidade legiferante como tem feito por meio das medidas provisórias?

2.2 O Poder Judiciário

O Poder Judiciário, ao lado do Executivo e do Legislativo, completa a tríade criada por Montesquieu em seu *Espírito das Leis*. A esse Poder, em tese, caberiam a declaração final do Direito, a defesa da Constituição, a resolução de conflitos entre membros da comunidade e o controle da atuação dos demais poderes, tendo como parâmetro a Constituição. Cabe ao Poder Judiciário promover a aplicação contenciosa da lei. A função jurisdicional define o direito em concreto, perante situações da vida, e abstrato, mediante o controle concentrado de constitucionalidade.

Outra função do Poder Judiciário é realizar o controle da atuação dos demais poderes. O sistema de freios e contrapesos criado com o advento das Constituições modernas exige que a atuação de um Poder seja limitada por outro.

A terceira função do Poder Judiciário se refere ao seu autogoverno. Não obstante a Constituição brasileira, no artigo 99, assegurar autonomia administrativa e financeira a esse poder, o autogoverno do Judiciário ainda pode ser considerado formal, havendo ingerências do Poder Executivo sobre a administração judiciária.

Importante destacar que a atuação do Poder Judiciário está submetida à Constituição e às leis, principalmente no tocante aos direitos fundamentais. A última função do Judiciário se

refere justamente à função de guardião das disposições constitucionais, inclusive quanto à sua concretização:

O Poder Judiciário acha-se também vinculado aos direitos fundamentais, e dessa vinculação resulta-lhe não só o dever de guardar estrita obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, em especial dos direitos fundamentais, seja nas relações entre os particulares e o Poder Público, sejam nas relações tecidas exclusivamente entre particulares (CARVALHO, 2009, p. 1271).

É justamente em conflitos que envolvem direitos fundamentais que se percebem os principais casos de ativismo judicial. O Legislativo tem privilegiado sua função fiscalizadora em detrimento de sua função legislativa. Dessa forma, as demandas da sociedade no que se refere à normatização de diversas condutas não são atendidas. Um exemplo é o pleito dos servidores públicos para a regulamentação de seu direito de greve.

O Poder Executivo, a seu turno, desenvolve e implementa diversas políticas públicas com a finalidade de atender às mais diversas demandas da sociedade. Entretanto, seja pela escassez de recursos, seja pelo seu mau uso, diversas políticas públicas não cumprem seus objetivos finais. O Poder Judiciário é então mobilizado para interpretar e definir as controvérsias dessas políticas públicas. É legítimo o Poder Judiciário determinar alterações nessas políticas do Executivo visando à proteção de direitos fundamentais? Seguindo a clássica teoria da separação dos poderes, a resposta é negativa.

Contudo, a estrita divisão entre os poderes do Estado já começa a ruir com os trabalhos de Hans Kelsen. Enquanto a teoria clássica da separação dos poderes postulava uma “diferença ontológica entre os atos de tais poderes. A diferença era ‘qualitativa’. Kelsen via a distinção tão somente do ponto de vista ‘quantitativo’” (CRUZ, 2004, p. 120 – 121). Para Kelsen, não possível definir as fronteiras entre a atividade de criação e a de aplicação do direito.

A superação do paradigma positivista e o advento da visão principiológica do Direito levaram à valorização dos textos constitucionais. As antigas distinções entre uma postura volitiva e prospectiva da função administrativa e uma postura intelectiva e retrospectiva da jurisdição² estão sendo a todo momento questionadas, pois “legislações abertas exigem que o magistrado complete o direito, reduzindo o poder vinculatório do Legislativo e transformando o juiz em um ‘co-legislador permanente’” (CARVALHO, 2009, p. 1274).

² “Prever, decidir, regular, agir em simultaneidade com os processos econômico-sociais – diante de tais desafios, o Estado social, por definição, não se pode orientar pelo *tempo passado*, e, sim, pelos *tempos presentes e futuro*, assumindo a sua indefinição e determinação”. VIANNA (1999, p. 20).

Nesse cenário, vicejam posturas amplamente favoráveis ao ativismo judicial como forma de solucionar os problemas sociais e de implementar os diversos direitos fundamentais previstos na Carta Magna de 1988.

Cabe aqui uma distinção: muito embora a superação do paradigma positivista permita a postura ativista, esta não se confunde com aquela. Uma visão principiológica e moderna do Direito³ não implica necessariamente uma postura ativista. Não se trata, em absoluto, de um retorno às teses de apoliticidade do trabalho judicial. Consideramos o trabalho de um juiz eminentemente político, na medida em que “o juiz, ao decidir, faz opções em função de argumentos políticos em sentido amplo (filosóficos, ideológicos, sociais, etc.) e não apenas lógicos” (CARVALHO, 2009, p. 1275).

Entretanto, a superação do paradigma positivista, a valorização dos textos constitucionais e, até, as crises vivenciadas pelos Poderes Legislativo e Executivo não tornam o Poder Judiciário competente ou apto a solucionar os graves problemas vivenciados por nossa sociedade.

2.2.1 A Legitimização do Poder Judicial

A função jurisdicional é exercida por magistrados dotados de inúmeras garantias expressas no texto constitucional. O instrumento para o exercício da jurisdição é o processo, que deve respeitar outras tantas regras e condições para seu exercício. Tais regras foram criadas para garantir a independência e a imparcialidade dos julgadores:

A função jurisdicional coloca os juízes unicamente submetidos à lei. A independência judicial, em qualquer de seus aspectos, tem como destinatário o juiz, como administrador da justiça, que exercendo o poder jurisdicional ou a função jurisdicional, aplica a norma ao caso concreto, condição básica da imparcialidade judicial, que vai orientar a objetividade da sentença, constituindo uma garantia essencial para os jurisdicionados (BARACHO, 2008, p. 216).

Essa garantia leva à necessidade da existência de uma jurisdição imparcial e independente de quaisquer interesses políticos em sentido estrito, partidários ou de classe.

Aqui surge a primeira grande indagação a respeito do ativismo judicial: considerando-se que os magistrados não são eleitos para seus cargos - ou seja, não possuem legitimidade popular - seriam eles competentes para determinar as melhores políticas que o Estado pode

³ Expondo entendimento contrário ao aqui defendido, tem-se a argumentação de Dimitri Dimoulis (2006) acerca da atualidade e da vitalidade do positivismo jurídico, principalmente no exterior.

prover a seus cidadãos? Poderiam os magistrados julgar inconstitucional uma lei oriunda dos legítimos representantes do povo?

Tal pergunta será respondida posteriormente. Por ora cabe afirmar que a função jurisdicional é exercida por magistrados nomeados e obedientes à lei. A legitimidade deles não está assentada no respaldo popular. Em outras palavras, “a legitimação democrática do juiz não tem comprometimento com as maiorias” (GOMES, 1997, p. 34) O juiz a nada e a ninguém representa.

Existem no direito comparado diversos métodos de seleção de magistrados. Luís Flávio Gomes (1997, p. 16) menciona três modelos delineáveis de magistratura: o empírico-primitivo, o técnico-burocrático e o democrático.

- a) O Modelo empírico-primitivo caracteriza-se por: inexistência de concurso público; seleção de magistrados feita sem respaldo de critérios técnicos, seguindo o nepotismo; nível de serviço precário; juiz de perfil apolitizado; ausência de grandes discussões jurídicas; e falta de independência senão submissão aos detentores do poder.
- b) O Modelo técnico-burocrático se caracteriza por: seleção de magistrados por concurso público; estrutura hierarquizada e burocratizada do Poder Judiciário; maior preocupação com o funcionamento institucional, tido como “adequado”, e não com as desigualdades sociais ou com a democracia substancial; o juiz mantém seu perfil apolítico e possui independência apenas formal e alto apego à jurisprudência consagrada.
- c) O Modelo democrático contemporâneo se caracteriza por: seleção dos juízes pautada por aspectos técnicos; confere-se primazia ao controle de constitucionalidade e ao perfil politizado de magistrado; e existe efetiva independência do Judiciário em relação aos demais poderes da República.

Gomes (1997, p. 19) alerta que a magistratura de nenhum país se encaixa perfeitamente nos modelos delineados. Ele classifica a magistratura brasileira como técnico-burocrática. José Renato Nalini (2008) descreve a crise pela qual passa o Judiciário brasileiro como decorrente da exaustão desse modelo, propondo mudanças que possibilitem a alteração desse quadro.

O Brasil, nos termos do art. 93, I, da Constituição de 1988, adotou, de forma geral, o método da nomeação por aprovação em concurso público. Dessa forma, a legitimidade dos

magistrados para o exercício da jurisdição se assenta em seu preparo técnico-jurídico para o exercício da jurisdição. Em outras palavras, “sua legitimidade democrática encontra-se assentada na exclusiva sujeição dos juízes às leis emanadas da vontade popular” (BARACHO, 2008, p. 225).

Enquanto os representantes do povo se respaldam na legitimação democrática representativa baseada nas eleições diretas, os magistrados buscam a legitimação democrática legal, racional ou formal (GOMES, 1997, p. 120), que reside na vinculação à lei e à Constituição.

Contudo, mais do que apenas a sujeição às leis do Parlamento, a magistratura retira sua legitimidade da percepção social de sua independência diante dos demais poderes e da transparência de suas decisões. Apesar do dever de motivação e das audiências públicas, a transparência no Poder Judiciário pode avançar com a atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e das Corregedorias, além de maior democratização nas eleições para os órgãos de cúpula dos tribunais e a adoção de critérios claros e objetivos na seleção e promoção de magistrados.

A independência do juiz, como valor do Estado Democrático de Direito, significa sua sujeição não apenas às leis, mas principalmente, à Constituição. Como garantia, a independência dos juízes conta com os mecanismos previstos no art. 95 da Constituição brasileira.

A independência e a imparcialidade dos magistrados, bem como o método eleito pelo legislador constitucional para a seleção do corpo de magistrados, entretanto, implica baixa participação popular nos desígnios do Judiciário.

O acesso dos cidadãos à Justiça, de outro lado, deve ser amplo e garantido a todos os cidadãos. Contudo, a participação da população é meramente passiva, informando os problemas da sociedade aos juízes e solicitando soluções. Não existem meios de efetiva participação dos cidadãos na administração da justiça.

Assistiu-se, recentemente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a criação e a realização de inúmeras audiências públicas. Tais audiências servem para instruir os magistrados das demandas, interesses e desejos da população sobre determinado tema em pauta de julgamento. Embora a iniciativa seja louvável, ainda não resolve a questão da participação popular no Judiciário.

2.2.2 A Responsabilidade dos Juízes

A noção de responsabilidade implica a ideia de resposta: atribuição de um fato ou circunstância a um responsável e dever de responder perante a ordem jurídica. Dessa forma, a ordem jurídica atribui um fato a um responsável, que, por sua vez, é obrigado a responder pelas consequências de seus atos.

A administração pública responde objetivamente pelos atos que causa. Os agentes políticos (deputados, senadores e agentes do Executivo) são responsabilizados pelo sistema das eleições. Em tese, os políticos que não satisfazem os anseios da população não terão seus mandatos renovados pelo voto popular.

O ordenamento anglo-saxônico confere imunidade a seus magistrados. O sistema brasileiro, ao contrário, determina sua responsabilização apesar de os juízes terem sua responsabilidade bastante limitada pelo ordenamento jurídico. Os atos jurisdicionais típicos são, em princípio, insuscetíveis de redundar na responsabilidade civil do Estado. Tais atos seriam protegidos por dois princípios: o da soberania do Estado e o da recorribilidade.

- a) Princípio da soberania do Estado - informa que os atos jurisdicionais são a expressão da própria soberania e, portanto, não se pautam pelas regras comuns de responsabilidade; e
- b) Princípio da recorribilidade - indica que se um ato jurisdicional prejudica uma parte ela possui mecanismos processuais para revisá-lo.

Ademais, os magistrados não contam com sistemas de respaldo popular em sua nomeação, o que lhes garante imparcialidade. Desta forma, os atos jurisdicionais somente ensejam a responsabilidade do Estado em caso de condutas dolosas dos magistrados e condutas culposas em âmbito penal.

Os magistrados, por sua vez, podem ser responsabilizados pela via penal, pela via disciplinar, “através de punições, em decorrência de infrações no desempenho de suas funções” (BARACHO, 2008, p. 226) e pela via civil em caso de dolo.

Pode-se afirmar que a principal forma de controle e de responsabilização da magistratura reside em sua vinculação à lei e à Constituição, o que impossibilita o uso alternativo do direito (GOMES, 1997, p. 44); ou seja, a substituição dos critérios legais pelos parâmetros pessoais do magistrados no momento do julgamento.

Não existe um mecanismo no sistema brasileiro por meio do qual a população possa mensurar e avaliar a conduta de um magistrado. Ao contrário dos agentes políticos, que periodicamente devem buscar o respaldo de suas ações no voto popular, os magistrados contam apenas com o controle do Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional 45 / 2004. Contudo, esse órgão não conta com a participação popular e seus membros também não são eleitos pelo sufrágio universal, mas sim nomeados por autoridades. Desta forma, a falta de mecanismos de responsabilização dos magistrados também é um elemento dificultador de sua postura ativista. As políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Judiciário não contam com o respaldo popular. Há de se perguntar: tais políticas correspondem aos melhores interesses da população?

2.3 A Teoria das Funções do Estado

Importante mencionar que, com respaldo em uma concepção moderna, não se fala mais em separação dos poderes do Estado, mas sim em separação de funções dele. Legislação, administração e jurisdição são tidas como funções do mesmo poder estatal. “Essas formulações teóricas acerca das funções jurídicas do Estado vêm sendo desenvolvidas e sustentadas pela esmagadora maioria dos mais renomados publicistas, em substituição à decrépita teoria da separação ou tripartição dos poderes estatais” (DIAS, 2010, p. 14).

O fundamento da concepção jurídica de Estado está na unidade de seu poder. Juízes e tribunais, ao exercerem suas funções, o fazem com base na soberania estatal. Esta soberania, por sua vez, está limitada pelas regras constitucionais e pelos direitos e pelas garantias fundamentais. “Neste viés, não existe órgão estatal soberano” (DIAS, 2010, p. 14). Em outras palavras, a soberania estatal não é ilimitada, mas restringida pelas regras e direitos constitucionais.

Essa abordagem das funções do Estado critica a expressão “separação de poderes”, a qual em nada contribuiria para esclarecer a divisão de funções em um Estado Democrático de Direito, conforme elucida Dias:

Realmente, ao se ler a obra de Montesquieu, que o vem imortalizando por séculos, publicada em 1748, depois de lhe consumir vinte anos de grande trabalho, percebe-se que aquele autor não concebeu uma teoria da separação dos poderes absoluta ou rígida dos poderes do Estado, mas desenvolveu a idéia de que as três espécies de poder fossem distribuídas de forma obediente ao princípio do equilíbrio, com o objetivo de se garantir a liberdade individual.

[...]

Montesquieu sequer pronunciou a expressão “separação de poderes” em seu monumental *De l'esprit de lois*. (DIAS, 2010, p. 15 - 19)

Dessa forma, a técnica da separação dos poderes, mesmo em sua concepção original de Montesquieu, conforme ensina Dias (2010), baseava-se na contenção do poder pelo poder, atendendo ao princípio do equilíbrio, para se garantir a liberdade dos cidadãos diante do Estado. Portanto, o Estado deve ser concebido como a ordenação de várias funções atribuídas a diferentes órgãos, cada um com suas competências distinguidas pela Constituição e pelas leis. Não há uma separação rígida de poderes, mas mera distinção de funções.

Ocorre que a separação de poderes ou de funções, tal como concebida por Montesquieu em sua concepção clássica, visava à limitação do poder do Estado e à garantia das liberdades individuais. A teoria clássica nada menciona acerca da omissão do Estado em prestar seus serviços à população e da invasão de competências, em que um órgão passa a agir no âmbito funcional de outro.

Resta claro que a concepção clássica da teoria de separação dos poderes do Estado não é suficiente para resolver os graves problemas enfrentados pela ordem jurídica atual.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Jurisdição é a atividade estatal mediante a qual o Estado substitui a vontade da partes em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação, observando-se os comando constitucionais e as leis. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2010, p. 32) define jurisdição como atividade-dever do Estado prestada pelos órgãos competentes indicados no texto da Constituição, somente exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional. “É uma das maiores manifestações da soberania de um Estado” (SAMPAIO, 2002, p. 21). Por meio da jurisdição, o Estado declara o direito aplicável ao caso concreto; ou seja, declara a norma que incide sobre o conflito das partes.

A jurisdição deve ser desenvolvida por meio de um processo que preserve os direitos e as garantias constitucionais como “forma de afirmar a legitimidade democrática dos pronunciamentos jurisdicionais feitos no processo” (DIAS, 2010, p. 33). Portanto, o processo deve respeitar os direitos e as garantias constitucionalmente consagrados, sob pena de ser considerada uma atividade ilegítima. O respeito ao contraditório é essencial pois possibilita aos interessados a participação no processo que culminará com a decisão do órgão do Estado.

A jurisdição ordinária se distingue da jurisdição constitucional uma vez que esta cuida dos assuntos de natureza constitucional e aquela se debruça sobre os demais conflitos existentes na sociedade. Não obstante, a doutrina registra dificuldades para definir propriamente o que significa matéria constitucional.

Hodiernamente, a jurisdição constitucional pode ser entendida como “atividade jurisdicional exercida pelo Estado objetivando tutelar o princípio da supremacia da Constituição e o de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana nela estabelecidos” (DIAS, 2010, p. 44). Dessa forma, fica clara mais uma característica da jurisdição constitucional: a defesa da supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias. Em última instância, a jurisdição constitucional é a garantia da efetividade da Constituição.

Em princípio, a expressão *jurisdição constitucional* denotava a atividade jurisdicional voltada “ao exame da matéria constitucional afeta ao Estado, com a finalidade de se efetuar o controle de constitucionalidade das leis ordinárias e dos atos estatais que estivessem em contrariedade aos preceitos constitucionais” (DIAS, 2010, p. 44). Contudo, conforme preconiza Teori Albino Zavascki (2001, p. 13-14), a ideia de inconstitucionalidade não está limitada ao cotejo da norma diante da Constituição. Em outras palavras, cometer inconstitucionalidades não é privilégio do legislador. Aliás, nem mesmo é prerrogativa dos

agentes públicos. Ante esta constatação, amplia-se o objeto da Jurisdição constitucional que passa a analisar outras atividades do Estado e até mesmo de particulares.

Por outro lado, a doutrina constatou que não seria suficiente consagrar os direitos fundamentais nos textos constitucionais sem dotá-los de garantias processuais ou de formas de exercício perante os tribunais, recorrendo ao exercício da jurisdição constitucional para efetivar direitos fundamentais em situações concretas. Mauro Cappelletti (1992, p. 23) afirma que a jurisdição constitucional não se identifica com o controle de constitucionalidade, sendo este apenas um dos vários aspectos daquela. Alexandre de Moraes (2003, p. 66) identifica cinco ramos de competência: o controle de constitucionalidade; proteção aos direitos fundamentais; controle das regras da democracia representativa e participativa; controle do bom funcionamento dos poderes públicos; e equilíbrio da federação. Fazem parte da jurisdição constitucional todas as demais ações constitucionais voltadas a garantir os direitos consagrados na Carta política. Não obstante as especificidades destas ações, todas buscam tutelar a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico. No mesmo sentido, Teori Albino Zavascki (2001, p. 21) define jurisdição constitucional como toda atividade jurisdicional que tenha por matéria de trato a interpretação e a aplicação da Constituição.

Com a superação do paradigma positivista e a revalorização do regime democrático e das Cartas Constitucionais, o objeto da jurisdição constitucional tende a crescer e a se expandir, “açambarcando hoje os conflitos de atribuição entre órgãos constitucionais e federativos, além do contencioso eleitoral” (SAMPAIO, 2002, p. 22). As próprias atividades do Estado são a origem de inúmeros conflitos constitucionais.

Ocorre que matérias antes relegadas à legislação ordinária passaram a ser contempladas pelas Constituições com o advento das cartas analíticas e amplas do século XX. A Carta Magna brasileira de 1988 pormenoriza as mais diversas matérias e é um exemplo de Constituição analítica. A jurisdição constitucional, por conseguinte, também abarca as mais diferentes matérias. A este título recorro novamente a Sampaio:

Uma concepção extremamente larga de “jurisdição constitucional” chegaria a reunir todos os mecanismos constitucionais de formação e execução, no plano de sua relevância constitucional, das opções jurídico - políticas, induzidos e disciplinados pelas normas constitucionais, atraindo, pelo menos potencialmente, todos os atores da peça política representada no cotidiano da vida nacional (SAMPAIO, 2002, p. 23).

Não obstante o aumento das matérias submetidas à jurisdição constitucional, é possível identificar um elemento comum: “a função da tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional” (CAPPELLETTI, 1992, p. 25).

O controle de constitucionalidade é a mais importante manifestação da jurisdição constitucional. Pode ser judicial, ou seja, “confiado a órgãos judiciários, exercendo uma função jurisdicional” (CAPPELLETTI, 1992, p. 26), ou político, exercido por órgãos não judiciários. Um exemplo de país que adota um controle de constitucionalidade do tipo político é a França. Outro exemplo de controle político é dado pelo Itália, cujo presidente pode suspender a promulgação de leis consideradas inconstitucionais e pedir a deliberação das Câmaras (CAPPELLETTI, 1992, p. 30-31). O veto jurídico do presidente da República no processo legislativo brasileiro é mais um exemplo de controle político e preventivo de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade judicial pode ser prestado tanto na forma concentrada, sendo exercida por uma Corte Constitucional ou por uma Suprema Corte, quanto na forma difusa, sendo exercida pelos juízos ordinários. O Brasil adota o modelo misto de controle de constitucionalidade, pois a jurisdição constitucional é exercida tanto pelo STF quanto pelos juízos ordinários.

Por meio do sistema difuso, o controle de constitucionalidade é feito de forma concreta e incidental, pode ocorrer em qualquer processo e depende de iniciativa das partes. Na jurisdição concentrada, o rol dos legitimados consta do art. 103 da Constituição da República de 1988. Nesse caso, a apreciação da inconstitucionalidade ocorre em abstrato, com eficácia para todos. Apreciando essas características, Dias categoricamente afirma:

A coexistência tradicional, democrática, e benfazeja desses dois modelos, no sistema constitucional brasileiro, permitindo o exercício da jurisdição constitucional, ao mesmo tempo, em sede difusa ou concentrada, conduz as seguintes afirmações conclusivas: 1º) no Brasil, a rigor, toda jurisdição é constitucional, pois os órgãos jurisdicionais, quaisquer que sejam, não só podem como devem apreciar e decidir as questões constitucionais suscitadas em qualquer processo, nos casos concretos levados à apreciação para julgamento; 2º) a partir daí, lógica e conseqüentemente, todos os órgãos jurisdicionais são (ou devem ser) órgãos da jurisdição constitucional (DIAS, 2010, p. 47).

A jurisdição constitucional é o instrumento de socorro do cidadão perante as omissões do Estado. Não havendo a devida prestação de serviços por parte da administração pública, o cidadão pode se socorrer ao Judiciário por meio da jurisdição constitucional.

Nos últimos anos, a jurisdição constitucional tem sido o instrumento mais utilizado pelos magistrados para desenvolver suas posturas ativistas, chegando a determinar, por meio

do processo, políticas públicas de saúde exigindo que o Estado forneça medicamentos aos cidadãos, por exemplo. É inegável que o exercício da jurisdição constitucional pode despertar um confronto institucional entre os Poderes do Estado.

3.1 O Judicial Review

O *judicial review* tem suas origens remotas nas tradições das treze colônias norte-americanas. Álvaro Ricardo Souza Cruz (2004, p. 87) aponta que os EUA possuíam diversos precedentes que afirmavam o controle de constitucionalidade das leis. Contudo, foi com a célebre decisão do caso *Marbury vs. Madison* (ESTADOS UNIDOS, 1803), prolatada pelo *chief justice Marshall*, que o controle difuso tornou-se uma realidade. “A autoridade dos tribunais americanos para rever a constitucionalidade das leis não se origina de qualquer delegação expressa na Constituição” (SCHWARTZ, 1966, p. 24). Ronald Dworkin (2005, p. 41) afirma que esta instituição é, a mesmo tempo, orgulho e enigma da doutrina jurídica estadunidense. Esse poder foi assumido pela própria Corte Suprema naquela ousada decisão. José Adércio Leite Sampaio elucida sobre os detalhes do caso:

O caso era politicamente complicado. O Presidente da República, *John Adams*, contrariado com a vitória nas urnas de *Thomas Jefferson*, começara a colocar aliados seus em postos importantes do poder, especialmente no Judiciário. Seu Secretário de Estado, *Marshall*, um militar com uma passagem rápida por um curso de Direito, fora guindado ao cargo de Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos e, no apagar das luzes de seu mandato presidencial, inúmeros outros concidadãos foram designados para vários cargos judiciais (os *midnight judges*). Tudo tão as pressas que muitos não haviam sequer notificados da nomeação. *Jefferson* resolveu não reconhecer essas nomeações, ensejando que um nomeado de nome *Marbury*, ingressasse na Suprema Corte com um *writ of mandamus*, exigindo sua efetivação. *Marshall* resolveu não enfrentar uma possível resistência do novo governo a uma decisão contrária da Suprema Corte e indeferiu o *mandamus*; todavia, lançou as bases de uma doutrina que seria fadada, desde então, a ser repetida dentro e fora dos Estados Unidos (SAMPAIO, 2002, p. 313).

Neste caso, *Marshall* reconheceu densidade normativa à Constituição e a estabeleceu como parâmetro para as outras normas do ordenamento jurídico. Com o passar do tempo, o sistema americano foi adotado pelos mais diversos países.

Pela lição de *Marshall*, é função de todos os juízes interpretar as leis para sua aplicação diante de casos concretos. Conflitos entre as disposições normativas devem ser resolvidos pelo juiz. Tratando-se de conflitos entre as normas ordinárias e a Constituição predomina o critério *lex superior derogat legi inferior*. “A norma constitucional, quando a

Constituição seja ‘rígida’ e não ‘flexível’, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante” (CAPPELLETTI, 1992, p. 75).

Para Bernard Schwartz (1966, p. 26), a teoria americana do controle de constitucionalidade cria uma verdadeira hierarquia entre os poderes legisladores do Estado. No ápice dessa hierarquia se encontra a Assembleia Constituinte, detentora do Poder Constituinte Originário, seguidos pelos representantes eleitos pelo povo para o Parlamento e, por último, pelo Executivo. A supremacia da ordem constitucional deve ser garantida pelo Judiciário.

Em caso de conflito normativo entre uma lei e a Constituição, o juiz deve aplicar ao caso concreto esta última. O controle de constitucionalidade é realizado de modo incidente ao caso concreto e na medida em que seja relevante para este caso. O controle de constitucionalidade ocorre em relação a atos normativos federais, estaduais e municipais (MORAES, 2003, p. 95).

No método americano, o controle de constitucionalidade é atribuição de todos os juízes, o que poderia levar à aplicação de um diploma legal em um caso e a sua não aplicação em outro.

A introdução, nos sistemas de civil Law, do método “americano” de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional (CAPPELLETTI, 1992, p. 77).

Esse conflito entre diversos órgãos do Judiciário seria fonte de insegurança jurídica no sistema da *Civil Law* por faltar a este o instrumento da *stare decisis*, que obriga a vinculação dos tribunais inferiores e das autoridades administrativas aos precedentes das cortes superiores. A própria Suprema Corte não se encontra vinculada a seus precedentes, podendo haver mudanças de orientação e superação de decisões passadas.

“O princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia erga omnes” (CAPPELLETTI, 1992, p. 81). Essa inconveniência é um dos motivos da adoção do controle abstrato de constitucionalidade por diversos países. Importante salientar que mesmo nos EUA, “somente em casos excepcionalíssimos o juiz americano de primeiro grau exerce essa competência, que de resto acaba sendo reservada, na prática, para os tribunais superiores” (MORAES, 2003, p. 101).

No Brasil, seguindo a lição norte-americana, o controle difuso de constitucionalidade pode ser realizado por qualquer juiz. Contudo, tratando-se de tribunal, nos termos do art. 97 da Constituição brasileira de 1988, a inconstitucionalidade só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu respectivo órgão especial. É a chamada “cláusula de reserva de plenário”. De modo que, no Brasil é possível a um tribunal, ao decidir um caso concreto, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. A partir dessa decisão, o Senado Federal poderá ser oficiado, nos termos do art. 52, X, da Constituição da República para suspender a execução da lei considerada inconstitucional pelo STF. Tal procedimento imprime à decisão inter partes efeito *erga omnes*.⁴

3.1.1 As Decisões Judiciais no Controle Concreto de Constitucionalidade

As decisões judiciais nos casos de controle concreto de constitucionalidade declaram a inconstitucionalidade de uma dada norma de forma incidental ao caso concreto como forma de obter a melhor solução jurídica para o conflito real exposto no processo judicial. A força vinculante dessas decisões é limitada às partes. Ou seja, a certificação judicial da existência ou inexistência de determinado direito tem sua eficácia subjetiva limitada àqueles que figuraram no processo judicial, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

Para Teori Albino Zavascki (2001, p. 26), a depender da conclusão obtida pelo julgador naquele caso concreto, a decisão pode ganhar contornos diferenciados, por envolver preceitos constitucionais com características de generalidade. Dessa forma, uma decisão, mesmo exarada em sede de controle concreto de constitucionalidade, pode colocar em xeque a validade de uma dada norma no ordenamento jurídico. Isso ocorre principalmente em face do princípio da igualdade, que determina tratamento igual para jurisdicionados em situação similar, e do princípio da segurança jurídica, diante da impossibilidade de julgar uma mesma lei constitucional em um caso e inconstitucional em outro. Dessa forma, “as decisões a respeito da legitimidade das normas têm vocação natural para assumir uma projeção expansiva, para fora dos limites do caso concreto” (ZAVASCKI, 2001, p. 26).

⁴ Gilmar Ferreira Mendes (2004) defende a mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88 para que as decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade já tenham efeito transcendente, servindo à resolução do Senado para a publicidade desta decisão.

Nos EUA, o princípio do *stare decisis* atribui eficácia *erga omnes* aos julgados da Suprema Corte, resolvendo esses problemas. Nos países que adotam a *Civil Law*, as mesmas dificuldades inspiraram a criação do controle abstrato de constitucionalidade.

No Brasil, que detém forte tradição no exercício do controle concreto de constitucionalidade, esses efeitos foram contornados com a adoção do controle abstrato de constitucionalidade e, mais tarde, da súmula vinculante.

3.2 O Controle de Constitucionalidade em França

A França revolucionária era extremamente desconfiada de seus juízes, uma vez que os magistrados franceses eram aliados e contribuintes do regime absolutista. Com efeito, ainda hoje é famosa a frase revolucionária que qualifica os magistrados de seu tempo de “bárbaros de toga”. Ademais, as ideias de poder supremo e a vontade geral, tão caras à Revolução, só poderiam ser expressas pela Assembleia Nacional. Portanto, na França o predomínio da Constituição era espelhado no predomínio do Parlamento, o verdadeiro guardião dos valores revolucionários, em detrimento de um corpo de magistrados mais identificados com o velho regime absolutista. “Dessa forma, para o constituinte francês, a instituição de um controle de constitucionalidade seria inútil, pois a lei, enquanto manifestação da soberana vontade popular, não poderia ser injusta ou inconstitucional” (MORAES, 2003, p. 137).

O ideal de separação dos poderes, exaltado pelos revolucionários franceses, é visto como a única forma de evitar o abuso e a opressão. Ele dita a impossibilidade de qualquer interferência do Judiciário nas atividades legislativas.

Como consequência dessa postura, o controle judicial de constitucionalidade nunca prosperou realmente entre os franceses, tendo sido arquivados “todos os projetos iniciais de controle de constitucionalidade” (SAMPAIO, 2002, p. 33). Por razões históricas e ideológicas, os franceses sempre rejeitaram a ideia de controle judicial de constitucionalidade, dando maior prevalência ao controle político.

Portanto, o controle de constitucionalidade na França tem caráter político, e não judicial, ao contrário do que ocorre em outros países, como os EUA e Brasil.

A Constituição francesa de 1946 criou um Comitê Constitucional para analisar os casos de inconstitucionalidade. “No entanto, a consagração jurídica e política do controle de constitucionalidade na França ocorreu com a promulgação da Constituição da 5ª República” (MORAES, 2003, p. 138). A Constituição francesa de 1958 atribuiu ao *Conseil Constitutionnel* a função de realizar o controle de constitucionalidade. Tal órgão “é composto

dos ex-Presidentes da República e de outros nove membros, três dos quais nomeados pelo Presidente da República, três, pelo Presidente da Assemblée Nationale, e três, pelo Presidente do Sénat” (CAPPELLETTI, 1992, p. 27-28). Os ex-presidentes compõem o Conselho como membros natos e, de forma vitalícia, sendo que os membros escolhidos cumprem mandato de nove anos. O presidente do Conselho é escolhido pelo presidente da República em exercício dentre os membros que o compõe.

O controle de constitucionalidade ocorre de forma preventiva. O texto de uma lei ou tratado ainda não promulgado, por provocação do governo ou do presidente de qualquer das Casas Legislativas, é enviado ao Conselho para a aferição de sua constitucionalidade. É obrigatório o envio das chamadas “leis orgânicas”, que tratam da organização dos poderes públicos.

A decisão do Conselho é tomada por maioria de votos em um procedimento secreto, sem audiências, contraditórios ou partes. Se a decisão declara a inconstitucionalidade da lei, esta não mais poderá ser promulgada, “senão depois da revisão da Constituição” (CAPPELLETTI, 1992, p. 28). As decisões do Conselho Constitucional são inapeláveis e possuem efeitos *erga omnes* e vinculantes, obrigando a todos os poderes públicos, autoridades administrativas e judiciais.

Resta clara a natureza não jurisdicional do controle de constitucionalidade francês, já que é exercido por órgão de natureza política, e não jurisdicional e atua em caráter necessário e preventivo.

3.3 O Controle Abstrato de Constitucionalidade

No início do século XX, na Alemanha, seria reformulada a ideia de controle de constitucionalidade. “É que a experiência federalista de alguns países europeus havia provocado o aparecimento de novas formas de solução jurisdicional de conflitos constitucionais, na tentativa de harmonizar ou conciliar as ordens centrais e locais de poder”. (SAMPAIO, 2002, p. 36). Neste esforço de harmonização, a Constituição austro-húngara de 1869 e a alemã de 1871 criaram a “Justiça do Estado”.

Hans Kelsen, contrariando a tese de Carl Schmitt que previa que o chefe do Executivo, ou seja, o presidente do *Reich* alemão, deveria ser a autoridade competente para velar pela Constituição, vislumbrou o sistema concentrado de constitucionalidade como forma de preservar os valores democráticos pelo o Direito. Kelsen buscou rejeitar concepções metafísicas do Direito. As ciências deveriam se limitar à descrição de seu objeto. Dessa

forma, o Direito deveria se limitar à descrição dos ordenamentos jurídicos. O controle abstrato, como concebido, visava preservar as disposições constitucionais, tal como previamente concebido pelo Poder Constituinte Originário. “A Constituição era vista como o ápice de qualquer modelo normativo” (CRUZ, 2004, p. 114).

Nesse sistema, a norma constitucional passou a ser fundamento de validade da norma infraconstitucional e sua proteção é atribuída a um tribunal especial, criado especialmente e fora da estrutura jurisdicional ordinária, cuja incumbência era realizar exclusivamente o controle de constitucionalidade. Ao se confrontar com uma questão relevante de constitucionalidade, o juiz ordinário deve suspender o processo e submetê-lo à apreciação da Corte Constitucional.⁵ O controle também pode ser instaurado por alguns órgãos do Estado, nominalmente apontados pela Carta Constitucional. Desse modo, o controle de constitucionalidade é realizado de forma totalmente desvinculada de casos concretos. “Tentava-se, dessa forma, estruturar racionalizadamente uma jurisdição constitucional, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, buscava-se refrear a tendência crescente na Europa de um governo de juízes” (SAMPAIO, 2002, p. 38).

O controle definido por Kelsen se espalhou com rapidez pelos países europeus. Após a Segunda Guerra Mundial, foi adotado por inúmeras nações dentro e fora do Velho Continente.

No Brasil, a Emenda Constitucional 16, de 1965, introduziu, ao lado da representação interventiva, um sistema de controle de constitucionalidade de normas federais e estaduais de competência do STF. “O instituto [...] tinha por escopo [...] alcançar maior economia processual mediante decisão direta do Supremo Tribunal Federal, reduzindo a sobrecarga de trabalho dos Tribunais inferiores” (MENDES, 2005, p. 68).

O procurador-geral da República exercia, nessa modalidade de ação, o papel de defensor da ordem constitucional, cabendo-lhe, exclusiva e discricionariamente, a iniciativa de iniciar o processo. “Ao contrário da representação interventiva, que pressupõe um interesse da União na preservação de princípios fundamentais da ordem federativa, o controle abstrato de normas independe de qualquer interesse específico, sendo-lhe estranha mesmo a ideia de interesse jurídico a ser protegido” (MENDES, 2005, p. 69).

Nessa perspectiva, não se confundiam as atribuições do procurador-geral da República. Na representação de intervenção, observam-se os interesses da União na preservação da Federação. No controle abstrato de normas, representava os interesses de toda

⁵ Mauro Cappelletti (1992, p. 105-106) anota que na configuração inicial da Constituição Austríaca de 1920 a Corte Constitucional só poderia ser provocada por órgãos políticos indicados na Constituição. Apenas com a Lei de Revisão da Constituição de 1929 a Corte Suprema recebeu legitimação para instaurar perante a Corte Constitucional o processo de controle das leis.

sociedade em preservar as disposições constitucionais. “É interessante notar que, sem se inspirar diretamente em Kelsen, o legislador constituinte brasileiro acabou, um tanto casualmente, por positivar a idéia de um advogado da Constituição” (MENDES, 2005, p. 83). Por meio dessa modalidade de controle de constitucionalidade, buscou-se a declaração da incompatibilidade da lei independentemente da existência de um caso concreto.

Enquanto o país experimentava uma plena ditadura, foi implementado um instrumento de controle de constitucionalidade, sem maiores noções das revoluções que esta ferramenta poderia causar. Neste período, faltou independência ao procurador-geral da República e ao STF na utilização da nova espécie de controle de constitucionalidade. “Não raro, limitava-se o Procurador-Geral da República a encaminhar, ao Tribunal, requerimento formulado por um órgão constitucional ou por qualquer cidadão, aderindo aos fundamentos expendidos” (MENDES, 2005, p. 81). Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 81) informa que no ano de 1966 foram instauradas apenas 22 ações diretas de inconstitucionalidade, a maioria se tratando de temas banais, como a criação de municípios e a admissão de funcionários.

A criação do controle abstrato de normas, ao lado do controle concreto, já existente no país desde a Constituição de 1891, que lhe conferiu função supletiva e corretiva, permitindo ao STF alterar situações de grande insegurança jurídica ou que causavam grande aumento de processos.

A Constituição de 1988 manteve o controle abstrato de normas no Direito brasileiro, aumentando seu rol de legitimados. Atualmente, o art. 103 da Constituição da República dispõe que são legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade: o presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o governador de estado ou do Distrito Federal, o procurador-geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Para alguns dos co-legitimados (Mesa da Assembleia Legislativa, governador de estado e confederações sindicais ou entidades de âmbito nacional) é exigida pertinência temática, definida como “relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação” (MORAES, 2003, p. 233).

A ampliação do rol de legitimados reforça essa espécie de controle e transforma o STF em palco de discussão dos mais diferentes temas que afetam a sociedade brasileira. “Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o

constituente por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade” (MENDES, 2005, p. 89).

Portanto, muito embora hoje se encontrem vigentes no Brasil, ambas as espécies de controle de constitucionalidade de normas - a ampliação do rol de legitimados e o aumento das ações diretas de inconstitucionalidade - transformaram o controle abstrato em uma das principais ferramentas para a discussão e a implementação de direitos no Brasil.

Em 1993, por meio da Emenda Constitucional 3, foi introduzida no sistema brasileiro a ação direta de constitucionalidade de competência do STF. O novo instrumento não inovou, uma vez que já era reconhecido à ação direta de inconstitucionalidade caráter dúplice. Contudo, essa ação tem se revelado importante ferramenta utilizada pelo governo na defesa de seus interesses. A emenda nº 03 também previu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Em 1999, o advento das Leis 9868 e 9882 também conferiram importância ao tema da Jurisdição Constitucional. A lei 9882 regulamentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como mais uma ação de controle concentrado de constitucionalidade no Direito brasileiro, visando evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Carta Constitucional resultante de ato do Poder Público.

A Lei 9868 regulamentou o processamento das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC).

A defesa da norma constitucional foi atribuída ao advogado – geral da União, “pois atua como curador especial do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos” (MORAES, 2003, p. 237). O procurador-geral da República exerce função fiscalizadora. A decisão é tomada pelo plenário do STF, exigindo-se quórum mínimo de oito ministros.

A Constituição da República ainda prevê a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade por omissão de medida que torna efetiva norma constitucional. “Na conduta negativa consiste a inconstitucionalidade” (MORAES, 2003, p. 240). Diante do comando constitucional que exige a ação do Poder Público, este queda-se inerte, deixando de dar eficácia à norma constitucional.

3.3.1 As Decisões Judiciais no Controle Abstrato de Constitucionalidade

O advento do controle de constitucionalidade abstrato transformou a cúpula do Judiciário em palco de discussão de temas nacionais, levando o Poder Judiciário a invadir a

seara antes reservada ao Legislativo. “Kelsen, por influência da Corte americana, já admitira que os precedentes judiciais seriam uma forma de legislação política dos tribunais. Contudo não previu o enorme crescimento desse ‘espaço legislativo’ das Cortes Constitucionais” (CRUZ, 2004, p. 125).

Inicialmente, o STF limitava-se à declaração de nulidade das leis consideradas inconstitucionais. “Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição” (MENDES, 2005, p. 318). Não havia efeito *erga omnes*. O Tribunal deveria informar o Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade. Cabia a esta casa decidir sobre a suspensão do diploma legal inconstitucional. Somente em 1977 é que o STF conferiu à suas decisões o efeito *erga omnes*. A partir daí, a declaração abstrata de inconstitucionalidade de um preceito normativo irradiou efeitos para todos os possíveis destinatários da norma.

A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei também detém efeitos *ex tunc*. Os atos praticados com base em uma lei inconstitucional também são assim considerados. Dessa forma, cabe ao STF no processo de análise da constitucionalidade de leis, o papel de legislador negativo.

A declaração de inconstitucionalidade tem o condão de desfazer, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*) (MORAES, 2003, p. 270).

Para Álvaro Ricardo Souza Cruz (CRUZ, 2004, p. 126), o papel da Corte Constitucional não se limita ao legislador negativo. Os fundamentos da decisão da corte se tornam um indicativo para a redação de novas leis, bem como da atividade do Poder Judiciário. Existe, portanto, um efeito legislativo positivo.

As decisões em sede de controle de constitucionalidade ainda são dotadas de efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Em relação ao legislador, o efeito vinculante existe para “impedir que editem novas normas com idêntico conteúdo ao daquela anteriormente declarada inconstitucional; ou, ainda, normas que convalidem os efeitos da norma declarada inconstitucional ou anulem os efeitos da decisão do STF” (MORAES, 2003, p. 273). Teori

Albino Zavascki (2001, p. 53-54) afirma que o efeito vinculante da decisão em sede de controle abstrato de normas é efeito natural do sistema de controle de constitucionalidade.

O papel de legislador negativo, contudo, tem sofrido modificações. A Suprema Corte dos EUA passou a adotar após a Grande Depressão a possibilidade de estabelecer limites às declarações de inconstitucionalidade. A Corte Constitucional alemã, da mesma forma, já em 1954, admitia a afirmação de “que a lei se encontra em processo de inconstitucionalização, recomendando ao legislador, por isso, que procedesse de imediato às correções reclamadas” (MENDES, 2005, p. 327). Desde 1970, o Tribunal alemão admite a possibilidade de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. Em outros termos, a lei, mesmo considerada inconstitucional, continuaria provisoriamente sendo aplicada.

O próprio STF tem contribuído para o desenvolvimento de diferentes técnicas e efeitos para as decisões declaratórias de constitucionalidade. Os casos de omissão do legislador foram especialmente desafiadores à jurisprudência do STF.

O art. 27 da lei 9868/99 permite que o STF, por maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Assim, é possível ao Tribunal decidir, em casos especiais, sobre a limitação de suas decisões. “Com o advento do art. 27 da Lei 9868/99 invocava-se, não raras vezes, fundamento de segurança jurídica para impedir a repercussão da decisão de inconstitucionalidade sobre as situações jurídicas concretas” (MENDES, 2005, p. 337). Desse modo, é possível que sejam limitados os efeitos da decisão do STF, seja para afastar a incidência desta decisão de casos já consolidados, seja para eliminar efeitos represtinatórios indesejados.

A técnica da interpretação conforme a Constituição é uma espécie de decisão que reconhece a constitucionalidade do diploma legal combatido, desde que interpretado em conformidade com a Constituição. Com isto, afasta-se a possibilidade de interpretações deviantes ou que imprimam à norma a mácula da inconstitucionalidade:

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislado.

A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada *intenção do legislador*, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto (MENDES, 2005, p. 349 – 350).

A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto exclui algumas das interpretações possíveis da norma, preservando a constitucionalidade da lei ou do ato normativo. “O STF utiliza-se da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto como instrumento decisório para atingir uma interpretação conforme a Constituição” (MORAES, 2003, p. 276).

As decisões proferidas em sede de mandado de injunção e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão têm causado divergências na doutrina. Surgida na década de 1960 pela jurisprudência da Corte Constitucional alemã, a inconstitucionalidade por omissão se fundamenta na supremacia do Poder Constituinte Originário em face dos poderes constituídos. “Assim, entendia-se que uma disposição constitucional, que determinava a produção de uma lei não poderia ficar eternamente dependente da boa vontade do aparato estatal” (CRUZ, 2004, p. 129).

Uma concepção afirma que, ao decidir um mandado de injunção ou ADI por omissão, o Tribunal encontra-se, excepcionalmente, dotado da capacidade de editar normas abstratas de forma semelhante ao Legislativo. Outra corrente tem afirmado que a sentença nesses casos apenas afere a existência da omissão estatal. “A pronúncia de sentença de conteúdo normativo revelar-se-ia, por isso, inadmissível” (MENDES, 2005, p. 373). O entendimento do STF se firmou no sentido de conferir às sentenças que julguem o mandado de injunção e a ADI por omissão caráter obrigatório ou mandamental. Ou seja, tais ações se prestam a reafirmar a omissão estatal e a obter uma ordem judicial compelindo o órgão omissor a cumprir seu dever de legislar. Esse entendimento do STF reconhece a competência dos órgãos aos quais a Constituição impõe o dever de legislar, além de não cair na tentação de se apoderar desta competência, à revelia do sistema de separação de poderes.

As decisões proferidas no controle de constitucionalidade abstrato se distanciam daquelas proferidas na jurisdição ordinária. “Ela é, em suma, uma atividade mais próxima, às vezes – pela vastidão de suas repercussões e pela coragem e a responsabilidade das escolhas que ela necessariamente implica – da atividade do legislador e do homem de governo que da dos juízes comuns” (CAPPELLETTI, 1992, p. 89 -90). Daí porque em muitos países é atribuído este encargo não a órgãos do Poder Judiciário, mas, sim, a Cortes Constitucionais formadas por homens que não fazem parte dos quadros da magistratura. Além disso, questões políticas podem ser submetidas às Cortes Constitucionais, permitindo interferências indevidas nas esferas do Executivo e do Legislativo.

3.4 Origem Histórica do Controle de Constitucionalidade

Mauro Cappelletti (1992, p. 45) afirma que o controle de constitucionalidade surge com a necessidade de se impor e efetivar um limite ao legislador. Tal necessidade já existia muito antes de *Marbury v. Madison*.

A jurisdição constitucional pressupõe a ideia de supremacia de uma lei em relação às demais regras do ordenamento jurídico. As Constituições escritas e rígidas são a consagração desta ideia, no entanto, é possível encontrá-la em períodos anteriores. “A existência de um corpo de normas fundamentais sempre esteve presente em diversos ordenamentos jurídicos, senão com a noção atual de constitucionalismo, mas com a idéia da supremacia de algumas matérias sobre outras” (MORAES, 2003, p. 32).

Na antiga Grécia, já se fazia a distinção entre *nómos* e *pséfima*, sendo a primeira uma norma superior que não poderia ser modificada pela segunda. As *nómoi* só poderiam ser modificadas por um procedimento especial, característica ainda hoje presente nas modernas Constituições. Platão afirmava que a lei deve reproduzir a ordem divina, superior e imutável. Aristóteles diferenciava “a lei justa, produto da razão e não das paixões humanas, contrapondo a ordem natural transcendente à ordem legal, cambiante” (SAMPAIO, 2002, p. 25).

O desenvolvimento do Direito deve muito aos romanos, que moldaram diversos institutos ainda hoje utilizados. O Direito romano iniciou como um direito costumeiro. À medida que Roma se desenvolve, o mesmo ocorreu com seu ordenamento jurídico. Quanto ao controle de constitucionalidade, “a Constituição era traduzida por meio de decretos do Imperador, que não podiam ser contestados” (CRUZ, 2004, p. 37).

A Idade Média marca a força do direito natural como norma superior de inspiração divina, que deve ser observada pelo direito positivo, feito pelos homens. “A ideia de *jus naturale* assumia um lugar preeminente: o direito natural era configurado como a norma superior, de derivação divina, na qual todas as outras normas deviam ser inspiradas” (CAPPELLETTI, 1992, p. 52). Os reis eram ordenados por Deus para reinar em seu nome. Logo, suas ações não poderiam contrariar a lei natural. Justifica-se, assim, a resistência a atos considerados violadores da lei natural (SKINNER, 2009, p. 595). O direito positivo devia se conformar ao direito natural.

Ao lado da ordem positiva, havia a ordem natural, emanando direitos inatos, intangíveis e irrenunciáveis do homem. Cabia à ordem positiva respeitar esses direitos, que passam a servir como limite ao legislador positivo. “Neste momento, já se verifica a

existência de um controle judicial para garantir a efetividade das normas protetoras dos direitos fundamentais, que teriam certa supremacia sobre as demais” (MORAES, 2003, p. 34). Em tal contexto, merece especial atenção o trabalho de Santo Tomás de Aquino, que, apoiado em Aristóteles, concluiu, a partir da tese do Direito Natural, sobre a possibilidade da resistência contra tiranos.

Já na Idade Moderna, a Constituição escrita passou a ser o pacto fundador da sociedade e do Estado, servindo como norma superior, à qual todas as outras devem obediência. O constitucionalismo moderno, que representa a superação da doutrina jusnaturalista medieval, tem seu início com a Constituição dos Estados Unidos da América.

Coube aos americanos a criação do *judicial review* como forma de garantia judicial das Constituições escritas. Mauro Cappelletti (1992, p. 57-58)⁶ explica o nascimento do *judicial review* nos EUA como um contraponto à supremacia do Parlamento adotada na Inglaterra. José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 32 - 33) aponta como contraponto ao modelo americano o controle político de constitucionalidade francês. Para Bernard Schwartz (1966, p. 25), o controle de constitucionalidade está implícito na essência do Poder Judicial. Todas essas concepções, entretanto, concordam que o *judicial review* é uma das garantias da força normativa das Constituições modernas diante das leis emitidas pelo Parlamento.

O controle abstrato de constitucionalidade só veio a lume no século XX, por obra de Hans Kelsen na Constituição Austríaca de 1920. A atuação das Cortes Constitucionais e Supremas Cortes, na defesa do texto constitucional, acaba por mutar os conceitos definidos no Parlamento.

3.5 Direito Constitucional Jurisprudencial

Os tribunais constitucionais, no controle concentrado de constitucionalidade, e as supremas cortes, no sistema difuso, surgiram para a defesa do texto constitucional, impedindo que os Congressos e os Parlamntos aprovassem leis contrárias ao disposto na Carta Magna. Ocorre que, ao mesmo tempo em que realizam a tutela da Constituição, com a evolução da jurisdição constitucional, os tribunais redefinem conceitos e princípios constitucionais. José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 887) chega a afirmar que se o juiz constitucional não reinventou a Constituição pelo menos seria um co-autor do constituinte. Em outras palavras, o

⁶ Em sentido contrário, Álvaro Ricardo Souza Cruz (2004, p. 85) aponta, paradoxalmente, como antecedente do moderno controle de constitucionalidade a obra do inglês Edward Coke (1552-1634), em especial o caso conhecido como *Bonham's Case*.

juiz torna-se órgão integrante da produção legislativa. São essas mutações constitucionais que possibilitam que um texto promulgado no século XVIII ainda hoje possa ser utilizado como lei máxima de uma nação, como é o caso dos EUA. Nas palavras de José Alfredo de Oliveira Baracho:

Estas mutações constitucionais, acompanham as alterações históricas, econômicas e sociais, sem que tenham de ser emendadas com frequência, circunstâncias que impediriam a atualização das mesmas, a não ser por outros procedimentos que levariam a alteração do originalismo dos textos que deram origem à Constituição, por intermédio de mecanismos que conduziram ao exercício do poder constituinte ou reformador (BARACHO, 2008).

Por meio da jurisdição constitucional, os intérpretes contribuem para a alteração do Direito Constitucional, com conteúdo judicializado. Esse novo Direito Constitucional é um direito vivo, passível de alterações e visa à ampliação das proteções constitucionais e dos direitos fundamentais. Os direitos expressamente previstos não mais precluem outros vislumbrados pela doutrina. “São denominados de direitos constitucionais atípicos, em certos casos, de conteúdo materialmente não formalizado ou que são, de maneira definitiva, direitos extraconstitucionais” (BARACHO, 2008, p. 435).

Os textos constitucionais, inclusive, passaram a reconhecer expressamente a existência de tais direitos, nos termos da Emenda IX à Constituição norte americana e do art. 5º, §2º, da Constituição brasileira de 1988.

Os mais variados e distintos direitos fundamentais têm, então, aberta a porta jurisprudencial para o seu reconhecimento. Tal evolução não ocorre sem contratempos e retrocessos. O originalismo e o textualismo possuem muitos e gabaritados defensores.

Essa evolução não pode ser exercida apenas com base nas decisões dos tribunais. “Essa politização do juiz, que é inegável dentro do Estado Constitucional de Direito, concebido como fonte e limite do direito, não pode, no entanto, chegar ao extremo de lhe permitir a substituição da racionalidade jurídica pela racionalidade política” (GOMES, 1997, p. 47). Conquanto sempre será saudável ao Estado Democrático de Direito a ampliação do rol de direitos fundamentais com que contam seus cidadãos, o mesmo não pode ser dito da implementação desses direitos pelo Judiciário, a seu talante e a despeito da atuação de outros poderes do Estado.

3.6 Legitimidade da Jurisdição Constitucional

A adoção do controle difuso de constitucionalidade nos EUA levou a doutrina a se deparar com a questão da legitimidade do exercício da jurisdição constitucional. Em outras palavras, como é possível em um ambiente democrático que alguns poucos juízes que ocupam assento na Suprema Corte possam julgar inconstitucional diplomas legislativos aprovados pelos legítimos representantes do povo? Há legitimidade no exercício desta atividade? Não estaria sendo substituída a vontade do povo pela vontade desses juízes? Essas questões, coletivamente chamadas de “Dificuldade anti-majoritária” pela doutrina americana, versam sobre a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional.

Bruce Ackerman (1993) divide os momentos de mobilização política em dois grupos: legislaturas normais (*normal lawmaking*) e legislaturas excepcionais (*higher lawmaking*). As primeiras referem-se à legislação feita entre períodos eleitorais, determinada pelos vencedores das eleições, por meio de leis ordinárias. “A forma normal de legislar é projetada para inúmeras decisões tomadas na ausência de sentimento de maioria mobilizada e politicamente auto-consciente” (ACKERMAN, 1998, p. 05 – tradução nossa)⁷. As segundas são caracterizadas pela intervenção intensa do povo, de modo a conferir extraordinária legitimidade democrática a seus representantes. José Adércio Leite Sampaio (2003) critica esta divisão, afirmando que cria uma hierarquia entre democracia e direito.

Os doutrinadores são divididos em monistas e dualistas. Para os monistas, deve prevalecer a legitimidade democrática dos representantes eleitos do povo, sendo a atuação das cortes essencialmente anti-democrática. Os dualistas, por sua vez, aceitam a distinção entre legislaturas normais (*normal lawmaking*) e legislaturas excepcionais (*higher lawmaking*), e vêem o exercício da jurisdição constitucional como essencial para o bom funcionamento de uma ordem democrática. “Em vez de ameaçar a democracia ao frustrar as exigências estatutárias da elite política de Washington, os tribunais servem à democracia, protegendo os princípios duramente conquistados por uma cidadania mobilizada contra a erosão de elites políticas que não conseguiram ganhar amplo e profundo apoio popular para suas inovações” (ACKERMAN, 1993, p. 10 – tradução nossa)⁸.

⁷ The normal lawmaking track is designed for countless decisions made in the absence of mobilized and politically self-conscious majority sentiment.

⁸ Rather than threatening democracy by frustrating the statutory demands of the political elite in Washington, the courts serve democracy by protecting the hardwon principles of a mobilized citizenry against erosion by political elites Who have failed to gain broad and deep popular support for their innovations.

A legitimidade da jurisdição constitucional reside na complementação do conceito de democracia pela ideia de Estado de Direito. Se, de um lado, o governo cabe a uma maioria, de outro, o respeito às disposições constitucionais e ao controle de constitucionalidade serve à proteção das minorias. “Assim, é absolutamente necessária a compatibilização do Parlamento (que representa o princípio democrático da maioria) com a Justiça constitucional (que representa a garantia do Estado de Direito e a defesa da minoria)” (MORAES, 2003, p. 68). Portanto, formalmente, a jurisdição constitucional retira sua validade das disposições constitucionais e, materialmente, da necessidade de respeito e proteção aos direitos fundamentais. A manifestação do Poder Constituinte Originário⁹, consubstanciada na Constituição, atua como limite e freio para a atuação do legislador ordinário. A jurisdição constitucional é o instrumento de efetivação deste limite. Os tribunais constitucionais exercem esse instrumento como um elemento contramajoritário nesta complexa alquimia entre Democracia e Estado de Direito:

Os eventuais confrontos entre a legitimidade da justiça constitucional e a legitimidade da maioria legiferante devem ser resolvidos em uma aplicação equilibrada e harmônica do princípio da separação de funções estatais, pois todos os poderes exercem funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece assentar-se o Estado Constitucional de Direito na idéia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania (MORAES, 2003, p. 71).

Materialmente, a jurisdição constitucional retira sua validade da necessidade de consagração e efetivação dos direitos e das garantias utilizados para limitar e controlar o governo da maioria. A orientação e a limitação da conduta do legislador e do administrador público atuam como uma garantia de que as previsões constitucionais receberão o devido respeito e a atenção dos agentes públicos. A jurisdição constitucional é a garantia de que a Constituição não será reduzida a mera carta de intenções pelas ações do legislador ordinário e do administrador.

Por fim, a jurisdição constitucional retira sua validade da aceitação de suas decisões pelos demais agentes públicos e pela sociedade em geral. “Assim, a verdadeira, duradoura e incontestável legitimidade da Justiça constitucional será concedida pela opinião pública, pois somente ela é que, em definitivo, consagrará ou rejeitará essa instituição, analisando-a em virtude de sua jurisprudência e de sua atuação perante o Estado” (MORAES, 2003, p. 78-79).

⁹ Afirmando a clássica tese de que o Poder Constituinte Originário é inicial, autônomo, ilimitado e incondicionado temos MORAES (2003) e DIMOULIS (2006). Em sentido contrário, pela tese dos limites ao Poder Constituinte Originário temos SAMPAIO (2002).

Visando obter a consagração de sua jurisprudência pela sociedade, torna-se necessária estrita observância à obrigação constitucional de fundamentar as decisões dos tribunais. “A questão se resume, portanto, a um escrutínio que revele a vontade concreta da comunidade ou a coincidência entre os valores assegurados pela decisão e aqueles que, de fato, sejam considerados como relevantes para uma dada sociedade em determinado tempo” (SAMPAIO, 2002, p. 92).

Não restam dúvidas de que decisões completamente divorciadas dos valores sociais ou da vontade da comunidade não terão vida longa, sendo em curto tempo substituídas por outras mais adequadas. Lado outro, o próprio legislador pode, com o apoio da opinião pública, redigir alterações no ordenamento jurídico e, até mesmo, na própria Constituição, visando à adequação das decisões que não respeitam os valores sociais.

4 DILEMAS E DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO: JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO, AUTOCONTENÇÃO E POLITIZAÇÃO

A redemocratização do Brasil, efetuada com a promulgação da Constituição de 1988, revalorizou o Poder Judiciário, que passou a assumir, cada vez mais, a função de palco de discussão dos grandes problemas nacionais.

O controle concentrado de constitucionalidade colocou o Supremo Tribunal Federal como principal agente deste processo. “A centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais, tem gerado aplausos e críticas, e exige uma reflexão cuidadosa” (BARROSO, 2009, p. 72).

Essa alteração na importância do Poder Judiciário decorre de vários fatores. Primeiramente, o reconhecimento da força normativa da Constituição, antes vista como uma carta meramente política, passando a ser tida como documento vinculatório e obrigatório. “As normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado” (BARROSO, 2006, p. 103).

A expansão da jurisdição constitucional atuou como forma de garantir a supremacia da Constituição também constitui outro fator. Por fim, a superação do paradigma positivista tornou o juiz participante do processo de criação do direito, pelo reconhecimento da força normativa dos princípios e pelo preenchimento de cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, definindo, dessa forma, o alcance e o sentido da norma são os fatores que, em apertada síntese, deram nova importância ao Poder Judiciário.

Esse fenômeno não é uma peculiaridade brasileira. Em diversos lugares, cortes constitucionais e supremas cortes assumiram o papel principal na decisão de questões de largo alcance político e moral. Ran Hirschl (2007, p. 01) contabiliza que mais de 80 países nos últimos anos passam por fenômenos desta natureza. O autor inclusive cunha o termo *juristocracia* para denominar essa nova ordem política.

O fenômeno do ativismo judicial e da judicialização das relações sociais não são exclusividade do ordenamento jurídico brasileiro, conquanto seja um fenômeno crescente a partir da Segunda Guerra Mundial.

Desde o final daquele conflito, com a consolidação do Estado do Bem Estar Social, “verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre

o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular” (BARROSO, 2009, p. 72).

No Canadá, a Suprema Corte se manifestou sobre a constitucionalidade de os EUA fazerem testes de mísseis em solo canadense (CANADÁ, 1985). Interessante abordagem empírica da questão do ativismo judicial no Canadá, feita por Sujit Choudhry e Claire E. Hunter (2003), afirma que a Suprema Corte interfere em questões majoritárias em 37,6% dos casos, percentual que não é considerado alto pelos autores.

Nos Estados Unidos, a eleição presidencial de 2000 foi decidida, em última instância, pela Suprema Corte (ESTADOS UNIDOS, 2000).

Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a constitucionalidade da construção do muro na fronteira com o território palestino (ISRAEL, 2004). Eli M. Salzberg (2011) afirma que a Suprema Corte de Israel se encontra no centro do processo de tomada de decisões coletivas do país.

Com efeito, a ampliação dos regimes democráticos, das constituições escritas e analíticas e dos controles de constitucionalidade coloca em voga a tensão típica entre constitucionalismo e democracia. Como consequência, cada vez mais o Poder Judiciário tem sido chamado a se manifestar acerca dos mais variados assuntos.

Nesse cenário, verifica-se que o Poder Judiciário não se limita a resolver os conflitos existentes no mundo da vida, seguindo os preceitos legais. Não raro, os tribunais adotam posturas ativas referentes a temas que seriam matéria reservada aos outros poderes do Estado. O Judiciário invade a competência do Legislativo e do Executivo para fazer valer as disposições constitucionais.

De outro lado, a sociedade tem deixado de utilizar outros instrumentos de solução de conflitos, buscando a tutela do Judiciário para a resolução de seus problemas, causando o fenômeno da judicialização das relações sociais.

Isso posto, resta clara a importância do tema deste trabalho, que se propõe a analisar as possibilidades e diferenças entre as diversas posturas dos juízes constitucionais.

4.1 A Judicialização das Relações Sociais

À guisa de introdução, é preciso distinguir os fenômenos da judicialização das relações sociais do ativismo judicial. Muito embora sejam fenômenos semelhantes, não devem ser tratados de forma homogênea. Gisele Cittadino (2002, p. 136) vê a judicialização das relações sociais como um vínculo entre a democracia e o ativismo judicial.

A judicialização significa que questões de repercussão política ou social, individuais ou coletivas, estão sendo discutidas e resolvidas no âmbito do Judiciário, e não no âmbito do legislativo, como proposto pela clássica separação de poderes. Os juízes, confrontados com essas novas questões, passaram a assumir a condição de agentes políticos do Estado, inclusive inovando os conteúdos normativos.

Os tribunais têm assumido o papel de palco de discussão de temas políticos e morais de grande repercussão na sociedade. Basta lembrar as audiências públicas no STF, referentes à pesquisa com células tronco (BRASIL, STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, 2010) ou à união civil de homossexuais (BRASIL, STF, ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, 2011).

Tais questões poderiam - na visão de alguns, deveriam - ser decididas no âmbito político pelo Parlamento. Entretanto, a sociedade optou por convocar o Judiciário a se pronunciar em vez de atuar por meio de *lobbies* políticos perante a seus representantes eleitos no Parlamento.

A judicialização das relações sociais implica, necessariamente, transferência de poder para os tribunais, “com alterações na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade” (BARROSO, 2009, p. 73).

A redemocratização do país, a recuperação das garantias da magistratura e o fortalecimento do Ministério Público fizeram com que o Poder Judiciário passasse a atuar como verdadeiro poder político. O Ministério Público, por meio de ações civis públicas e outros instrumentos coletivos, atua como mobilizador de grupos sociais e como representante das demandas da sociedade.

Lado outro, a revitalização do regime democrático no Brasil aumentou muito a demanda da população por justiça, pois ela passou a procurar o Judiciário para efetivar ou proteger os diversos direitos previstos na Carta Magna. “Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo” (BARROSO, 2006, p. 140).

Outro fator que contribuiu para a judicialização das relações sociais foi o modo como as Constituições atuais foram redigidas. Ao passo que as Constituições do século XVIII eram extremamente sintéticas e previam somente os princípios e as normas gerais de regência do Estado, as Constituições atuais são extremamente analíticas e examinam e regulamentam todos os assuntos que entendem relevantes a formação, destinação e funcionamento do Estado. A introdução das mais diversas matérias no texto constitucional significou a transformação de assuntos da esfera política em Direito.

A Carta política de 1988 introduz princípios de constitucionalismo comunitário no Brasil, “verdadeira mutação institucional em um país dominado pelo positivismo jurídico” (VIANNA, 1999, p. 39). A adoção de uma Carta principiológica e aberta leva à necessidade de concretização da ordem constitucional. Para tanto, a política passa a utilizar dos meios jurídicos disponibilizados pela Constituição. Gisele Cittadino vê o processo de judicialização das relações sociais como intrínseco a esse “novo” constitucionalismo. “É inseparável da decadência do constitucionalismo liberal, de marca positiva, exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada” (CITTADINO, 2002, p. 137).

A última causa para o fenômeno da judicialização das relações sociais é a ampliação e abrangência do controle de constitucionalidade no Brasil, bem como a facilitação de acesso ao Poder Judiciário. O sistema de constitucionalidade brasileiro, classificado como híbrido, combina aspectos dos sistemas concentrado e difuso de constitucionalidade. Se, de um lado, qualquer juiz pode deixar de aplicar uma norma por entendê-la inconstitucional, de outro, o controle concentrado transforma o STF em palco de discussão de diversas matérias de importância para o país.

Todos esses fatores, atribuídos à Constituição da República de 1988, estão na origem da preferência atual da sociedade em discutir suas questões no âmbito do Judiciário, e não no Parlamento, conforme a clássica separação de poderes. Dessa forma, resta claro que a judicialização das relações sociais no Brasil é um fato, uma circunstância que decorre do modelo político e constitucional adotado. Não se trata, em absoluto, de um exercício de vontade política. Portanto, a judicialização das relações sociais não se confunde com o ativismo judiciário ou com sua contraparte, a auto-contenção judicial. A judicialização significa apenas que as questões de repercussão política e social estão sendo discutidas na seara do Judiciário, em vez de nas instâncias políticas.

O ativismo judicial, por sua vez, exige postura mais agressiva, com intensa participação dos juízes na concretização das normas constitucionais, inclusive com a interferência na atuação dos outros poderes.

Muito embora a Constituição da República de 1988 tenha possibilitado a judicialização das relações sociais no Brasil, Luiz Werneck Vianna (1999, p. 42) informa que nos anos logo após sua promulgação, contrariamente, as instituições políticas brasileiras passaram por intensa valorização. A perspectiva de eleições democráticas e a possibilidade de mudança social fizeram com que a sociedade voltasse suas atenções para a Presidência da República e para o Parlamento.

Nos anos de 1990, essa tendência se reverteu. Enquanto as minorias parlamentares passaram a acionar o Judiciário para questionar as políticas adotadas pelo governo, utilizando os instrumentos de controle de constitucionalidade disponibilizados pela Carta de 1988, as inúmeras denúncias de corrupção no âmbito do Legislativo contribuíram para o descrédito deste poder perante a população.

Contudo, ainda segundo Vianna (1999, p. 42), a judicialização das relações sociais no Brasil não enfraqueceu o sistema de partidos políticos. No mesmo sentido, Ran Hirschl (2007, p. 12) afirma que o aumento do poder judicial pela constitucionalização de direitos também beneficia as forças socio-políticas hegemônicas. Enquanto as preferências políticas desses grupos estão sendo contestadas nas arenas políticas, estaria preservado a tais grupos o maior acesso e a influência sobre as Cortes Judiciais. Sérgio Pompeu de Freitas Campos (2007, p. 238) afirma que o processo de judicialização das relações sociais pode assegurar um novo espaço democrático de expressão para atores tradicionalmente excluídos das arenas políticas, desenvolvendo uma nova esfera pública de expressão.

De fato, adotando o conceito de judicialização das relações sociais disponibilizado por Luiz Roberto Barroso (2009), vê-se que tal fenômeno é próprio do modelo constitucional adotado pelo Brasil, e não implica, necessariamente, invasão das competências reservadas ao Executivo e ao Legislativo, nem mesmo prejuízo para o sistema político-partidário em vigor.

4.1.1 Teorias sobre o Fenômeno da Judicialização das Relações Sociais

Ran Hirschl (2007, p. 31), analisando o processo de constitucionalização de Direitos pelo qual passaram Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul, identificou quatro grupos de teoria para explicá-lo: teorias evolucionistas; explicações funcionalistas; modelos econômicos institucionais; e tese da preservação da hegemonia política.

A adoção de regimes democráticos, a constitucionalização de direitos e a institucionalização de métodos de controle de constitucionalidade constituem pontos em comum no processo de judicialização da política nesses países.

4.1.1.1 Teorias Evolucionistas

Os evolucionistas vêem o processo de judicialização das relações sócias como inevitável, sendo explicado por fatores endógenos. Segundo tal teoria, esse fenômeno decorre, inevitavelmente, da importância dada aos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial.

Na concepção moderna, a democracia não se equivale à regra da maioria. As minorias devem possuir proteções legais na forma de uma Constituição escrita (DWORKIN, 2010, p. 208 - 209). O Poder Judiciário é o responsável pela proteção dessas minorias, por meio do exercício da jurisdição constitucional. Esse processo revela a “maturidade” do regime e seu comprometimento com os direitos humanos consagrados na esfera internacional.

Para essa teoria, o fenômeno da judicialização das relações sociais decorre da própria evolução das instituições políticas, que passa a adotar um modelo de funcionamento mais apto para garantir os direitos fundamentais. A judicialização das relações sociais são, portanto, um fato decorrente da própria evolução dos regimes democráticos na sociedade moderna e não uma escolha dessas sociedades.

4.1.1.2 Explicações Funcionalistas

A judicialização das relações sociais, na concepção funcionalista, é uma resposta às pressões do próprio sistema político e da estrutura adotada pelas Constituições modernas. A judicialização também pode ser vista como uma resposta a problemas de governabilidade política, garantindo o funcionamento normal das instituições. “Por esta lógica, a expansão do poder judicial na política, enfrentando a polarização política, é o único mecanismo institucional que permite grupos de oposição a monitorar políticos e tomadores de decisão não confiáveis” (HIRSCHL, 2007, p. 35 – tradução nossa)¹⁰. Essa é a explicação dada por Eli M. Salzberg (2011) para a postura da Suprema Corte de Israel.

Outra justificativa apresentada por esta linha de pensamento enfatiza as várias agências de governo e órgãos administrativos como os maiores responsáveis pela judicialização das relações sociais, vez que a necessidade de monitorar a conduta desses diversos órgãos levou ao aumento das matérias submetidas ao Judiciário.

4.1.1.3 Modelo Econômico-Institucional

O modelo econômico- institucional é uma abordagem utilitarista que vê o aumento da judicialização como resposta ao problema da estabilização das leis e da credibilidade do regime adotado. Leis estáveis e um regime político estabilizado promovem o crescimento econômico, por conseguinte a constitucionalização de direitos e a adoção de controles de

¹⁰ According to this logic, expansion of judicial power in polities facing political polarization is the only institutional mechanism that enables opposition groups to monitor distrusted politicians and decision-makers.

constitucionalidade derivam das necessidades do modelo econômico capitalista de um ambiente estável e seguro para os negócios.

A necessidade de evitar arbítrios e a preservação dos direitos de propriedade fazem com que mais matérias sejam submetidas ao escrutínio judicial como forma de salvaguardar esses direitos essenciais para o desenvolvimento econômico. Nesse sentido, as exigências do sistema capitalista por um ambiente de negócios estável têm levado ao fortalecimento do Judiciário e à constitucionalização de direitos, resultando, em última instância, na ampliação da judicialização das relações sociais, trabalhistas e econômicas.

4.1.1.4 Tese da Preservação da Hegemonia Política

A tese da preservação da hegemonia política afirma que os detentores do poder têm incentivado a judicialização das relações sociais e da política como forma de manter sua hegemonia. Se, à primeira vista, a transferência de poder das arenas políticas para o Judiciário vai contra os interesses políticos dos grupos dominantes, é preciso considerar que a redação da Constituição de 1988, bem como as diversas reformas constitucionais analisadas por Ran Hirschl (2007, p. 38 - 39), não ocorreram ao largo da influência desses grupos politicamente proeminentes. Para Hirschl, as elites políticas desejariam a transferência das decisões para os tribunais quando ocorrerem três fatores:

- a) A hegemonia política do grupo dominante se encontra ameaçada nas arenas democráticas por grupos periféricos;
- b) O Judiciário goza de reputação de retidão e de imparcialidade política;
- c) Os tribunais estão inclinados a ser influenciados e julgarem de acordo o pensamento ideológico e cultural do grupo dominante.

A judicialização das relações reduz o custo das decisões para a elite política. “No mínimo, a judicialização de questões políticas fundamentais oferece um conveniente refúgio para políticos que procuram evitar tomar decisões morais e políticas que não os beneficiam” (HIRSCHL, 2007, p. 213 – tradução nossa).¹¹

Ademais, grupos ameaçados com a possibilidade de perder sua influência no processo político podem transferir assuntos antes debatidos na arena política para as cortes judiciais, mantendo, assim, sua influência em comparação com os grupos rivais. Essa influência se

¹¹ At the very least, the judicialization of fundamental political questions offers a convenient refuge for politicians seeking to avoid making no-win moral and political decisions.

sustenta uma vez que é franqueado a essas elites maior acesso e influência sobre as cortes judiciárias. Desse modo, a judicialização das relações sociais, por meio da constitucionalização de direitos seria um pacto entre elites políticas cujo poderio se encontra ameaçado nas arenas democráticas; elites econômicas desejosas de restringir a ação do governo e garantir o acesso a mercados livres; e cortes supremas que desejam aumentar seu poder e importância institucional.

4.2 O Ativismo Judicial

Ativismo judicial, ao contrário da judicialização das relações judiciais, é uma atitude, um modo de interpretar a Constituição, de forma que o Judiciário se coloque como responsável pela concretização dos preceitos constitucionais. Segundo Luiz Roberto Barroso:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação de outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) 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 e abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 75).

O professor israelense Eli M. Salzberger (2011) afirma que o ativismo judicial pode ser definido segundo dois diferentes pontos de vista. Pela análise da jurisprudência, o ativismo judicial seria a liberdade, a discrição e a extensão em que as cortes permitem suas interpretações e o grau em que se diferenciam das decisões passadas. Do ponto de vista político, o ativismo judicial é definido pela capacidade da corte em moldar decisões coletivas em relação aos outros ramos do governo e à opinião pública.

Segundo Lawrence Baum (1987, p. 17), a expressão ativismo judicial é usada de diversas formas, sendo seu elemento chave a disposição das Cortes em realizar “mudanças significativas na política pública, particularmente em políticas estabelecidas por outras instituições” (BAUM, 1987, p. 17-18).

Ronald Dworkin (2010, p. 215) afirma que o ativismo judicial ocorre quando os tribunais desenvolvem o princípio da legalidade e o da igualdade para, utilizando a visão moral do tribunal como parâmetro, julgar atos de presidente, do Congresso e dos estados.

A ideia que subjaz o ativismo judicial consiste em fazer valer a Constituição, mesmo que não haja manifestações do Legislativo, mesmo contrariando o Executivo. Em suma, o Poder Judiciário faria prevalecer a sua versão da Carta Constitucional, invadindo a competência reservada aos poderes Legislativo e Executivo, criando obrigações legais em caso de omissão do primeiro e determinando políticas públicas ao contrário das determinações do segundo.

Para muitos, trata-se apenas de o Judiciário atender às demandas da população que não receberam a devida atenção dos Poderes Executivo e Legislativo. Para outros, é uma forma de proteção das minorias contra a tirania da maioria (ELY, 1980).

Por outro lado, existem doutrinadores que acusam o ativismo judicial de interferências descabidas no legítimo processo de decisão. A Corte estaria agindo contra a vontade popular exarada por meio dos legítimos representantes do povo. “Um corpo que não é eleito ou de outro modo responsável politicamente de maneira significativa está dizendo aos representantes eleitos do povo que eles não podem governar como querem” (ELY, 1980, p. 04-05 – tradução nossa)¹².

O ativismo é ilegítimo, porque a Corte é uma instituição relativamente antidemocrática; é arriscado porque a Corte é vulnerável a ataques quando assume posições controversas; é insensato, porque falta aos tribunais a capacidade de tornar efetivas as escolhas de políticas (BAUN, 1987, p. 18).

É importante destacar que, muito embora os juízes ativistas sejam visto como liberais e progressistas, o fenômeno pode adotar uma face conservadora. Para tanto, basta lembrar o caso *Dred Scott v. Sandford* (ESTADOS UNIDOS, 1857), julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1857, que amparou o regime de escravidão então existente nos EUA. Ran Hirschl afirma que a transferência das decisões políticas para as cortes de justiça apenas favorece a manutenção do status quo:

A canalização das pressões de justiça social para os tribunais tem um potencial considerável para prejudicar os movimentos sociais reformistas por pacificar ativistas com a ilusão de mudança e atraindo recursos para longe de processos políticos e estratégias de lobbies por meio das quais mudanças mais substanciais poderiam ser alcançadas. A institucional, pró-status quo, e inerente natureza pacificadora do sistema legal é especialmente significativa quando pedidos de justiça restaurativa, que têm implicações potencialmente revolucionárias para a redistribuição de riqueza e poder (como a reconstrução do pós-apartheid sul-africano ou a luta pelo direitos dos povos indígenas em sociedades de colonos), são

¹² A body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way is telling the people's elected representatives that they cannot govern as they'd like.

transferidos da potencialmente aberta esfera política à inerentemente mais conservadora esfera judicial (HIRSCHL, 2007, p. 198 – 199 – tradução nossa).¹³

O Judiciário brasileiro tem, em diversas ocasiões, assumido posturas amplamente ativistas. Para tanto, os juízes contam com um poderoso instrumento: a jurisdição constitucional.

No caso da fidelidade partidária (BRASIL, STF, MANDADO DE SEGURANÇA 26604/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, 2008), por exemplo, o STF criou uma nova hipótese de perda do mandato parlamentar. As diversas ordens judiciais que determinam a distribuição de remédios e tratamentos médicos a cidadãos brasileiros também carregam a marca do ativismo judicial. Há, inclusive, aqueles que veem o fenômeno como inevitável. Para outros, trata-se de um mal necessário. Entretanto, deve-se ressaltar que, não importa quão boas sejam as intenções desses magistrados, a atuação do Judiciário não pode ocorrer sem limites ou contenções, sob pena de acabar com o princípio da separação dos poderes e com a democracia.

4.2.1 As Origens do Ativismo Judicial

A valorização da jurisprudência constitucional causada pela redemocratização brasileira tem levado a alterações nas velhas regras e fundamentos do Direito. “Tradicionalmente, identifica-se o direito continental como um direito legislado, e o direito anglo-saxão como um direito jurisprudencial baseado no precedente” (BARACHO, 2008, p. 312). Essas velhas distinções têm perdido importância e força atualmente. “Uma análise do comportamento dos Tribunais Constitucionais leva a conclusão de que o fundamento de suas decisões é preponderantemente jurisprudencial”, ou seja, “a aproximação entre o direito continental e o direito anglo-saxão é hoje reconhecida pela doutrina” (BARACHO, 2008, p. 312).

Não por acaso as origens do fenômeno do ativismo judicial também são encontradas no Direito anglo-saxão. Na Inglaterra, os conceitos de equidade e de direitos naturais

¹³ Channeling pressures for social justice to courts has considerable potential to harm reformist social movements by pacifying activists with the illusion of change and by luring resources away from political processes and lobbying strategies through which more substantial change might be achieved. The institutional, pro-status quo, and inherently pacifying nature of the legal system is especially significant when claims for restorative justice that have potentially revolutionary implications for redistribution of wealth and power (such as the reconstruction of post-apartheid South Africa or the struggle over indigenous people's rights in settler societies) are transferred from the potentially open-ended political sphere to the inherently more conservative judicial sphere.

lançaram as bases de uma postura ativa dos juízes. Nos EUA, o *judicial review* criou os instrumentos para uma atuação política do Judiciário.

A primeira vez que o Judiciário adotou uma postura ativa diante das disposições do Legislativo foi no famoso caso *Marbury vs. Madison* (ESTADOS UNIDOS, 1803), decidido pela Suprema Corte dos EUA em 1803. Esse icônico julgamento confirmou os poderes das Cortes Constitucionais e Supremas Cortes de rever as ações do Parlamento e do Executivo. Esses poderes foram inicialmente exercidos de forma cautelosa. Bernard Schwartz (1966, p. 257) afirma que o controle judicial exercido pela Suprema Corte só se tornou um fator importante por volta de 1890, com o caso *Lochner v. New York* (SWISHER, 1964, p. 108).

Entretanto, nesse período ainda se afirmava que os tribunais não deviam substituir a vontade do legislador e que suas ações se limitavam à interpretação da lei. Tais posturas são mais identificadas com as correntes positivistas, posteriormente superadas por uma visão principiológica dos textos constitucionais. Entretanto, foi somente em 1954 que a Suprema Corte adotou postura amplamente ativista, sendo o julgamento *Brown vs Board Education* (ESTADOS UNIDOS, 1954) um exemplo que não pode ser ignorado.

4.2.2 Teorias Sobre o Ativismo Judicial

A evolução do ativismo judicial deve ser acompanhada de uma teorização das atitudes adotadas pelas cortes. Desde a decisão de *Marbury v. Madison*, muitos têm defendido ou criticado a posição ativa de juízes. Seguem algumas teorias de maior importância.

4.2.2.1 Teoria do Vácuo

A teoria do vácuo é a primeira a justificar a postura ativista dos tribunais. Essa teoria advoga que um vácuo de poder é criado pela inatividade de um órgão do Estado. Diante deste vácuo, que pode ameaçar a própria democracia, outros órgãos do Estado poderiam alargar suas competências para atender as demandas da população, carente de atuação do Estado. Nas palavras da jurista indiana Arpita Saha:

Neste caso, o vácuo é criado pela inatividade, incompetência, descuido da lei, negligência, corrupção, total indisciplina e falta de caráter entre os dois órgãos de governo, quais sejam, Legislativo e Executivo. Assim, o órgão remanescente do sistema de governo, i. e., o Judiciário é deixado com nenhuma alternativa a não ser

expandir seus horizontes e preencher o vácuo criado pelo Executivo e pelo Legislativo. (SAHA, p. 2 – tradução nossa).¹⁴

Segundo esta teoria, a inatividade de um poder imediatamente confere legitimidade à atuação do Poder Judiciário.

Com a massificação da sociedade, o crescimento econômico e o aumento das funções do Estado, os parlamentares têm se afastado da vontade geral do povo, ao qual deveriam representar, para concentrar sua atuação na defesa de grupos determinados, responsáveis pelo financiamento de sua campanha eleitoral ou de grandes interesses econômicos.

O processo eleitoral apresenta enormes distorções. A sociedade já não é politicamente atuante. Campanhas publicitárias mascaram as verdadeiras propostas dos candidatos. Há ainda, aqueles que só se elegem por serem famosos e já conhecidos do grande público, embora não estejam minimamente preparados para exercer uma função política.

“Nesse instante, a fiscalização de constitucionalidade termina sendo um instrumento eficaz de controle do processo legislativo, especialmente para desmascarar a transformação do voto dessa minoria, interessada ou interesseira, na mítica vontade geral da maioria” (SAMPAIO, 2002, p. 65).

Diante do vácuo de poder deixado pelo legislador, que se afasta da vontade geral para se aproximar dos *lobbies* dos grupos dominantes, a Corte Constitucional pode e deve assumir o papel de representante do povo.

A consagração de inúmeros direitos fundamentais nas Cartas Políticas modernas, a exemplo da Constituição Brasileira de 1988, não significou em muitos casos a melhora das condições de vida da população:

De 1988 até hoje, houve muitas conquistas no campo dos direitos, mas não o bastante. Por paradoxal que possa parecer, a falência das políticas econômico-sociais adotadas nesse longo percurso, de forma tecnoburocrática e deixando no ar um sentimento de desrespeito aos direitos, estimula uma descrença nas possibilidades transformadoras da democracia e um culto à figura de uma autoridade que salve a pátria da miséria (SAMPAIO, 2010, p. 331).

Diante do fracasso da atuação e das omissões do Legislativo e do Executivo, cabe ao Judiciário assumir o papel de autoridade realmente preocupada em concretizar os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

¹⁴ In this case, the vacuum is created by the inactivity, incompetence, disregard of law, negligence, corruption, utter indiscipline and lack of character among the two organs of governance viz. the legislature and the executive (Subhash C. Kashyap, 1997). Hence the remaining organ of the governance system i.e. the judiciary is left with no other alternative but to expand its horizons and fill up the vacuums created by the executive and the legislature.

4.2.2.2 Teoria do Desejo Social

A teoria do desejo social advoga que o ativismo judicial surgiu da inabilidade dos legisladores e administradores em lidar com os desejos e problemas da sociedade. Uma vez que os legisladores falharam, cabe ao Poder Judiciário apontar soluções para estes problemas. Para tanto, torna-se necessária a invasão de competências do Legislativo e do executivo pelos juízes. Para esta teoria, o ativismo judicial teria um importante papel de transformações sociais.

Os textos constitucionais modernos, seguindo os desejos da sociedade, consagraram inúmeros direitos e garantias. Diante da inércia ou inabilidade dos legisladores e administradores em tornar efetivo o texto constitucional, cabe ao Judiciário fazê-lo.

4.2.2.3 Necessidade de Reequilibrar os Poderes no Estado de Bem Estar Social

O ativismo judicial surge da necessidade de reequilibrar as funções dos diversos poderes diante do crescimento do papel do Estado de Bem Estar Social. O legislador, ao positivar nos textos constitucionais diversos direitos sociais, criou a necessidade de intervenção do Executivo, “como detentor de um poder normativo especial, reservado inicialmente aos Paramentos” (SAMPAIO, 2002, p. 62).

O Parlamento não foi mais capaz de atender as demandas do Estado de Bem Estar Social. O processo legislativo se revelou lento e incapaz de resolver os complexos problemas técnicos que surgiam. O Executivo, chamado a suprir a demanda do Legislativo, voltou-se aos interesses da própria máquina estatal, distanciando-se assim dos interesses públicos.

Diferentemente do Estado Liberal, em que o Poder Legislativo, enquanto detentor da vontade geral do povo, predominava entre os demais poderes, a partir do Estado Social, o Poder Executivo vem assumindo, cada vez mais, o papel de grande empreendedor das políticas governamentais, relegando a segundo plano o Parlamento e, conseqüentemente, os partidos políticos, e fazendo surgir, com mais força e vitalidade, por absoluta necessidade prática, outros atores da competição política. Assim, a idéia básica do Estado Liberal, em que a crença da soberania popular e da representação política permaneciam intocáveis, como instrumentos infalíveis da participação da sociedade no poder, foi afastada pela chegada do Estado Social, demonstrando, claramente, que, diante das grandes transformações socioeconômicas, os representantes do povo muito pouco decidem e os que decidem carecem de representatividade política (MORAES, 2003, p. 47).

Nesse cenário, ocorre o distanciamento dos representantes do povo representado. Os partidos políticos não mais filtram demandas sociais nem representam ideologias que ecoem

na sociedade. O Parlamento passa a atuar lado a lado com outros grupos de pressão, tais como sindicatos, imprensa e outros grupos sociais.

O Judiciário também deve redefinir seu papel, passando “de proteger os indivíduos e grupos sociais contra os excessos do poder público (ampliação subjetiva); por outro, o controle de constitucionalidade (ampliação objetiva)” (SAMPAIO, 2002, p. 63).

Dessa forma, as velhas distinções entre os três poderes, oriundas da teoria clássica de separação dos poderes, foram eliminadas por um novo equilíbrio, pelo o qual o Parlamento perde sua primazia e a Corte Constitucional, ou Suprema Corte, passa a ter a última palavra.

4.2.2.4 Reexame das Razões do Legislador

Esta teoria defende a postura amplamente ativista da Corte Constitucional como forma de controle da atividade legislativa. O tribunal analisaria a legislação originada no Parlamento para saber se houve o devido respeito ao interesse público e se o legislador “teria atuado de forma adequada, necessária e proporcional” (SAMPAIO, 2002, p. 68). A Corte estaria autorizada a analisar as distinções feitas, o tratamento dado à matéria, a unidade do sistema, a relação entre os meios disponibilizados e os fins visados e a ponderação de valores realizada.

Essa análise visa à estrita conformação da atividade do legislador com os imperativos de justiça consagrados no texto constitucional. Tal teoria recebe críticas por desconsiderar as características do processo político, da atividade parlamentar e da democracia. Ademais, corre-se o risco de os argumentos de cunho funcionalista prevalecerem sobre os argumentos normativos, aumentando o número de sentenças irracionais. A defesa desses valores acabaria por sobrepujar a normatividade da Constituição.

4.2.2.5 Judiciário Como Árbitro do Processo Político. Proteção das Minorias e Respeito a Democracia

A Constituição da República consagrou a democracia e o pluralismo, impondo que “cada decisão coletiva seja fruto de um contrato ou de um compromisso plurilateral” (SAMPAIO, 2002, p. 72). Dessa forma, o Direito Constitucional moderno se encontra aberto às mais diferentes formas de vida e valores, buscando a convivência entre diversos grupos sociais. Torna-se virtualmente impossível evitar que conflitos surjam dessas diferentes formas de ver o mundo levadas à convivência em de uma mesma comunidade. Uma vez que esse

conflito surge, como proteger grupos minoritários da ação dos grupos majoritários, garantindo, desta forma, o pluralismo democrático?

Como condição de lealdade às regras do jogo, o Judiciário é chamado à condição de árbitro das disputas existentes no ambiente democrático:

Numa linha também procedimental, tem-se afirmado que a conciliação do constitucionalismo com a democracia exige que se distribuam adequadamente tarefas entre Legislativo e Judiciário, cabendo àquele, pela força de seu poder representativo da maioria, identificar, sopesar e acomodar os valores fundamentais da comunidade e ao Judiciário, a missão de garantir o funcionamento do processo político de maneira a permitir que os canais estejam sempre abertos a todos (SAMPAIO, 2002, p. 73).

Para John Hart Ely (1980, p. 103), o processo democrático funciona mal não quando gera resultados com que a maioria não concorda, mas sim quando o processo não é merecedor de confiança, seja porque as mudanças são bloqueadas por aqueles que se beneficiam do *status quo*, seja porque a maioria nega a proteção fundamental à minoria. “Representantes desfrutando de mandato, seu poder e seus privilégios podem conspirar para consolidar suas posições e para derrotar o mesmo processo que tornam os atos do Legislativo presumivelmente mais legítimos do que os atos dos juízes” (COVER, 1982, p. 7 – tradução nossa).¹⁵

Quando tal fato ocorre, os juízes, que são considerados *outsiders* ao sistema político e, por serem detentores de garantias constitucionais, logo não precisam se preocupar com seu cargo tal como faria um membro do Legislativo, podem, portanto, agir para desbloquear o sistema político, garantindo, assim, a legitimidade desse sistema. Ademais, cabe aos tribunais policiar a atividade política, porque não é possível confiar que os parlamentares eleitos o façam. “O fortalecimento democrático exige [...] a atuação de órgãos da justiça constitucional como verdadeiros árbitros da sociedade, agindo como um verdadeiro Poder Moderador” (MORAES, 2003, p. 62).

Da mesma forma, a jurisdição constitucional pode ser usada para garantir a participação de grupos minoritários e para certificar-se de que não sejam alvos de preconceitos ou discriminação por parte dos grupos majoritários. Vários são os benefícios para minoria quando se troca o processo político pelo judicial. “Do ponto de vista formal, elas tendem a serem tratadas como iguais e possuem iguais oportunidades debater e defender suas

¹⁵ “representatives enjoying office, its power, and its perquisites may conspire to entrench themselves and to defeat the very majoritarian processes that render the acts of legislatures presumptively more legitimate than the acts of judges.

teses e interesses , com maior probabilidade de êxito, em face dos grupos majoritários e do processo legislativo” (SAMPAIO, 2002, p. 76).

Nesse sentido, o ativismo judicial deve ser exercido pelos tribunais, não para analisar os méritos da escolha política feita pelos representantes eleitos do povo, mas para corrigir as falhas do processo de representação. “A revisão judicial deve atentar para o processo, não para evitar questões políticas substantivas, como a questão de que direitos as pessoas tem, mas, antes, em virtude da resposta correta a essas questões” (DWORKIN, 2005, p. 80).

John Hart Ely faz uma distinção entre teorias interpretativas e teorias não interpretativas. As interpretativas afirmam que a revisão judicial deve se pautar pela própria Constituição. As não interpretativas afirmam que os juízes podem confrontar o texto legislativo com outras fontes além da Constituição, tais como a moralidade pública, teorias da justiça e a democracia. Ronald Dworkin (2005, p. 45), por sua vez, rejeita a distinção aqui feita, afirmando que qualquer teoria de revisão judicial será sempre interpretativa. Ademais, seria impossível qualquer decisão judicial sobre matéria constitucional sem o enfrentamento de questões substantivas de moralidade pública. John Hart Ely (1980, p.01) afirma que é um erro relacionar a posição interpretativa com a autocontenção judicial.¹⁶ A grande diferença entre as duas posições é que a interpretativa sempre inicia sua análise por uma premissa claramente constante no texto constitucional. Os não interpretativistas baseiam suas decisões em outras áreas além do texto constitucional, voltam-se para princípios fundamentais e moralidade pública, assumindo e desenvolvendo a legislação. Tal abordagem possibilita o ativismo judicial.

4.2.2.6 A Constituição Dirigente

No século XIX, as Constituições liberais tinham como fundamento separar o Estado da sociedade e limitar a atuação do poder estatal. No século XX, consagraram os direitos sociais, atentando-se o Direito Constitucional para os conflitos existentes na sociedade.

As Constituições dirigentes, preconizadas pelo constitucionalista português Canotilho, são aquelas que definem os fins do Estado, inclusive determinando a criação de políticas públicas e fixando objetivos para o legislador político. “Canotilho, como Jörg Muller na Alemanha, identifica a Constituição como plano–jurídico–político de transformação social e econômica ou como uma determinação de um planejamento ditada por fins, servindo de

¹⁶ It would be a mistake to suppose that there is any necessary correlation between an interpretivist approach to constitutional adjudication and political conservatism or even what is commonly called judicial self-restraint.

alternativa à substituições, por meio da força, de uma sociedade por outra mais legítima e igual” (SAMPAIO, 2003, p. 31). Muito embora o advento da Constituição dirigente não tenha aniquilado com a seara política de atuação, existe uma predeterminação dos fins a serem alcançados.

Dessa forma, o administrador deve se vincular aos fins constitucionalmente eleitos, mantendo a liberdade de eleger os meios mais convenientes e oportunos para alcançar tais fins. Contudo, a atuação do legislador estaria irremediavelmente vinculada aos objetivos constitucionais, não lhe sendo permitido dela desviá-la, sob pena de inconstitucionalidade.

Deve sempre haver a adequação teleológica, ou seja, a conformidade das leis e atos do Poder Público com fins expressos na Constituição: o legislador e o administrador continuam com sua liberdade de elaborar as normas e definir as políticas públicas, mas não podem menosprezar, contrariar ou substituir os fins expressos no texto constitucional (BERCOVICI, 2005, p. 112).

Uma vez que o legislador e o administrador se encontram compromissados com os objetivos constitucionais, cabe ao Judiciário realizar o controle da atuação de ambos. “As políticas públicas podem ser controladas, assim, não apenas em seus aspectos de legalidade formal, mas também, no tocante à sua adequação ao conteúdo e aos fins da Constituição” (BERCOVICI, 2005, p. 112). Dessa forma, seria legítimo o recurso ao Judiciário para exercer amplo controle sobre a atuação do Legislativo e do Executivo. Os adeptos da tese da Constituição dirigente diferenciam a direção política permanente (direção político-constitucional) da direção política contingente (direção política de governo). A segunda deve ser concebida em função e tendo-se em vista os objetivos definidos pela primeira. Busca-se, assim, evitar a substituição da normatividade constitucional por outros fins não consagrados em seu texto.

Importante esclarecer que as diversas teses aqui apresentadas não se contradizem. Muito pelo contrário, elas se complementam. A superação do paradigma positivista, a descoberta da força normativa da Constituição, o compromisso com a democracia e o respeito aos direitos humanos permitem o surgimento de diversas teorias a permitir e ensejar o ativismo judicial. Entretanto, nem todas as chamadas “teorias pós positivistas” permitem uma postura ativista aos magistrados. Os trabalhos de Ronald Dworkin, que serão analisados em detalhes posteriormente, embora permitam uma abordagem ativista segundo alguns doutrinadores, não parece ser favorável a tal atitude judicial.

4.3 Autocontenção Judicial (Judicial Self Restraint)

Autocontenção judicial, ou *judicial self restraint*, é o oposto do ativismo judicial. Pela autocontenção, o Poder Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros poderes. Nesta linha, os juízes evitariam a aplicação direta da Constituição para os casos em que não há incidência expressa. Aguardando o pronunciamento do legislador ordinário, abstém-se de interferir na definição de políticas públicas e utilizam critério conservadores para analisar a constitucionalidade de um diploma normativo. Nesse teor, a autocontenção “restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas” (BARROSO, 2009, p. 76).

Considerando-se a típica tensão entre o constitucionalismo, aqui visto como um componente antimajoritário, e a democracia, a autocontenção privilegiaria as instâncias políticas da sociedade, assim como as soluções alcançadas com o apoio da maioria da população ou, pelo menos, pela maioria dos representantes destes.

“A não ser que a lei em litígio viole um dispositivo constitucional expreso, ela será considerada constitucional. Evidentemente, segundo tal ponto de vista, não há lugar para conceitos extremos como a liberdade absoluta de contrato (SCHWARTZ, 1966, p. 261). Portanto, os defensores da autocontenção afirmam que os juízes devem se limitar a avaliar a lei sobre critérios objetivos de constitucionalidade. Apresentam-se como grandes defensores da democracia. Para eles, os cidadãos de uma sociedade podem escolher políticas que preferem em um dado momento, alterá-las ou deixá-las de lado, sem sofrer com maiores restrições. Essas escolhas devem ser feitas diretamente ou por meio de representantes eleitos, mas nunca por meio de um grupo aristocrático de magistrados sem respaldo da maioria da população. Afinal, o sistema democrático conta com mecanismos para responsabilizar os representantes que não atuaram de forma satisfatória perante o povo, ao passo que os magistrados não respondem a ninguém, apenas a sua consciência. A chamada “Dificuldade contramajoritária” é o argumento pelo o qual os defensores da autocontenção a relacionam com a democracia.¹⁷

Ademais, os magistrados não contam com mecanismos confiáveis para perceber e implementar a verdadeira vontade da sociedade. “Entre os tribunais e as legislaturas, está

¹⁷ Barry Friedman (2002) afirma que a dificuldade contramajoritária pode se aplicar não apenas à Suprema Corte, mas também a quase todas as instituições governamentais norte-americanas. Essa verdadeira obsessão acadêmica revela maior interesse no instituto do *judicial review*, que se origina de preferências políticas, do que um verdadeiro interesse da teoria democrática.

claro que a última está mais bem situada para refletir o consenso” (ELY, 1980, p. 67 - tradução nossa¹⁸).

Para os defensores da autocontenção, o ativismo é carente de legitimidade, suas soluções não possuem respaldo popular e podem, inclusive, ser equivocadas. Ao final, “o ativismo judicial envolve riscos de tirania” (DWORKIN, 2010, p. 225). A efetivação dos direitos e das garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988, nesta concepção, deve ser objeto de trabalho do Executivo e do Legislativo.

Lado outro, pode-se afirmar que a força dos tribunais repousa, em última instância, na aceitação de suas decisões pela sociedade. Nenhum poder depende tanto de sua reputação quanto aquele exercido pelos tribunais, até mesmo pela falta de mecanismos regulares de legitimação de sua atuação. Daí a necessidade de adotar posturas autocontidas, apoiando-se na legislação redigida pelo Legislativo, alterando sua jurisprudência apenas para alinhar-se com a opinião pública.

4.3.1 Teorias Sobre a Autocontenção Judicial

A postura da autocontenção não é adotada sem a teorização de sua adequação. Seguem algumas teorias de maior importância.

4.3.1.1 Teoria do Ceticismo Político

A teoria do ceticismo político, como explica Ronald Dworkin (2010), postula que o ativismo judicial necessita de um consenso em torno de princípios morais. Em particular a presunção de que “os cidadãos têm certos direitos morais contra o Estado, como é o caso do direito moral à igualdade na educação pública, ou o direito a ser tratado com equidade pela polícia” (DWORKIN, 2010, p. 217). Esta teoria defende que os cidadãos não possuem tais direitos contra o Estado, mas apenas direitos jurídicos reconhecidos constitucionalmente.

Em uma sociedade democrática, a força e o caráter dos direitos devem ser decididos pela maioria, que se expressa por meio das determinações do Parlamento. As alegações de direitos morais a serem exercidos contra o Estado nada mais são do que preferências daqueles magistrados.

¹⁸ As between courts and legislatures, it is clear that the latter are better situated to reflect consensus.

A teoria do ceticismo se baseia em uma visão positivista do direito que privilegia a busca de segurança jurídica e de paz social, impedindo que surjam decisões judiciais incoerentes ou baseadas unicamente no subjetivismo do aplicador. Os direitos deveriam ser reconhecidos pelo legislador.

Para tanto, o positivismo científico buscou cindir absolutamente a ciência jurídica da ciência política. E, exatamente por isso, consolidou-se, na primeira metade do século XX, a concepção segundo a qual o Supremo e o Judiciário deveriam ater-se a questões estritamente jurídicas, afastando-se, por meio de um *self restraint*, das questões políticas. Estas últimas seriam questões de interesse exclusivo dos Poderes Executivo e Legislativo (CRUZ, 2004, p. 95).

Esta abordagem busca a aplicação do Direito como ele está disposto nas normas jurídicas, “evitando a interferência de elementos subjetivos e polêmicos, como são as convicções morais” (DIMOULIS, 2006, p. 196). Busca-se, desta forma, a aplicação segura e estável do ordenamento jurídico

Uma vez que não existem direitos sem a declaração formal destes e sendo o Parlamento o órgão competente para reconhecer tais direitos, não há que se falar em uma atitude ativista de magistrados. Os juízes devem se limitar aos direitos expressamente reconhecidos pelas instâncias políticas.

4.3.1.2 Teoria da Deferência Judicial

A teoria da deferência judicial reconhece que os cidadãos possuem direitos morais contra o Estado além daqueles expressamente garantidos pela Constituição e pela legislação ordinária. No entanto, postula que o caráter e a força de tais direitos seriam discutíveis. Cabe às instituições políticas, e não aos tribunais, decidir sobre quais direitos morais deverão ser reconhecidos pelo Estado.

“Os tribunais não devem decidir questões controversas de moralidade política porque devem deixar tais decisões a cargo de outras áreas do governo” (DWORKIN, 2010, p. 220). Os juízes não contam com mecanismos de responsabilização perante aqueles que são afetados por suas decisões. Portanto, não devem decidir tais questões controversas.

Dworkin (2010, p. 221) critica essa alegação afirmando que o Poder Legislativo nem sempre é responsável perante o povo, conforme apregoa esta teoria. Ademais, os direitos a serem exercidos contra a maioria não devem ser deixados a cargo dela, como são os procedimentos decididos no âmbito do Legislativo. A essência do próprio constitucionalismo

é a limitação dos poderes da maioria para a proteção dos direitos individuais e das minorias políticas.

Outro argumento comum na teoria da deferência é o que afirma que o Poder Legislativo conta com melhores instrumentos para tomar decisões constitucionais. O Judiciário deve limitar-se ao que foi afirmado e comprovado em um processo judicial. O Legislativo possui outros mecanismos para tomar suas decisões. Portanto, tem mais probabilidade de chegar a resultados melhores do que o Judiciário.

O processo político assegura os direitos fundamentais com maior segurança do que a intromissão dos tribunais na política. Os direitos das minorias devem emergir naturalmente do processo das instituições políticas e em resposta às pressões das minorias organizadas. Tal alegação também não é isenta de críticas.¹⁹ O fato de os tribunais adotarem uma postura ativista em suas decisões não impede o Parlamento de legislar sobre o mesmo assunto. Na maioria dos casos ocorre o inverso. A postura acanhada do Legislativo leva os tribunais a se pronunciarem à revelia de qualquer legislação. Ademais, enquanto as minorias organizadas podem exigir uma postura ativa do Estado para com suas reivindicações, o que falar daquelas minorias desorganizadas, que não têm condições de exercer pressões sobre os processos políticos e, não raro, são as mais carentes da ação do Estado? De outro lado, questões de profunda controvérsia política podem levar à paralisia do Poder Legislativo, incapaz de alcançar o consenso necessário para a aprovação de uma lei. A teoria da deferência judicial não fornece respostas satisfatórias para essas questões.

4.3.1.3 Teoria dos Espaços Vazios de Jurisdição

A teoria dos espaços vazios de jurisdição, conforme preconiza José Adércio Leite Sampaio (2002), busca definir os contornos da atuação judicial, atentando-se para o princípio da separação dos poderes, para o “caráter antidemocrático do Poder Judiciário e no melhor preparo das instâncias políticas para o enfrentamento das questões que são alçadas, normalmente àqueles espaços” (SAMPAIO, 2002, p. 247).

A delimitação desta atuação varia no tempo e no espaço. Cada Constituição, as leis e a própria jurisdição podem marcar os pontos que delimitem a atuação dos juízes e os assuntos que podem ser considerados não jurisdicionáveis.

¹⁹ Para essas críticas veja DWORKIN (2010, p. 227) e DWORKIN (2005).

A Constituição dos Estados Unidos da América, em seu artigo III, seção 2, delimita a competência da Justiça Federal a certas matérias e casos que envolvam algumas autoridades da esfera federal. Dentre os vários requisitos impostos para um tribunal conhecer uma ação destaca-se a *doctrine of political question* (doutrina da questão política), que limita a atuação da Corte em casos de matérias sujeitas à competência de outros poderes. “Embora exista uma alegação de que a Constituição foi violada, os tribunais federais se recusam a julgar e, em vez, encerram o caso, deixando a questão constitucional para ser resolvida no processo político” (CHEMERINSKY, 1997. p. 117 – tradução nossa²⁰). Os precedentes da Corte não chegam a conceituar o que é uma questão política. Isso causa muita confusão acerca de seu alcance e limites. Mas existem elementos que podem revelar sua presença, como a necessidade de adoção de políticas legislativas. Em *Baker v. Carr* (ESTADOS UNIDOS, 1962), a Suprema Corte delineou alguns critérios determinantes do que seria uma questão política. Entretanto, ela o fez em termos tão vagos que estes critérios têm sido considerados inúteis pela doutrina americana.

José Adércio Leite Sampaio (2002) aponta o princípio republicano e a legitimidade do governo; a condução de assuntos externos e militares, casos de segurança nacional e de política fiscal, motivação da adoção de políticas administrativas e legislativas, requisições do Congresso dirigidas ao Executivo, controle de impeachment e da cassação parlamentar, atuação do poder constituinte derivado, controle de distribuição dos distritos eleitorais e disputas partidárias como assuntos que não devem ser submetidos à jurisdição, de acordo com a doutrina norte-americana. A doutrina da questão política busca limitar o controle judicial sobre outros ramos do governo.

O sistema brasileiro, da mesma forma, reconhece espaços reservados exclusivamente aos juízos de oportunidade dos parlamentares e administradores. Atos políticos, atos *interna corporis* e atos discricionários estariam protegidos do escrutínio judicial.

Ato discricionário é aquele em que o Judiciário não pode interferir para analisar sua conveniência, oportunidade, utilidade ou justiça. Questão exclusivamente política se situa-se no âmbito da discricionariedade política, das opções políticas tomadas segundo uma certa linha programática, fundada em juízo também de conveniência e oportunidade, além de adequação e utilidade, evidentemente no campo de competência constitucional reservada; enquanto atos *interna corporis* dizem respeito à economia interna do órgão ou Poder, no exercício de sua competência própria, sem atentar contra direitos subjetivos individuais de terceiros ou de seus próprios membros. Seja a pura discricionariedade, na órbita da Administração, seja na questão política, na sede do Governo, seja os *interna corporis*, sobretudo no campo

²⁰ Although there is an allegation that the Constitution has been violated, the federal courts refuse to rule and instead dismiss the case, leaving the constitutional question to be resolved in the political process.

legislativo, levanta-se um escudo de proteção a investidas de controle judicial. Não poderia ser diferente, sob pena de não haver sentido a afirmação do princípio de divisão tripartida de poderes (SAMPAIO, 2002, p. 307).

A atuação dos magistrados deve, então, ser autocontida, atentando-se para essas zonas livres de jurisdição, sob pena de aniquilação do sistema de separação de poderes e da substituição da vontade dos representantes eleitos pela a do juiz.

4.4 Politização da Justiça

Enquanto o ativismo judicial encontra sua contraparte na autocontenção, a judicialização das relações sociais encontra seu outro lado no fenômeno da politização da justiça, a qual consiste na tentativa do Parlamento de “controlar decisões judiciais desagradáveis, como a neutralização de seus efeitos, a adoção de normas que tumultuem as atividades judiciárias” (CARVALHO, 2009, p. 1274.)

As decisões judiciais podem ser combatidas de diversas maneiras: ampliação das atribuições de um tribunal, manipulação de sua composição; alteração do número de juízes ou a saída ou aposentadoria forçada de magistrados; e alteração das leis e da própria Constituição.²¹

A história do Brasil reserva inúmeros exemplos de interferências políticas nos trabalhos judiciais. A nascente República brasileira utilizou diversos mecanismos para atrapalhar o trabalho do STF, inclusive deixando de nomear ministros. O regime ditatorial de 1964, da mesma forma, foi pródigo em usar de interferências políticas no trabalho do STF.

Nos EUA, em 1871, o presidente Grant nomeou dois juízes para a Suprema Corte, visando à alteração de uma decisão tomada com margem mínima de maioria no caso *Hepburn vs. Griswold* (ESTADOS UNIDOS, 1869). Nos anos de 1930, a Suprema Corte se colocou contra várias das políticas desenvolvidas pelo então presidente Roosevelt, as quais faziam parte de seu pacote de medidas para combater a grande depressão nos EUA, o *New Deal*. O presidente, após sua reeleição, propôs o aumento de magistrados na corte e alteração de suas competências, forçando a alteração do entendimento do tribunal.

O único tribunal previsto na Carta Política americana é a Suprema Corte. Todos os demais tribunais devem sua existência ao Poder Legislativo. “Não há razão constitucional que impeça o Congresso, se ele achar conveniente, de abolir um ou todos os tribunais inferiores e

²¹ John Hart Ely (1980, p. 44 - 48) é um crítico mordaz da capacidade de outros poderes de conterem a atuação judicial.

transferir sua jurisdição para um conjunto de tribunais recém criados” (SCHWARTZ, 1966, p. 178). O Congresso norte-americano pode ainda limitar a competência dos tribunais quanto a tipos específicos de casos, visando à alteração do seu entendimento (CHEMERINSK, 1997, p. 137).

A nomeação dos membros das altas cortes pelo presidente da República, com a aprovação do Senado Federal, também é uma forma de controle político da atuação das Supremas Cortes. O presidente tem a oportunidade de ocupar esses cargos com aliados políticos e pessoas com visões de mundo próximas a sua própria. “O processo constitucional de indicação e confirmação é um elemento importante do sistema de restrições por meio da qual a Constituição efetivamente impõe uma disciplina ao poder judicial que ela mesma preconiza” (DWORKIN, 2006, p. 132). Entretanto, a história também registra que diversos presidentes da República se surpreenderam e se arrependeram de suas nomeações. O maior exemplo são as declarações do presidente americano Eisenhower acerca da nomeação do chief justice Earl Warren.

No Brasil, o papel do Senado nas nomeações de cargos para os tribunais superiores é diminuído pela própria atuação da Câmara Alta. A sabatina no Senado é apenas uma formalidade, não havendo maiores questionamentos ou análise por parte dos senadores.

Nos EUA, aproximadamente um quinto das nomeações presidenciais é rejeitado no Senado (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET; 1996, p. 78.), que exerce um controle efetivo sobre as nomeações presidenciais para a Corte Suprema. Esse controle inclui a avaliação não apenas do currículo do candidato, mas também de sua filosofia constitucional e, até mesmo, de sua vida privada.²²

Analisando a questão da politização da justiça pela ótica da teoria dos sistemas, Marcelo Neves (2007) aponta que uma das consequências mais nefastas da constitucionalização simbólica é a politização do direito. O código “direito / não direito” pelo o qual atua o sistema do Direito é sistematicamente bloqueado por critérios econômicos e políticos, acabando com a diferença do sistema e o ambiente. “O que há é a politização desjuridizante da realidade constitucional, respaldada evidentemente nas relações econômicas. Parafraseando Habermas, trata-se de “colonização política e econômica” do mundo do direito” (NEVES, 2007, p. 169). Diante dessa colonização do sistema do Direito pela Política, vemos a perda da eficácia do primeiro, que passa a atuar de forma meramente

²² Para a análise do Senado norte-americano na escolha dos juízes da Suprema Corte veja DWORKIN (2006).

simbólica, de acordo com os desígnios do segundo. O Direito se reduz à simples elemento legitimador das decisões políticas.

Da mesma forma que o ativismo é uma interferência judicial nas políticas desenvolvidas pelo Executivo e debatidas pelo Legislativo, é possível a interferência da política no trabalho judicial.

Deve-se aqui registrar mais um risco da postura ativista dos juízes: as decisões que desagradam segmentos políticos da sociedade poderão enfrentar reações, com a alteração casuística da legislação e o enfraquecimento dos órgãos do Judiciário. Tal guerra institucional acaba por enfraquecer a credibilidade do Judiciário e coloca em risco o próprio Estado Democrático de Direito. Diante de tantas conseqüências, resta claro que a politização da justiça apresenta riscos tão grandes quanto o ativismo judicial.

4.4.1 Reprodução Jurisdicional da Vontade da Maioria e Possibilidade de Controle pelo Legislativo

Uma forma bastante comum de escolher os ocupantes dos cargos na cúpula do Judiciário é a nomeação política, por meio de escolha pelo presidente da República e sabatina por um órgão do Legislativo. Por essa perspectiva, as elites políticas possuem a prerrogativa da escolha dos cargos na cúpula do Judiciário, conforme o mandamento constitucional.

Os meios políticos de escolha dos ocupantes dos cargos nos tribunais superiores leva a uma afinidade de ideias e opiniões com os membros do Legislativo, ocorrendo, então, mera “reprodução jurisdicional da vontade majoritária, a constituir, assim, uma espécie de ‘aliança nacional dominante’” (SAMPAIO, 2002, p. 70).

A ocupação de cargos entre pessoas de perfil semelhante garante que o Poder Judiciário se limite a reproduzir as decisões do Legislativo, de um lado, e, de outro, se ocupe de questões meramente procedimentais e formais, deixando ao Parlamento a análise do conteúdo das normas.

A cuidadosa escolha de magistrados de perfil semelhante àquele exposto no Legislativo e no Executivo é a garantia para uma atuação do Judiciário que não se afaste das decisões destes poderes. “Altas Cortes nacionais tendem a aderir às visões de mundo prevalentes, às metanarrativas nacionais e aos interesses das elites influentes quando lidam com grandes questões políticas” (HIRSCHL, 2005, p. 210 – tradução nossa).²³

²³ National high courts tend to adhere closely to prevalent worldviews, national metanarratives, and interests of influential elites when dealing with major political issues.

A quebra deste pacto pelas Cortes judiciais leva ao desprestígio de suas decisões e, em determinadas circunstâncias, à reforma legislativa, que visa à superação desta jurisprudência, seja alterando-se as leis, a composição do tribunal e, em último caso, até mesmo o parâmetro de análise da constitucionalidade, ou seja, a própria Constituição.

4.5 Ativismo Judicial e Autocontenção na Prática Jurisprudencial Brasileira

O ativismo judicial utiliza-se de uma abordagem estruturante-linguística para criar direitos por meio da jurisprudência ou alargar as possibilidades de aplicação de direitos já consagrados na legislação. “Há direitos não explícitos que refletem os princípios gerais do sistema previstos no organismo constitucional, admitindo-se uma interpretação orgânica (sistêmica) da Constituição possibilitadora de tal nuance” (LIMA, 2009, p. 181).

O STF, ao longo de sua história, por diversas vezes, tomou decisões que poderiam ser tidas como ativistas pela ótica das diversas teses aqui já mencionadas. Passa-se à análise de algumas destas decisões.

4.5.1 Direito de Greve dos Servidores Públicos

O art. 37, VII, da Constituição da República Brasileira garante aos servidores civis da administração pública de quaisquer dos poderes, seja federal, estadual ou municipal, o direito de fazer greve, que deverá ser exercido em conformidade com lei específica a ser redigida pelo legislador infraconstitucional. Todavia, a referida lei ainda não foi elaborada. Visando ao exercício deste direito, o Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo impetrou o Mandado de Injunção 670 (BRASIL, 2008), em face do Congresso Nacional perante o STF.

O STF tradicionalmente entedia que o Mandado de Injunção se limitava a certificar a mora legislativa, não obtendo-se decisão judicial capaz de tutelar o direito constitucional da parte. Entretanto, neste caso, o STF mudou seu entendimento para conferir ao Mandado de Injunção uma função mais abrangente. O “Tribunal passou a admitir soluções ‘normativas’ para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva” (BRASIL, 2008).

Como o tribunal já havia certificado a mora do legislador diversas vezes sobre o mesmo tema, considerou-se o risco da consolidação da omissão legislativa. O STF determinou neste caso que a Lei 7.783/1989, a qual regulamenta a greve dos trabalhadores em

geral, fosse aplicada para a greve dos servidores públicos até que o Congresso Nacional supra a omissão legislativa tantas vezes reconhecida. O mesmo entendimento foi posteriormente consolidado nos Mandados de Injunção 708 (BRASIL, 2008) e 712 (BRASIL, 2008), inclusive reconhecendo que o STF “não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia” (BRASIL, 2008)

Na mudança deste entendimento, o STF se serviu da teoria do vácuo para justificar sua atuação. Diante da omissão persistente do Congresso Nacional, frequentemente reconhecida judicialmente, o STF, finalmente, decidiu alterar seu entendimento para conceder efetividade ao direito de greve dos servidores públicos civis constitucionalmente consagrado.

4.5.2 Discussão Acerca da Lei de Biossegurança e Pesquisa com Células Tronco Embrionárias

O STF enfrentou a discussão a respeito da Lei de Biossegurança e da pesquisa com células troncos na ADI 3510 (BRASIL, STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, 2010), ajuizada em face do presidente da República e do Congresso Nacional. O art. 5º da referida lei permite pesquisas científicas com embriões humanos fertilizados *in vitro*, desde que inviáveis ou congelados há mais de três anos. Sendo o tema da pesquisa com células tronco bastante controvertido no Brasil, haja vista as possibilidades terapêuticas deste procedimento, bem como suas implicações morais, principalmente em um país de maioria católica, não é surpresa constatar que o trâmite desta ação recebeu extensa cobertura a mídia. Diversas organizações participaram do processo na condição de *amicus curiae*, o que permitiu a exposição de diversos pontos de vista a Corte.

O STF, por fim, julgou improcedente a ação para permitir a pesquisa com células tronco embrionárias nos termos do disposto na Lei 11.105/05. Prevaleceu o entendimento exposto pelo ministro Carlos Ayres Britto no sentido de não existir qualquer inconstitucionalidade no diploma legal analisado, ou ainda, violação ao direito a vida ou ao princípio da dignidade humana consagrados na Carta Magna brasileira. O fato de a Corte ter se debruçado sobre este tema e a ampla repercussão na sociedade deste julgamento são indícios da clara judicialização das relações sociais no Brasil. Nesse caso, a suprema corte brasileira adotou um posicionamento autocontido, preservando as disposições legislativas tal como redigidas pelo Congresso Nacional.

4.5.3 Vedação ao Nepotismo

Na ação declaratória de constitucionalidade 12 (BRASIL, STF, ADC 12, Rel. Min. Ayres Britto, 2009), o STF voltou-se para o tema do nepotismo no preenchimento de cargos e funções nos órgãos da administração pública, ao analisar a Resolução 07/05 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O tribunal entendeu, independentemente de manifestação do Poder Legislativo, que a Constituição, por aplicação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, proibia a nomeação de parentes até o terceiro grau para cargos em comissão e funções gratificadas. Tal entendimento foi consagrado na Súmula Vinculante 3 do STF.

Neste caso, o tribunal decidiu sobre matéria de nomeação de parentes para cargos da administração pública em geral, no âmbito de todas as esferas da Federação, à revelia de qualquer manifestação do Poder Legislativo. A matéria não foi discutida no Congresso e a decisão judicial, consagrada na súmula vinculante do Tribunal é aplicada em todo o território nacional. Este caso demonstra como assuntos importantes da sociedade brasileira são discutidos no Judiciário, bem como os limites de sua atuação. O tribunal assume uma postura ativista na tentativa de proteger e moralizar a ocupação dos cargos de confiança no país.

4.5.4 União Civil Entre Pessoas do Mesmo Sexo

O STF discutiu o tema da união civil entre pessoas do mesmo sexo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 (BRASIL, STF, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, 2011) e na ADI 4277 (BRASIL, STF, ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, 2011). Nestas ações, o tribunal reconheceu a existência da união civil entre pessoas do mesmo sexo no ordenamento brasileiro com base na proibição de discriminação e fazendo uma ampla leitura do art. 226 da CF, não obstante a omissão do legislador.

A Suprema Corte brasileira utilizou-se das disposições constitucionais para afirmar o direito dos casais homossexuais de firmarem união estável. O fato de diversas associações de defesa dos direitos dos homossexuais preferirem se manifestar no bojo desta ação em detrimento dos *lobbies* no Congresso Nacional, mais uma vez, demonstra o fenômeno da judicialização das relações sociais no Brasil.

Nestas ações, o STF posicionou-se contra os velhos preconceitos para afirmar que o sexo das pessoas não serve de parâmetro para a desigualação jurídica. Tal pronunciamento se

reveste de grande importância em um país que ainda sofre com o preconceito contra os homossexuais.

O STF assume, então, uma postura ativista para proteger uma minoria e para atender a um desejo da sociedade ou para suprir uma omissão do legislador. Note-se que a adoção de uma das teorias sobre o ativismo judicial já explicadas não implica a exclusão das demais.

Lado outro, se se aborda este caso pela ótica da teoria da integridade do direito, de Ronald Dworkin, a ser trabalhada em detalhes posteriormente, não se pode chegar a outra conclusão senão aquela alcançada pela Corte Suprema. “Embora a *Lex Fundamentallis* não tenha, expressamente, contemplado a união homoafetiva como relação familiar, uma visão unitária e sistêmica do ordenamento jurídico conduz, com tranquilidade, a essa conclusão” (FARIAS, 2010, p. 61). As leis de diversos estados da Federação, a exemplo da Lei 5034/07 do estado do Rio de Janeiro, citada nos votos dos ministros, já reconheciam a união homoafetiva para efeito do gozo de benefícios previdenciários. Da mesma forma, o paradigma do direito de família baseado no amor, carinho e afeto já afirmava pela pluralidade de entidades familiares e pela não taxatividade do rol constitucional do art. 226. Ademais, a Lei 11.340/06 já reconhecia a possibilidade de violência familiar no seio de entidades homoafetivas. Uma interpretação baseada na integralidade do ordenamento jurídico, tal como propõe Dworkin, não poderia deixar, por conseguinte, de reconhecer que o ordenamento brasileiro já afirmava a existência das uniões homoafetivas.

4.6 Ativismo Judicial na Suprema Corte dos EUA

Desenvolvidos os conceitos de ativismo judicial e algumas teorias que o fundamentam, passa-se a analisar a atuação da Suprema Corte dos EUA.

As decisões judiciais, não raro, ficam submetidas a uma tensão entre o que está prescrito em lei e o senso de justiça do magistrado. É neste conflito que surgem as posições ativistas e autocontidas nas diferentes decisões judiciais. Neste sentido, sobrepõe a importância de analisar a atuação de uma das mais importantes Cortes do mundo, não só pelo poderio econômico e político da nação americana, como também pela juridicidade e respeito à democracia de seus integrantes.

4.6.1 História da Suprema Corte dos EUA

A história da independência das Treze Colônias americanas é bastante conhecida. Por isso não se pretende aqui reproduzi-la. Declarada a Independência solenemente, em 1776, e vencida a guerra contra a Inglaterra, romperam-se os laços políticos entre a metrópole e a colônia.

Finda a euforia da vitória, os colonos passaram a se dedicar à dura tarefa de organizar o novo governo. Para tanto, reuniram-se os representantes dos colonos no denominado “Congresso Continental”. “Na verdade, o Congresso Continental era considerado tanto pelo povo como pelos governos estaduais mais como uma assembleia consultiva do que um verdadeiro governo” (SOUZA, 2008, p. 14). O Congresso Continental submeteu aos governos estaduais os Artigos da Confederação e União Perpétua, dando às treze Colônias a forma de uma Confederação. Este documento buscava assegurar a união dos estados em torno de problemas comuns. Todavia, o entendimento predominante era de que os estados seriam soberanos. Entretanto, a nascente Confederação não possuía tribunais para conhecer e julgar infrações ocorridas entre os estados membros e não havia poder executivo central.

Em 1787, realizou-se a *Convenção da Filadélfia*, em que foi proposta uma nova Constituição, “diploma então impopular” (RODRIGUES, 1958, p. 28), que fortaleceria a união entre as Treze Colônias, sob a roupagem federalista. “O processo de ratificação da Constituição foi extremamente conturbado. Muitos eram os que se opunham à criação do governo federal, considerando até mesmo que a liberdade conquistada com a revolução seria jogada por terra” (BARACHO JÚNIOR, 2003, p. 317). Em princípio, onze estados ratificaram a Constituição. O estado da Carolina do Norte veio a ratificá-la em 1789 e Rhode Island, apenas em 1790. A *Carta de Direitos* só foi acrescentada ao texto constitucional em 1790.

A Federação trouxe mecanismos de garantia da unificação territorial e política. Iniciou-se, então, a construção de um fino equilíbrio entre liberdade e ordem, e a distribuição de competências entre os estados e a União. Cria-se a Suprema Corte, órgão máximo do Poder Judiciário norte-americano, cuja competência previa a revisão dos atos dos outros órgãos do Judiciário. Para Aliomar Baleeiro (1968), a Corte Suprema norte-americana foi criada com olho nos interesses dos abastados proprietários de terras e comerciantes, como forma de protegê-los contra as classes menos favorecidas.

A Corte Suprema foi concebida como instituição da classe poderosa e abastada, para a defesa da Constituição e da propriedade contra os apetites e reivindicações da massa, que, pelo voto popular, poderia dominar o Poder Legislativo e, mercê das maiorias ocasionais, elaborar leis perigosas e demagógicas. Seria, pois, um órgão conservador dos objetivos políticos e dos interesses econômicos das classes então dominantes, para deter avanços temerários, que os líderes admitiam pudessem provir da elevação das massas por meio de processos democráticos de governo, sobretudo a probabilidade futura de sufrágio universal.

Nasceu, pois, a Corte Suprema com endereço pragmático, o da manutenção da propriedade, garantida pela Constituição mais do que a da própria liberdade, caso a maioria eventual viesse a desvairar, como se receava, o Congresso. Se contra este falhasse o voto do Executivo, haveria o controle da Corte (BALEEIRO, 1968, p. 31).

A Suprema Corte é o único tribunal previsto no texto da Constituição norte-americana. O número de integrantes é determinado pelo Congresso. Atualmente, detém nove integrantes, composição que é mantida desde 1869 (BAUN, 1987, p. 29), nomeados pelo presidente da República, com aprovação pelo Senado. Os cargos são vitalícios, podendo ocorrer renúncias voluntárias ou *impeachment*. Não existe previsão expressa de requisitos para ocupar um cargo na Suprema Corte dos EUA. A escolha é eminentemente política, podendo recair sobre qualquer americano.

Sua jurisdição está prevista no art. III, §2º, da Constituição dos EUA, contemplando a revisão de decisões das cortes federais e estaduais quando tenham decidido uma questão federal ou constitucional, além de uma competência originária, que envolve disputas entre estados. “Tamanha é a importância da Suprema Corte para o direito americano, que o direito aplicável nos Estados Unidos é quase inteiramente constituído por suas mais importantes decisões” (MORAES, 2003, p. 86).

Sua atuação é discricionária. O jurisdicionado requer o julgamento por meio de um instrumento processual chamado *writ of certiorari* e fica na expectativa de seu deferimento. Os *justices* se reúnem semanalmente para decidir sobre os *certiorari*. “A Suprema Corte não se vê na obrigação de corrigir erros judiciais” (SOUZA, 2008, p. 16).²⁴ O interesse nacional, a manutenção da ordem, a complexidade do caso e a carga de trabalho da corte orientam o julgamento. Daí, é possível afirmar que a Suprema Corte exerce indubitável função política.²⁵

²⁴ Bernard Schwartz (1966, p. 175) afirma que a Corte Suprema dos EUA se configura como tribunal de apelação devido à necessidade de unificação da interpretação e da aplicação da lei.

²⁵ Lawrence Baun (1987, p. 12) afirma que apesar da difundida visão da Suprema Corte como um órgão não político, como parte integrante do governo, a corte é uma instituição política.

Deferido o requerimento inicial, as partes são intimadas a redigir razões escritas, denominadas *briefs*, petições concisas e com limitado número de laudas, em que se expõem as razões de fato e de direito para o julgamento do caso.

As decisões costumam se basear em precedentes do tribunal, sendo raras as mudanças de orientação. O quórum mínimo exigido para uma decisão é de seis membros.

Entre 1790 e 1799, a Suprema Corte dos EUA não decidiu muitos casos. A instituição não detinha muita importância. A primeira sessão ocorreu em 2 de fevereiro de 1790. Até 1793, apenas cinco casos foram discutidos. “Várias pessoas rejeitaram ofertas de nomeação para a corte. O presidente John Jay, da Corte, e o juiz John Rutledge deixaram a Corte em troca de oportunidades mais atraentes em governos estaduais” (BAUM, 1987, p. 38).

A nomeação de John Marshall para sua presidência, em 1801, fez crescer a importância da Suprema Corte. Marshall já tinha ocupado cargos de advogado, parlamentar, diplomata e secretário de Estado. Foi nomeado como o terceiro presidente da Corte no apagar das luzes do governo de Adams. O partido federalista, vencido nas eleições pelos republicanos, buscava ocupar o máximo de cargos no Judiciário. “Na véspera da posse de Jefferson, até as 21 horas, Adams ainda lavrava nomeações, cujos beneficiários foram apelidados pelos republicanos de ‘juizes da meia-noite’” (RODRIGUES, 1958, p. 22).

A icônica decisão no caso *Marbury v. Madison*, de 1803, estabeleceu a supremacia da Corte na interpretação constitucional. Paulatinamente, os poderes reivindicados pelo tribunal foram sendo aceitos por outros órgãos de governo e pelos cidadãos.

Neste período, é clara a preocupação da Suprema Corte com temas como federalismo e relacionamento entre o Governo Federal e os governos estaduais. A atuação do tribunal em prol do poder nacional é exemplificada pela decisão no caso *Gibbons v. Ogden* (SWISHER, 1964, p. 36), que derrubou o monopólio estadual sobre o transporte de navios, e no caso *McCulloch v. Maryland* (SWISHER, 1964, p. 25), que firmou a teoria dos poderes implícitos do Congresso. Em um período conturbado, marcado pelas grandes diferenças entre os estados do norte e os do sul e pela antipatia contra o governo centralizado, a Suprema Corte conseguiu firmar a ideia da supremacia do Judiciário na interpretação da Constituição e fortalecer o poder federal em face dos poderes estaduais, que tiveram seus poderes restringidos, “visando não só à expansão do governo nacional como a proteção dos direitos privados” (RODRIGUES, 1958, p. 45-46).

A Guerra Civil americana termina em 1865. Após o conflito, a Corte, gradativamente, passa a se pronunciar sobre a regulação econômica, casos antitruste e condições de emprego. A posição liberal da Suprema Corte a tornou hostil às tentativas governamentais de regular a

economia. A decisão judicial que bem representa o pensamento do tribunal neste período é o caso *Lochner v. Nova York* (SWISHER, 1964, p. 108).

Nos anos de 1930, a postura liberal da Corte passa a ser bastante criticada. A necessidade de combater a Grande Depressão levou à implementação de um grande programa de recuperação econômica pelo presidente Franklin Roosevelt, o *New Deal*. Leis que visavam à limitação da produção agrícola e à estabilização dos preços, bem como acordos sobre as práticas de trabalho, foram consideradas inconstitucionais na da visão liberal e conservadora dominante na Corte.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, decresce a importância dos casos de regulação econômica julgados pela Corte, que passa a se concentrar nas liberdades civis. A Corte ainda mantém este assunto como seu principal foco de decisões, alternando posições ativistas e autocontidas, conforme se passa a demonstrar.

4.6.2 Ativismo Judicial e Autocontenção na Suprema Corte dos EUA

A longa história da Suprema Corte dos EUA é refletida em sua atuação, na qual há momentos em que predomina o ativismo judicial e outros em que predomina a autocontenção. “Na verdade, estudar a jurisprudência daquele grande tribunal quase significa fazer um curso de história americana, pois todos os problemas nacionais importantes sempre lhe foram submetidos sob a forma de um caso ou controvérsia” (RODRIGUES, 1958, p. 14).

No século XIX e início do século XX, os EUA experimentaram uma grande onda legislativa e reguladora, a qual originou diversas disputas judiciais. A atuação da Corte nesta época se caracterizava por sua forte tendência formalista, legalista, conservadora e liberal. “O formalismo foi o fio condutor dessa época de afirmação inicial, referendada pela conquista do velho oeste e a multiplicação de fronteiras, levando o desbravador até o oceano pacífico” (SOUZA, 2008, p. 17).

A Corte, neste momento, tinha uma postura bastante ativista, não se negando a declarar a inconstitucionalidade de diversas leis estaduais. No entanto, era uma postura conservadora e liberal. Um exemplo é o famoso caso *Dread Scott vs. SandFord* (SWISHER, 1964, p. 55), de 1857, quando se afirmou que os escravos não seriam cidadãos dos EUA, cabendo a definição jurídica de sua situação aos estados. Outro exemplo é o caso *Lochner vs. New York* (SWISHER, 1964, p. 108), de 1905, em que se discutiu uma lei que impusera a limitação do horário de trabalho de padeiros. A decisão da Corte declarou a lei

inconstitucional, privilegiando-se, assim, a liberdade contratual e o liberalismo econômico dominante na época. Nas palavras de José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior:

A doutrina do devido processo substantivo, que inicialmente prevaleceu na Suprema Corte até 1937, quando houve a decisão em *West Coast Hotel v. Parrish*, esteve voltada para a proteção de direitos fundamentais à propriedade e a liberdade, especialmente a liberdade de iniciativa e de contrato, contra a ação dos governos estaduais. Por outro lado, como consequência desta mesma doutrina, várias leis estaduais que dispunham sobre direitos sociais, tais como jornada máxima de trabalho, salário mínimo, proteção ao trabalho da mulher e limites ao trabalho infantil, foram declaradas inconstitucionais (BARACHO JÚNIOR, 2003, p. 321).

Posteriormente, esta visão idealista cedeu espaço a uma postura amparada no realismo jurídico, linha doutrinária que postula a ampliação do Estado na economia e que, posteriormente, vai originar o pragmatismo jurídico.

Nos anos de 1920 e de 1930, a Suprema Corte visou discutir a constitucionalidade da regulamentação governamental para a economia. É um período de forte ativismo conservador e liberal na corte. A Suprema Corte é bastante criticada neste período, inclusive pelo presidente Franklin Roosevelt, que propunha o aumento de número de juízes no tribunal e a restrição de sua competência. É o chamado *court-packing plan* (SAMPAIO, 2002, p. 71). Esta proposta de alteração da composição do tribunal levou a Corte a recuar, alterando seu posicionamento, o que se tornou conhecido como *the switch in time that saved nine*²⁶ (a mudança em tempo de salvar nove), mantendo a legislação do *New Deal*.

Bruce Ackerman (1998, p. 12) anota que os embates em torno do *New Deal*, ao lado da fundação da nação americana, em 1780, e a reconstrução, em 1860²⁷ – que tornou a Carta de Direitos aplicável aos estados – são um momento revolucionário na história americana. Não obstante o fato de as velhas instituições terem sido mantidas, um novo processo constitucional começa a partir delas. Bernard Schwartz (1966, p. 183) afirma que a omissão da Constituição americana em fixar o número de juízes da Suprema Corte configura uma perigosa lacuna no sistema norte-americano. Contra medidas desta natureza, a Corte Suprema nada pode fazer, devendo necessariamente buscar o apoio da opinião pública. Em 1946, após o plano de alteração da corte de Roosevelt, a ordem dos advogados de Nova York (*Association of the Bar of the City of New York*) sugeriu uma Emenda Constitucional para

²⁶ John Hart Ely (1980, p. 46) afirma que a mudança de entendimento da Corte ocorreu antes do anúncio do plano presidencial de alteração do tribunal e de forma independente a este.

²⁷ Akhil Reed Amar (1998) afirma que a Reconstrução de 1860 alterou profundamente o significado original das disposições da *Bill of Rights* norte-americana. Originalmente feita para proteger o povo contra o governo, a Carta de Direitos passa a proteger a minoria contra a maioria após a Reconstrução.

proteger a Suprema Corte. Entretanto, a iniciativa nunca se concretizou (FRIEDMAN, 2002, p. 27).

É certo que no período de 1880 até 1930 a Suprema Corte se dedicou à defesa dos negócios particulares contra a intervenção do governo, adotando uma postura liberal clássica. Dedicou-se principalmente ao tema da regulação do mercado consumidor e de trabalho. “A Corte declarou inconstitucional bom volume de legislação que limitava a liberdade dos negócios, inclusive algumas regulamentadoras muito importantes” (BAUM, 1987, p. 271). Os poderes regulamentários do governo, tanto no nível federal quanto no estadual, foram restringidos.

Os maiores beneficiários desta postura adotada pela Suprema Corte foram os negociantes - em particular, as grandes empresas - tendo em vista que a maior parte da legislação revogada visava evitar o abuso do poder econômico por grandes empresas.

Neste período, as liberdades civis não configuravam como um tema de importância. O caso de maior importância no período liberal foi, certamente, *Plessy v. Ferguson* (ESTADOS, UNIDOS, 1896), que decidiu pela legitimidade da doutrina de segregação racial. “Em termos ideológicos, a Corte daquele período, claramente, era conservadora. Interpretava a Lei de modo a proteger interesses privilegiados da sociedade: os das empresas comerciais. Ao mesmo tempo, pouco fazia para proteger os grupos menos favorecidos, como os negros” (BAUM, 1987, p. 275).

Nos anos de 1940, as decisões da Suprema Corte passaram a versar sobre apoio às liberdades civis. Contudo, o período de 1937 a 1954 é marcado pela autocontenção judicial.

Em 1953, Earl Warren foi nomeado para o cargo de *chief justice* pelo então presidente Eisenhower. Sua ascensão se deu em um momento de grande intolerância nos EUA, com o medo atávico do comunismo, a restrição à liberdade e o progressivo aumento de práticas discriminatórias, principalmente a negros. Essa nomeação marcou um período de intenso ativismo judicial na Corte americana. A mais importante decisão desta Corte foi o caso *Brown vs. Board Education of Topeka* (SWISHER, 1964, p. 173), que declarou a inconstitucionalidade da política de segregação racial nas escolas públicas americanas, superando a política considerada legítima na decisão *Plessy vs. Ferguson* (SWISHER, 1964, p. 101), de 1896. Ronald Dworkin (2007, p. 04) afirma que esta decisão levou à mais profunda revolução social deflagrada por uma instituição política nos EUA. Em 1964, no caso *Griffin vs. School Board of Prince Edward County* (ESTADOS UNIDOS, 1964), a Corte decidiu sobre a execução da decisão tomada em *Brown*, quando declarou inconstitucional a transformação de escolas públicas em privadas, a fim de evitar a integração. E, mais, em

Mclaughlin vs. Florida (ESTADOS UNIDOS, 1964) decidiu que toda classificação racial é duvidosa e em *Love vs. Virginia* (ESTADOS UNIDOS, 1967) declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais que proibiam a união entre pessoas de raças diferentes.

A Corte de Warren ainda se manifestou sobre outros importantes temas, como: o direito a defesa técnica àqueles sem recursos financeiros (*Gideon vs. Wainwright* – ESTADOS UNIDOS, 1963); a possibilidade de tribunais federais conhecerem de *habeas corpus* contra decisões das cortes estaduais (*Fay vs. Noia* – ESTADOS UNIDOS, 1963); reprodução humana, declarando inconstitucional lei estadual que punia o uso de anticoncepcionais (*Griswold vs. Connecticut* – ESTADOS UNIDOS, 1965); liberdade religiosa, julgando inconstitucional a exigência de uma declaração de crença em Deus para a posse em cargo público (*Torcaso vs. Watkins* – ESTADOS UNIDOS, 1961); liberdade de expressão, que não poderia ser restringida mesmo em caso de apologia ou incitação a crime (*New York Times vs. Sullivan* – ESTADOS UNIDOS, 1964) e direitos políticos, assegurando a igualdade entre brancos e negros na formação dos distritos eleitorais (*Baker vs. Carr* – ESTADOS UNIDOS, 1962).

Logo se vê que o período sob a presidência de Warren foi marcado por intenso ativismo judicial, proporcionando grande impulso no desenvolvimento dos direitos fundamentais nos EUA. A atuação da Corte neste período é muito elogiada e também bastante criticada. Isso porque a Corte passou a ditar algumas políticas a serem aplicadas pelo Estado, principalmente no caso da igualdade racial, mesmo contrariando a vontade política dos legislativos estaduais.

No final dos anos de 1950, o Congresso reage às decisões da Corte de Warren propondo inúmeras medidas legislativas contra o tribunal. “Estas propostas fracassaram , em parte porque a Corte se engajou numa versão mais limitada de seu recuo na época do New Deal” (BAUM, 1987, p. 44). De fato, esse recuo levou a Bernard Schwartz (1966, p. 264) a afirmar: “A Corte Suprema não pode mais ser acusada de exercer funções de um superlegislativo, que decide sobre a propriedade da legislação de acordo com sua própria idéia de razoabilidade”.

Após sua aposentadoria, em 1969, Earl Warren foi substituído por Warren Burger, nomeado pelo então presidente Richard Nixon. As nomeações do presidente buscavam dar ao tribunal uma feição conservadora. Burger se identificava com a ala conservadora e buscava a limitação das decisões tomadas no período anterior (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET, 1996, p. 80).

De fato o tribunal adotou uma postura mais conservadora em temas como o processo criminal (ESTADOS UNIDOS, 1982), aumentando o poder das autoridades em revistar automóveis sem mandado, e a liberdade de expressão, aumentando a regulação governamental sobre materiais obscenos.

Na década de 1970, o tribunal “deu apoio significativo à igualdade jurídica para as mulheres, revogando uma série de leis que tratavam as mulheres e homens diferentemente” (BAUM, 1987, p. 45). Importante notar que foram os liberais quem se insurgiram contra as decisões da Suprema Corte de Warren que invalidavam atos do Congresso (DWORKIN, 2010, p. 216), o que demonstra que mesmos grupos políticos tidos como progressistas podem se opor ao ativismo judicial exercido pelos tribunais.

Um dos casos mais importantes decidido por Burger foi *Roe vs. Wade* (ESTADOS UNIDOS, 1973), que conferiu à mulher o direito de abortar até o sexto mês de gravidez. Os estados só poderiam proibir o aborto a partir do sexto mês. Até o terceiro mês não poderia haver interferência na vontade da mulher e a partir do terceiro mês poderia haver regulamentações voltadas para preservar a saúde da gestante. Tal decisão, que pode ser caracterizada por ativista, trouxe para o direito as enormes controvérsias políticas existentes sobre o tema do aborto. Nas palavras de José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior:

Os problemas jurídicos e políticos gerados por *Roe vs. Wade* levaram a Suprema Corte a retomar esse precedente e *Casey v. Pennsylvania*, quando a Suprema Corte acabou revendo diversas questões relativas ao aborto, limitando o alcance de *Roe v. Wade*, apesar de reafirmar seu conteúdo central. Em virtude da decisão em *Casey v. Pennsylvania*, a Suprema Corte, apesar de manter o direito de aborto até o sexto mês de gravidez reconheceu uma ampla autoridade dos Estados no sentido de regulamentar as diversas formas de exercício desse direito, possibilitando, assim, várias intervenções em situações de aborto (BARACHO JÚNIOR, 2003, p. 327).

Essa decisão exemplifica bem os limites do ativismo judicial ao tentar-se impor uma decisão de um tribunal em um tema extremamente controvertido na sociedade como é o aborto. A dificuldade de encontrar um consenso levou ao recuo da corte em *Casey vs. Pennsylvania* (ESTADOS UNIDOS, 1992)²⁸. Com certeza, trata-se de um tema controvertido e que desperta obstinadas paixões. Ronald Dworkin, por exemplo, defende a competência da Suprema Corte para decidir sobre tal questão, bem como a ideia de que o feto não é uma pessoa constitucional dentro do sistema americano (DWORKIN, 2006, 67). Apesar dessa

²⁸ Ronald Dworkin (2006, p. 190) afirma que *Casey v. Pennsylvania* reafirma e fortalece a decisão tomada em *Roe v. Wade*.

controversa decisão, a Corte de Burger foi marcada pela tentativa de retorno do conservadorismo e da autocontenção²⁹.

Em *United States v. Nixon* (ESTADOS UNIDOS, 1974), a Corte obriga o presidente Nixon a apresentar as gravações de suas conversas a um tribunal federal, enfraquecendo a posição de um presidente às voltas com um processo de impeachment. Esta decisão firma a posição da corte como um participante independente do processo político americano.

Esse período, que vai da década de 1940 até a década de 1980, deixa clara a mudança da posição da Corte, em comparação com a linha liberal-conservadora adotada até os anos 1930. Após o embate com o presidente da República em torno do *New Deal*, as políticas econômicas e regulamentárias do Governo Federal foram aceitas como constitucionais. A posição ativista volta-se para o campo dos direitos civis, atingindo seu pico nos anos de 1960. Os maiores beneficiários das decisões adotadas pela Suprema Corte neste período são os grupos minoritários, social e economicamente menos favorecidos, principalmente os negros e as mulheres.

Após a aposentadoria de Burger, em 1986, William H. Rehnquist foi nomeado *chief justice* pelo presidente Ronald Reagan, marcando assim a volta do conservadorismo e da autocontenção³⁰ à Suprema Corte. De fato, Rehnquist era famoso por seu comprometimento com a autocontenção judicial e o majoritarianismo (STONE; SEIDMAN; SUNSTEIN; TUSHNET, 1996, p. 89).

“Rehnquist e os demais justices conservadores consideravam os que assumissem uma postura ativista liberal tendenciosos a criar direitos não previstos na Constituição” (SOUZA, 2008, p. 36). Os direitos, então, deviam ser previstos em textos legais, não criados nas decisões judiciais. Essa tendência fica clara na análise das decisões da Corte. Em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (ESTADOS UNIDOS, 1992), a Corte manteve o conteúdo central de *Roe v. Wade*, entretanto reconheceu a possibilidade de os estados regulamentarem a matéria. Em *Ada v. Guam Society of Obstreticians and Gynecologist* (ESTADOS UNIDOS, 1992), a Suprema Corte rejeitou o recurso que visava à declaração de inconstitucionalidade da Lei Antiborto da Ilha de Guam. Em *Bowers v. Hardwick* (ESTADOS UNIDOS, 1986), a Suprema Corte afirmou a constitucionalidade de uma lei do estado da Geórgia que criminaliza o ato sexual homossexual, mesmo se tratando de adultos. “Considerou-se a sodomia imoral e contrária às tradições do país” (LIMA, 2009,

²⁹ John Hart Ely (1980, p. 03) afirma que apesar de *Roe v. Wade*, a Corte de Burger era um tribunal conservador. Em comparação com seu antecessor, não resta dúvida que houve um retorno ao conservadorismo.

³⁰ Neste sentido, LIMA (2009, p. 77).

p. 76). Esta decisão foi revogada em *Lawrence v. Texas* (ESTADOS UNIDOS, 2003). Em *Bush v. Gore* (ESTADOS UNIDOS, 2000), a Suprema Corte teve que decidir sobre o espinhoso assunto da eleição presidencial do país. O tribunal acabou por decidir pela inconstitucionalidade dos procedimentos determinados pelo Tribunal da Flórida, que demandava a recontagem e a conferência dos votos no estado, o que determinou o resultado da eleição e consagrou vencedor o republicano e conservador George W. Bush.

Atualmente, o presidente da Corte é John G Roberts Jr, nomeado para o cargo pelo presidente Bush, em 2005. Sob sua direção, o tribunal mantém seu compromisso com a autorestrição e o conservadorismo.

Vê-se que a Suprema Corte dos EUA decide sobre as mais diferentes matérias, em casos mais diversos, e alterna períodos de maior ativismo judicial e de contenção. Contudo, Lawrence Baum (1987, p. 246 - 247) identifica em sua atuação maior ênfase quanto ao tema das liberdades civis. No que tange a este tema, a Corte tem exercido papel determinante quanto às políticas públicas adotadas. “Em contraste, a falta de atividade da Corte em várias áreas importantes de políticas assegura que seu impacto nestes campos seja limitado, na melhor das hipóteses” (BAUM, 1987, p. 259). A Suprema Corte tem limitado sua atuação em temas como economia e política externa, assuntos que são mais bem tratados pelo Executivo.

4.7 Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal

A atividade do Supremo Tribunal Federal é tão longa quanto a de sua contraparte norte americana. Entretanto, como o Brasil atravessou diversos períodos ditatoriais, a Corte brasileira não experimentou um período de independência tão longo quanto a dos EUA.

O STF atualmente está previsto no artigo 101 da Constituição brasileira e é formado por 11 ministros, nomeados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado. É uma instituição de clara inspiração na Suprema Corte dos EUA.

4.7.1 História do Supremo Tribunal Federal

Proclamada a Independência do Brasil, o art. 163 da Constituição de 1824 instituiu o Supremo Tribunal de Justiça, com limitadas competências e submisso ao poder moderador. Não houve grandes alterações após a independência, conforme explana Cruz (2004, P. 270), “a necessidade de ordem e segurança, bem como a enorme influência da facção política

caramuru (portugueses residentes no Brasil) fizeram com que a Carta Imperial de 1824 recepcionasse toda a legislação anterior”.

Os membros do tribunal eram escolhidos diretamente pelo imperador. Não havia controle de constitucionalidade de atos normativos. A competência para velar pela Constituição era da Assembleia Geral. Nem mesmo havia a disposição de enfrentar outros poderes do Império em nome da implementação de direitos. “A feição de um juiz dependente do poder político, por este nomeado e sofrendo as vicissitudes de suas predileções durante toda a carreira, foi constante durante todo o Império” (NALINI, 2008, p. 284).

Sofrendo interferências políticas e desprovido de ferramentas de controle de constitucionalidade, a atuação do Superior Tribunal de Justiça limitou-se à uniformização da jurisprudência e da aplicação das leis pelos tribunais inferiores (ALVES JÚNIOR, 2004, p. 128).

A denominação “Supremo Tribunal Federal” somente foi adotada em 1890, pelo Decreto 848, de 1890, editado pelo governo republicano provisório, assumindo a guarda da Constituição e tendo a Suprema Corte como referência, “especialmente em razão da influência que o Direito Constitucional americano exercia sobre Rui Barbosa” (BARACHO JÚNIOR, 2003, p. 331), autor do anteprojeto da Carta, que já instituiu o controle concreto de constitucionalidade das leis. O tribunal era formado por 15 juízes, nomeados pelo presidente da República e aprovados pelo Senado. Já tendo notado os conflitos entre a Suprema Corte Americana, o Executivo e o Legislativo, as competências do tribunal e seu número de membros foram fixadas constitucionalmente (RODRIGUES, 1991, p. 03).

“A criação de um novo tribunal era acalentada por poucos juristas brasileiros no fim do Segundo Reinado” (CRUZ, 2004, p. 272). A formação conservadora dos juristas brasileiros e a influência do positivismo limitavam o apelo do pensamento jurídico norte-americano. “Mudou-se o sistema constitucional, e permaneceram as velhas mentalidades” (ÁLVES JÚNIOR, 2004, p. 147). De fato, o nascente tribunal, por economia ou questões pessoais, aproveitou os juízes que compunham a corte monárquica. “Esses magistrados, cujos os nomes estão esquecidos, aderiram à República, mas, no fundo da mentalidade, eram prisioneiros do passado a que perteciam” (BALEEIRO, 1968, p. 19).

O STF, em sua primeira encarnação republicana, era visto como um instrumento de conservação do regime político e freio aos atos do Parlamento (CRUZ, 2004, p. 274 - 275). O controle de constitucionalidade era um meio de resguardar a República contra um possível retorno da Monarquia.

Já em 1893, houve o primeiro conflito com o Poder Executivo. Após o STF declarar nulidade do Código Penal da Marinha, o presidente Floriano Peixoto deixa de nomear sete ministros, tornando impossível o quórum mínimo de funcionamento da Corte, bem como se recusava a dar posse ao presidente eleito pela Corte. O Marechal de Ferro chegou a nomear o médico Barata Ribeiro para a Corte Suprema. Este atuou como ministro por quase um ano, até que o Senado desaprovou ou sua nomeação.

Se, de um lado, o STF contribuiu com a consolidação do modelo republicano no país, de outro, não se furtou ao seu papel de defensor dos direitos fundamentais. Nas palavras de Leda Boechat Rodrigues:

Estes 8 primeiros anos de vida do Supremo Tribunal Federal no Brasil são extremamente importantes para na história da preservação das liberdades civis no Brasil, e para a definição das liberdades de palavra e reunião, muito antes que a Corte Suprema dos Estados Unidos enfrentasse esse problema (RODRIGUES, 1991, p. 06).

Diversos foram os *habeas corpus* impetrados e deferidos pela Corte em proteção de dissidentes do regime predominante, para a ira do presidente Floriano Peixoto. A doutrina brasileira do *habeas corpus* ampliou a finalidade deste instrumentos, que passou a defender outros direitos além da liberdade de locomoção. “O Supremo Tribunal Federal afirmava-se como um dos Poderes da República, distanciando-se muito do antigo Superior Tribunal de Justiça do Império” (CRUZ, 2004, p. 278). Quanto às reuniões da classe operária, o Tribunal ainda adotava uma postura condizente com o modelo liberal clássico.

Esgotado o modelo jurídico-político vigente na República Velha, a Revolução de 30 inaugura uma nova ordem constitucional, com alterações da composição da Cúpula do Judiciário Nacional. Diminuiu-se o número de magistrados de 15 para 11. O governo Vargas aposentou vários ministros e alterou diversas vezes as regras de funcionamento da Corte. A Constituição de 1934 alterou sua denominação do tribunal para Corte Suprema. Seus membros continuaram a ser nomeados pelo presidente da República, com a aprovação do Senado. Previu-se a competência para julgar representação interventiva, que podia ser interposta pelo procurador-geral da República na defesa de princípios constitucionais sensíveis. “Surge assim, no âmbito das competências da Corte Suprema, o embrião do controle concentrado de constitucionalidade” (MORAES, 2003, p. 213). O Mandado de Segurança foi criado “como instrumento de provocação da jurisdição constitucional, ao lado do já existente e muito usado *habeas corpus*” (ALVES JÚNIOR, 2004, p. 218).

A Constituição de 37 instituiu o Estado Novo e devolveu à cúpula do Judiciário a denominação de Supremo Tribunal Federal. Permitiu, ainda, que o Congresso Nacional, por solicitação do presidente da República, tornasse sem efeito as decisões da Corte. Durante o Estado Novo, com o congresso fechado por ordem do ditador, o próprio Getúlio Vargas tornou sem efeito as decisões do STF por meio de decretos-lei.

O número de ministros e suas atribuições foram mantidas, mas o presidente poderia “excluir compulsoriamente, por meio de aposentadoria ou prisão, qualquer um ou todos os membros da Corte” (ALVES JÚNIOR, 2004, p. 260). Instalada a ditadura no país, o STF não teve a capacidade de enfrentar o Executivo, dando prevalência à questões de direito privado e criminal, em detrimento das controvertidas questões de direito público.

Após a Segunda Guerra Mundial, o Brasil volta ao rumo democrático. “Ainda que no seio da Constituinte de 1946, avultasse o número de homens que, de um modo ou de outro, por ação ou omissão, estiveram comprometidos com a ditadura, havia, de modo geral, execração a esta” (BALEEIRO, 1964, p. 80). A Carta Constitucional de 1946 retorna a tradição liberal em relação aos direitos e às garantias individuais. O Tribunal Federal de Recursos (TFR) é criado como forma de aliviar a já grande carga de trabalho do STF. Foi restaurado o controle de constitucionalidade nas bases da Constituição de 1934, o mandado de segurança, o *habeas corpus* e os direitos políticos. As competências do STF foram mantidas.

Com a instauração do regime militar de 1964, o STF passou por inúmeras alterações em decorrência do não alinhamento de seus membros com a ditadura que se instalava no país.

O Ato Institucional n. 1, de 1964, manteve nominalmente a Constituição de 1946, buscando imprimir uma aparência de legitimidade e legalidade à ditadura que se iniciava. Todavia, suspendeu as garantias da magistratura, permitindo a exoneração e a aposentadoria de seus membros. O presidente da República passou a ser eleito indiretamente pelo Congresso Nacional. No entanto, “os oposicionistas no Congresso, a imprensa não alinhada e um Judiciário independente estavam sendo obstáculos para os atos revolucionários, especialmente os arbitrários” (ALVES JÚNIOR, 2004, p. 326).

O Ato Institucional n. 02, de 1965, alterou o número de ministros de 11 para 16, permitindo, assim, a nomeação de membros que fossem politicamente alinhados com o regime. Ademais, foram excluídos da apreciação do Judiciário os atos praticados pela Junta Militar que assumiu o poder após o golpe e reestabelecida a Justiça Federal. O presidente da República ganha poderes de suspender os direitos políticos de cidadãos e de cassar mandatos legislativos.

O Ato Institucional n. 4 convoca o Congresso para cancelar a Constituição de 1967, instituindo formalmente o regime militar no Brasil.

O Ato Institucional n. 05, de 1969, obrigou a aposentadoria de três ministros que contestavam em suas decisões atos do regime dos militares: Vítor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. Ademais, novos atos de força do governo foram excluídos da apreciação do Judiciário. Mais poderes foram concentrados nas mãos do presidente da República e diminuí-se a autonomia de estados e municípios. Foram cassados direitos políticos e mandatos parlamentares. As garantias da magistratura são suspensas, assim como a garantia do *habeas corpus* para os crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Aumentou a perseguição, assim como a censura a veículos de comunicação. O regime deixa de vez a farsa da manutenção da ordem democrática para assumir sua feição ditatorial.

O Ato Institucional n. 6, de 1969, devolveu ao tribunal a configuração de 11 ministros, aposentando-se cinco ministros, três compulsoriamente. A competência da justiça militar foi ampliada e a da própria Corte Suprema reduzida.

O regime militar criou dois importantes institutos: a advocatória e a representação de inconstitucionalidade. Pelo primeiro, o STF podia, mediante pedido do procurador-geral da República, chamar para si a competência de julgamento de qualquer causa da qual decorra perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e às finanças públicas. Pela representação de inconstitucionalidade, que já existia em sua modalidade interventiva, podia ser feito o controle de constitucionalidade de leis em sua modalidade abstrata e concentrada pelo STF, mediante representação do PGR. “Essa modificação do mecanismo de jurisdição constitucional, criou no sistema brasileiro dois modelos de controle de constitucionalidade: o difuso, instituído em 1891 e o concentrado, a partir do regime constitucional militar” (ALVES JÚNIOR, 2004, p. 335-336).

O período da ditadura militar foi bastante conturbado para o STF. Luís Carlos Martins Alves Júnior (2004) divide sua atuação em duas fases. A primeira, de 31 de março de 1964 até a edição do AI-5; e a segunda, após a edição do AI-5. Com a edição do quinto Ato Institucional, o governo demonstrou que não aceitaria ser desafiado pela Corte. Se antes do AI-5, o tribunal ainda decidia com independência, após 13 de dezembro de 1968 não há mais entraves às decisões do Executivo.

A volta do regime democrático ao país com a promulgação da Constituição de 1988, devolveu ao STF sua importância. A Corte detém a competência da guarda da Constituição, sendo o órgão de cúpula do Judiciário nacional. A aplicação da legislação federal foi

repassada ao recém-criado Superior Tribunal de Justiça (STJ). Instituíram-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, o Mandado de Injunção e o *Habeas Data*. Manteve-se o controle abstrato de constitucionalidade, com a ampliação do rol de legitimados para sua interposição ao lado do controle concreto.

4.7.2. Ativismo Judicial e Autocontenção no Supremo Tribunal Federal

O STF sempre teve uma atuação errática em virtude da fragilidade do próprio regime democrático no país. “É um contexto em que aquele tribunal anseia por romper os limites de uma estrutura autocrática, buscando, portanto, em meio a altos e baixos, uma definição de seu espaço” (VASCONCELOS, 2003, p. 104). A tensão entre a defesa dos direitos fundamentais e as “questões políticas” que lhe são submetidas marca a atuação da Corte: de um lado, a vontade de romper barreiras; de outro, a estrutura do poder e a força das ditaduras.

A atuação do tribunal não é marcada pela disposição de enfrentar os outros poderes da República, “na República Velha, a doutrina retrata o histórico do Supremo Tribunal Federal de maneira positiva e reverencial” (CRUZ, 2004, p. 265)

Não obstante, a jurisprudência da Corte brasileira tem contribuído para a proteção dos direitos individuais. Um exemplo é a construção da doutrina brasileira do *habeas corpus*, a partir da influência de Rui Barbosa. Essa doutrina permite o manejo dessa célere garantia processual na defesa de diversos direitos fundamentais, tais como os direitos políticos, não apenas a liberdade de locomoção. Lêda Boechat Rodrigues (1991, p. 33) informa que a ampliação do *habeas corpus* foi muito criticada na época, mas é fruto da falta de remédios constitucionais, já previstos em outros ordenamentos jurídicos, como o norte americano, e da necessidade do STF pronunciar-se sobre diferentes temas. Paradoxalmente, a própria Suprema Corte Americana veria a necessidade de ampliar os efeitos do *habeas corpus* na década de 1960.

Outra inovação é a adoção do sistema de constitucionalidade de leis. “A despeito de sua timidez em relação às chamadas questões políticas e de considerar o máximo a hipótese de se abster no controle de constitucionalidade das leis, é possível afirmar que o instituto vingou por essas bandas” (CRUZ, 2004, p. 279). De outro lado, a atuação da Corte no início do século XX era extremamente severa no tocante a movimentos populares.

Quanto ao federalismo, o STF seguia a lição do *Justice John Marshall* da Suprema Corte dos EUA, que afirmava a soberania da União em contraposição à autonomia dos estados.

Na era Vargas, renovaram-se as tentativas de se ampliar os efeitos de alguns instrumentos processuais, seguindo a inspiração de Rui Barbosa. Contudo, o STF, desta vez, não se deixou cativar por esta doutrina. O controle de constitucionalidade passou a ser visto como instrumento de manutenção do *status quo*. O STF passa a atuar como instrumento de centralização do Estado brasileiro, por meio de representação interventiva de inconstitucionalidade. “Inúmeros habeas corpus e mandados de segurança chegaram ao Supremo que, então dócil a ditadura, denegava-os seguidamente” (CRUZ, 2004, p. 286). Sob a ameaça de interferência do Executivo e a pressão da sociedade civil, amedrontada por facções comunistas e integralistas, o tribunal não conseguiu se opor aos desmandos do Executivo.

O caso da alemã Olga Benário, esposa de Luiz Carlos Prestes, ilustra a situação do tribunal no período. Ela foi presa juntamente com o marido. Sendo judia e comunista, sua deportação à Alemanha, então sob o domínio de Adolf Hitler, seria o equivalente a condená-la morte. Impetrado o HC em favor da prisioneira alemã, seu pedido foi negado sem conhecimento do recurso pelo relator. Deportada para a Alemanha nazista, Olga Benário faleceu em um campo de concentração na cidade de Bernburg.

Após a redemocratização do país, com a Constituição de 1946, o STF permanecem em sua postura de submissão ao Poder Executivo, demonstrando todo o conservadorismo de seus membros, que foram incapazes de acompanhar os ventos democráticos que sopravam no país.

Mas esta postura de docilidade em face dos interesses do Executivo, uma tônica desse período, juntava-se outra grave mazela do Tribunal: seu distanciamento do cidadão. Atormentado por questões de interesse infraconstitucional e carregado pelo peso de uma herança centenária de positivismo, o Supremo manteve inutilizado diversos direitos fundamentais, tais como o direito à greve e à divisão de lucros com os empregados pelo raciocínio das chamadas normas programáticas (CRUZ, 2004, p. 288).

A questão do Partido Comunista Brasileiro (PCB) bem demonstra tal submissão. Em um contexto de aumento da tensão entre o bloco comunista e capitalista, o PCB teve seu registro cassado em 1947 pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE). O mesmo ocorreu com os mandatos de seus parlamentares, em 1948. Desta decisão foi impetrado mandado de segurança e HC pelos deputados comunistas. Todos os recursos foram negados pelo tribunal, “adotando uma postura formalista e tacanha” (CRUZ, 2004, p. 288).

O episódio da morte do então presidente Getúlio Vargas também demonstra como o STF encontrava submetido ao Executivo. Com a morte de Vargas, assume seu vice, Café Filho. Em outubro de 1955, Juscelino Kubitschek é eleito. Café Filho sofre um ataque

cardíaco e o comando do país passa ao presidente da Câmara dos Deputados, Carlos Luz. O ministro da guerra, general Lott, convencido de que Carlos Luz pretendia dar um golpe de estado para impedir a posse do presidente eleito, adianta-se e, utilizando a força do exército, depõe Carlos Luz. Neste momento, assume a presidência o vice-presidente do Senado, Nereu Ramos.

Café Filho, recuperado de seu ataque cardíaco, impetra mandado de segurança junto ao STF, visando recuperar a Presidência da República. “Esse feito, lamentavelmente, consagrou o princípio da legitimidade revolucionária e o ‘direito’ de os militares intervierem no sistema político nacional. Seguramente é uma das páginas mais negras da história desta instituição” (CRUZ, 2004, p. 289). O STF negou-se a decidir, suspendendo o andamento do feito até que o Estado de Sítio em vigor perdesse seu efeito. Este episódio demonstra cabalmente a falta de independência do tribunal diante das instâncias políticas e sua hesitação quando confrontado com grupos de interesse em conflito.

Com o golpe militar de 64, inicialmente, os ministros tentaram manter a independência do tribunal, julgando diversos *habeas corpus* em favor de dissidentes do regime. Por estas decisões, logo o STF sofreu represálias do Executivo. O controle abstrato de constitucionalidade de leis foi instituído como medida de combate ao acúmulo de processos, problema que já assolava o tribunal. Contudo, esse instrumento pouco serviu para manter a independência do tribunal, vez que o único legitimado para sua impetração era o procurador-geral da República. Neste cenário marcado pela concentração de poderes nas mãos do Executivo, o STF, aos poucos, passou a aceitar a ditadura em vigor no país. “O Supremo permaneceu como fantoche do regime militar, praticamente até sua exaustão” (CRUZ, 2004, p. 296).

Com a redemocratização do país e a restauração das garantias da magistratura, o STF vem tomando seu lugar como um dos poderes constituídos do Estado brasileiro. Inicialmente, manteve-se o alinhamento com o Poder Executivo. No tocante à administração da economia nacional, assunto de grande importância devido ao período de superinflação que o Brasil experimentou na década de 1980, o STF adotou a autocontenção. O Mandado de Injunção teve sua importância esvaziada pela adoção do entendimento que nega a efetivação de direitos por meio deste instrumento. Essa posição do tribunal leva Álvaro Ricardo Souza Cruz (2004, p. 312) a afirmar categoricamente que o STF não é capaz de tutelar de forma isolada a ordem constitucional.

A consolidação do regime democrático no país também tem significado maior independência para o STF. À medida que a ordem constitucional democrática se torna mais

forte, a Corte Suprema também se sente mais à vontade para assumir um papel mais ativo na condução das políticas do Estado. As recentes decisões do STF comprovam que o tribunal vem se tornando cada vez mais independente na formulação de políticas e na efetivação de direitos previstos na Constituição, mesmo à revelia do Legislativo.

A atuação do STF como um todo pode ser vista como errática, não havendo compreensão plena do papel do Poder Judiciário na discussão de políticas públicas, na cobrança de autoridades e na defesa intransigente da Constituição. A Corte Suprema nacional ainda hesita quando é chamada para efetivar direitos fundamentais. Hesita mais ainda quando deve se pronunciar contra os interesses dos donos do poder.

Além da histórica instabilidade no funcionamento da Corte, Baracho Júnior cita também a dificuldade da consolidação de uma jurisprudência voltada para a defesa dos direitos fundamentais às características da cultura nacional.

Há também as características culturais da sociedade brasileira, uma sociedade historicamente composta por fortes setores autoritários e excludentes. Essas características se refletem nos membros da Corte. Esse aspecto deve ser considerado com especial atenção, pois a sociedade americana também já demonstrou características autoritárias e excludentes, o que, inclusive, tem se agravado após os atentados de 11 de setembro. A Suprema Corte, entretanto, não foi, ao longo de sua história, apenas reflexo dessas características, mas ao contrário, em diversos momentos criou fortes tensões com os setores mais autoritários e excludentes daquele país, como ocorreu, por exemplo, durante a corte de Warren (BARACHO JÚNIOR, 2003, p. 339).

Os diversos hiatos autoritários na história nacional só levam à exarcebação dessas características da cultura brasileira. Daí se ver a necessidade de preservar a normalidade democrática no Brasil, permitindo, assim, o desenvolvimento de uma jurisprudência que possa contribuir, e não apenas referendar, com as políticas públicas no país.

A Suprema Corte dos EUA teve 224 anos de atuação entre posições ativistas e autocontidas para formular sua jurisprudência. “Nosso desenvolvimento constitucional ao longo do século passado, portanto, substancialmente reforçou o compromisso original para o controle pela maioria dos governados”³¹ (ELY, 1980, p. 07 – tradução nossa).

O STF, em sua última encarnação a partir da Constituição da República de 1988, conta com apenas 23 anos. Deve-se insistir na prática da democracia, permitindo, assim, o fortalecimento de nossa Corte Suprema.

³¹ Our constitutional development over the past century has therefore substantially strengthened the original commitment to control by a majority of the governed.

4.8 Ativismo Judicial versus Autocontenção. Opções para a Atuação do Poder Judiciário

O cotejo comparativo entre as histórias do STF e da Suprema Corte norte americana é bastante esclarecedor quanto às condições necessárias e ao ambiente propício para se desenvolver a atuação do Poder Judiciário. Pode-se afirmar que um ambiente democrático é essencial. Tanto a Suprema Corte quanto o STF, em um primeiro momento de sua atuação, buscaram concretizar sua competência e garantir o respeito dos outros poderes quanto a suas decisões, para, posteriormente, se ocuparem de outros assuntos definidos nas respectivas cartas políticas. A atribulada história brasileira, que alterna períodos democráticos e de ditaduras, também demonstra que, não obstante a heroica resistência de alguns ministros da Corte, um tribunal pouco pode fazer em um ambiente não democrático. Seja no Império quanto na ditadura de Vargas ou no período militar pós-1964, restou ao STF um papel submisso ao Poder Executivo de legitimizador das condutas mais absurdas e mantenedor do *status quo*. Ran Hirschl (2007, p. 38-39), todavia, reconhece os benefícios políticos da expansão do Poder Judicial para as classes dominantes.

Essa correlação entre ativismo judicial e a democracia faz com que o fenômeno seja percebido positivamente pela sociedade, que passa a supor que tem alguém a quem recorrer contra a omissão estatal, principalmente no tocante às diversas decisões judiciais que garantem a pessoas desprivilegiadas o acesso a direitos como a saúde.

O empoderamento judicial através da constitucionalização é, portanto, comumente percebidos como reflexo da mudança progressiva social ou política; como derivados de um declínio geral da confiança no governo tecnocrático e um consequente desejo de restringir o poder discricionário do Estado; ou simplesmente como o resultado da genuína devoção das sociedades ou dos políticos a “grossa” noção do mundo pós-guerra de democracia e uma noção universal de direitos humanos (HIRSCHL, 2007, p. 212 - tradução nossa).³²

A concretização dos direitos e das garantias individuais, contudo, não pode ser deixada a cargo somente dos magistrados. A judicialização das relações sociais, tal como tem ocorrido no Brasil, pouco tem contribuído para a solução das graves questões nacionais. No mínimo, a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial oferecem uma forma de escape contra decisões morais e políticas que não beneficiam a classe política dominante. Se, de um lado, a classe política deixa de receber as pressões pela mudança social, deixadas a cargo de um

³² Judicial empowerment through constitutionalization is therefore commonly perceived as reflecting progressive social or political change; as derivative of a general waning of confidence in technocratic government and a consequence desire to restrict discretionary powers of the state; or simply as the result of societies' or politicians genuine devotion to the post-world war 'thick' notion of democracy and a universal notion of humans rights.

corpo técnico, de outro, continua garantido seu acesso privilegiado aos tribunais, por meio de mecanismos como a nomeação de ministros aos tribunais superiores. Logo, o ativismo judicial pode ser uma forma de evitar mudanças na sociedade.

Tal fato também demonstra a insensatez de apoiar incondicionalmente o ativismo judicial, bem como a incapacidade das Cortes de, atuando isoladamente, concretizarem os direitos e as garantias fundamentais previstos em uma extensa Constituição como a de 1988. Mesmo servindo-se de um poderoso instrumento, como é a jurisdição constitucional, os tribunais não possuem liberdade financeira, nem mesmo capacidade de, independentemente de outros poderes, executarem suas decisões.

Lado outro, também seria ingenuidade, se não puro romantismo, imaginar que as decisões judiciais contrárias aos interesses políticos dos grupos dominantes não encontram resistências e desafios. A politização da justiça e a substituição de magistrados nos órgãos superiores são exemplos bastante comuns de reações políticas a decisões judiciais. O tribunal pode ter suas decisões desrespeitadas pelos atores políticos, o que acarreta perda de credibilidade, como pode ocorrer sua alteração ou, mesmo, extinção.

Deve o Poder Judiciário, portanto, exercer uma cautelosa autocontenção, sem, entretanto, furtar-se a garantir os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos que, desamparados, procuram sua tutela. É preciso adotar uma teoria que permita flexibilidade à atuação judicial. Nesse sentido, a proposta formulada por Ronald Dworkin permite ao magistrado alterar suas posturas para melhor garantir os direitos dos cidadãos.

5 ATIVISMO JUDICIAL NA ÓTICA DA DOUTRINA DE RONALD DWORKIN

Passa-se a estudar o fenômeno sob o prisma da doutrina de Ronald Dworkin. O filósofo americano defende uma teoria liberal do direito voltada ao chamado “jusmoralismo” e crítico das posturas positivistas. A doutrina de Dworkin busca superar as concepções baseadas no direito natural e no positivismo jurídico, em especial o defendido por Herbert L. A. Hart.

Para Hart, “o direito é tomado como ordem coercitiva, assentada em ordens gerais” (BARACHO, 2008, p. 161 -162). O direito seria a união de regras primárias e secundárias.

Para Dworkin, a filosofia do direito reforça os direitos individuais baseados no liberalismo. O Direito deve ser compreendido como integridade, o que pressupõe sua permanente transformação, mas sem deixar de lado a coerência. Não haveria um sistema fechado, tal como o preconizado pelo positivismo, mas sim um ordenamento aberto, formado por regras e princípios.

A integridade é o princípio político que exige dos legisladores que suas normas sejam elaboradas de acordo com a moral e a coerência. As decisões judiciais, da mesma forma, devem considerar o conjunto do Direito existente, tal qual a redação de um capítulo em um romance em cadeia.

A obra de Dworkin é extensa e complexa. Ela dialoga com diferentes tradições e correntes doutrinárias do Direito Norte Americano.

5.1 Positivismo Jurídico

O positivismo jurídico compreende um conjunto de proposições teóricas feitas sobre o ordenamento jurídico, constituindo-se em uma das mais influentes formas de estudo da ciência jurídica. Álvaro Ricardo Souza Cruz (2004, p. 134) atribui o sucesso do positivismo ao paradigma científico que surge a partir do século XV e XVI. Esses parâmetros de ciências, que são mais bem aplicados às ciências exatas, buscam uma abordagem neutra, objetiva e baseada em uma visão mecânica do mundo, guiada pelo princípio da causalidade.

Durante cinco séculos, as ciências sociais foram consideradas como ciências de “segunda classe”. O fato de o homem não poder isolar fatos / relações sociais dentro de um laboratório e de reduzir a mecânica do mundo à simplicidade do princípio da causalidade provocou essa sensação de inferioridade em relação às ciências exatas (CRUZ, 2004, p. 135).

O positivismo faz parte do esforço de adaptação do estudo das ciências jurídicas a este paradigma. “É inegável que os partidários do Positivismo Jurídico foram influenciados pelo positivismo filosófico, como se percebe da tendência de rejeitar teses metafísicas e/ou idealistas sobre a natureza do direito, concentrando-se em fatos demonstráveis, tais como a criação de normas jurídicas pelo legislador político” (DIMOULIS, 2006, p. 66).

O positivismo jurídico concentra seu estudo sobre o ordenamento jurídico posto pelo Estado, rejeitando abordagens baseadas no direito natural e na moral. As divergências entre os estudiosos do Direito se devem a dúvidas sobre questões de fato, não havendo maiores questionamentos sobre a validade do ordenamento. Existem diversas correntes positivistas que realçam diferentes aspectos desta abordagem. Dimitri Dimoulis (2006, p. 77), buscando uma classificação que satisfaça as diferentes correntes do positivismo, define o positivismo *lato sensu*, englobando autores que afirmam que “o direito é o conjunto de normas postas por seres humanos” (DIMOULIS, 2006, p. 78), distinguindo-se, assim, dos partidários do direito natural. Para os partidários desta primeira corrente, o direito se baseia em elementos empíricos, aferíveis no mundo dos fatos, e mutável no tempo e no espaço, rejeitando-se abordagens baseadas em mandamentos divinos e da natureza ou em imperativos da razão humana. Dessa forma, excluem-se normas que não foram postas pelo legislador humano.

O positivismo jurídico *strictu sensu*, por sua vez, rejeita a abordagem moralista do direito, capitaneada por Ronald Dworkin, afirmando a separação entre o direito e a moral. O positivismo jurídico *strictu sensu* busca descrever o ordenamento jurídico sem ocupar-se da análise do conteúdo moral de suas normas. Baseia-se no ceticismo ético. “Muitos juristas identificam o positivismo com a tese de que não existem princípios morais e de justiça universalmente válidos e cognoscíveis por meios racionais e objetivos” (NINO, 1998, p. 30. Tradução nossa).³³

Ronald Dworkin (2010, p. 39) distingue algumas vertentes teóricas do positivismo: o positivismo doutrinário afirma que fatos morais não podem ser condições de veracidade das preposições jurídicas para esta corrente o direito não seria um conceito interpretativo. O positivismo sociológico afirma que a moral não é critério para diferenciar o direito de outras formas de organização social ou política. O positivismo taxonômico afirma a separação entre princípios jurídicos e morais. O positivismo político afirma a defesa do princípio democrático pela dificuldade antimajoritária.

³³ Muchos juristas identifican el positivismo con la tesis de que no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos.

As diversas correntes positivistas têm sido alvo de inúmeras críticas, sendo vistas como ultrapassadas e excessivamente formalistas. Contudo, Dimitri Dimoulis (2006, 53)³⁴ afirma que tais críticas são improcedentes, sendo o positivismo jurídico ainda hoje uma abordagem vibrante e atual do ordenamento jurídico.

5.1.1 O Conceito de Direito para Hart

A abordagem juspositivista propugna a separação entre o Direito e a Moral, visando a análise objetiva do ordenamento normativo. Não interessa aqui o valor, mas sim a validade do Direito. Os critérios utilizados para aferir essa validade se concentram na forma e não na substância das normas (DIMOULIS, 2006, p. 101).

Hebert Hart formula uma teoria do direito que pode ser classificada como “Juspositivista inclusivista” (*inclusive legal positivism*), “incorporacionista” (*incorporationism*) ou “*soft positivism*”, na classificação formulada por Dimitri Dimoulis (2006, p. 137). O mesmo autor é classificado como “positivista metodológico” ou “conceitual”, por Carlos Santiago Nino (1998, p. 37). Os partidários desta corrente acreditam que os valores morais não são decisivos para definir e aplicar o Direito. Não obstante, é possível a existência de convenções sociais que obriguem o intérprete a considerar a moral no resultado de seu trabalho. Ou seja, os partidários desta corrente do positivismo entendem que é possível a adoção de critérios de juridicidade de cunho moral. Os adeptos do positivismo jurídico inclusivo não abandonam a separação entre o Direito e a Moral, contudo se aproximam da abordagem jusmoralista, admitindo conexões entre as duas esferas normativas. As palavras do próprio autor não deixam margem para dúvidas: “Meu objetivo neste livro foi aprofundar a compreensão do Direito, da coerção e da moral como fenômenos sociais distintos mas relacionados entre si” (HART, 2009, p. 01).

Para Hart, o direito é formado pela união de regras primárias e secundárias. As primeiras ditariam obrigações a seus destinatários e as segundas regulam a criação e aplicação das primeiras.

As ordens emanadas pelo ordenamento jurídico são gerais e permanentes, destinadas aos membros de uma dada sociedade. A crença geral em uma ameaça (sanção) em caso de desobediência da lei a mantém vigente. A nulidade da norma resulta da ausência das condições para o exercício do poder. “As normas são concebidas como preceitos que impõem

³⁴ O citado autor ainda afirma que as críticas à corrente positivista sequer se apresentam como novidades, sendo já bastante conhecidas dos estudiosos do direito. Para tanto, confira DIMOULIS (1999, p. 02).

obrigações, e assim são tratadas no discurso, quando a exigência geral de obediência é insistente e a pressão social sobre os que as infringem ou ameaçam fazê-lo é grande” (HART, 2009, p. 112).

As regras secundárias podem ser de três diferentes espécies: de reconhecimento; de alteração; e de julgamento.

As regras de reconhecimento (*rule of recognition*) visam indicar se uma norma pertence ou não ao ordenamento jurídico, solucionando, assim, o problema da incerteza da norma. Essas regras são as mais complexas, devido à existência de diversas fontes do Direito. “Os fundamentos de um sistema jurídico, assentados no ato de obediência a um soberano juridicamente ilimitado, são substituídos pela concepção de uma regra última de reconhecimento” (BARACHO, 2008, p. 163).

Portanto, para Hart, a validade do sistema jurídico decorre das regras de reconhecimento. Uma proposição jurídica é tida como verdadeira na medida em que seus destinatários aceitam e obedecem a esta regra. Tal regra não estaria formulada de maneira explícita no ordenamento jurídico, mas dependeria da conduta dos tribunais, agentes estatais e particulares. “O conteúdo da regra de reconhecimento varia no tempo e no espaço porque depende das práticas de pessoas e grupos, podendo incluir vários elementos de natureza formal e material” (DIMOULIS, 2006, p. 119). Os critérios de identificação da norma jurídica são múltiplos, incluindo mecanismos de solução de eventuais conflitos. As normas de reconhecimento introduzem a ideia de ordenamento jurídico, fazendo com que as normas não mais sejam tratadas como elementos isolados e desconexos, mas sim de forma unificada. Estas normas seriam então responsáveis pela sistematização e coerência do Direito.

Dworkin critica a proposição de Hart acerca das regras de reconhecimento afirmando que estas não são suficientes para reconhecer os princípios e os costumes existentes no ordenamento jurídico.

A regra suprema, diz Hart, marca a transformação de uma sociedade primitiva em uma sociedade regida pelo direito, porque fornece um teste para determinar quais são as regras jurídicas da sociedade, em vez de medi-las por sua aceitação. Mas se a regra suprema simplesmente afirma que quaisquer outras regras aceitas pela sociedade como juridicamente obrigatórias são juridicamente obrigatórias, então ela de modo nenhum fornece um teste, além do teste que deveríamos aplicar caso não houvesse regra suprema. A regra suprema torna-se para esses casos uma não regra de reconhecimento.

[...]

Na verdade, o tratamento dado por Hart ao costume equivale a uma confissão de que existem pelo menos algumas normas regras de direito que não são obrigatórias pelo fato de terem sua validade estabelecida de acordo com os padrões de uma regra suprema – mas que são obrigatórias, tal como a regra suprema – porque são aceitas como obrigatórias pela comunidade. Isso reduz a fragmentos a elegante estrutura

piramidal que admiramos na teoria de Hart: não podemos mais afirmar que apenas a regra suprema é obrigatória em razão de sua aceitação e que todas as demais regras são válidas nos termos da regra suprema (DWORKIN, 2010, p. 68 - 69).

Carlos Santiago Nino (1998, p. 112) afirma que a crítica de Dworkin a Hart é incorreta na medida em que Hart distingue os pontos de vista interno e externo a respeito da regra de reconhecimento. No âmbito externo, descreve-se o fato que rege determinada regra de reconhecimento, prescrevendo as normas a serem aplicadas. Do ponto de vista interno, não há como fazer referência à regra de reconhecimento sem usá-la.

As regras de alteração (*rule of change*) regulamentam a atualização do sistema normativo diante da mudança social que ocorre com o passar dos anos. Essas regras buscam solucionar o caráter estático das normas primárias. As regras obsoletas sofrem uma atualização, promovida pelas regras de alteração.

Regras de julgamento (*adjudication*) visam solucionar o problema de eficácia da norma primária, regulamentando o exercício da atividade jurisdicional e garantindo a observância das normas primárias pela sociedade. “Consiste em normas secundárias que capacitem alguns indivíduos a solucionar de forma autorizada o problema de saber se, numa ocasião específica, foi violada uma norma primária” (HART, 2009, p. 125). Importante destacar que, para Hart, as normas de julgamento também são normas de reconhecimento, uma vez que identificam normas primárias por meio dos julgamentos dos tribunais. A solução dos casos jurídicos se dá pelo modelo de subsunção do fato à norma previamente estabelecida no ordenamento jurídico. Não havendo regra clara prevista no ordenamento para o caso (*hard cases*), o juiz pode utilizar seu poder discricionário para obter a melhor decisão. Neste momento, os juízes devem agir como delegados do Poder Legislativo.

Hart visa desenvolver um sistema jurídico que possa ser aplicado de forma atemporal, em qualquer lugar. Para tanto, volta-se para a forma das normas jurídicas, evitando a descrição de seu conteúdo. Hart não nega a influência que a moral exerce sobre o Direito, entretanto afirma que o sistema jurídico não deve se conformar necessariamente com a moral ou a justiça. Os critérios de validade da norma jurídica não devem incluir necessariamente referências à moral e à justiça, nem mesmo devem se pautar por esses valores. “Um conceito de direito que permita diferenciar a invalidade do direito de sua imoralidade nos faculta ver a complexidade e a variedade desses problemas distintos, enquanto um conceito restrito de direito, que nega validade jurídica às normas iníquas, pode nos tornar cegos para eles” (HART, 2009, p. 273).

A moral é vista por Hart como um elemento estabilizador do sistema jurídico, na medida em que este se conforma àquela para ganhar a obediência estrita de seus destinatários. Não obstante, embora haja ligações entre os dois sistemas, ambos são considerados esferas distintas.

Uma concessão que Hart faz ao conteúdo do Direito é a análise do chamado “conteúdo mínimo do Direito Natural”, o qual estaria presente em qualquer espécie de Direito Positivo e teria o objetivo de promover a sobrevivência da própria sociedade. Tal conteúdo seria composto por normas que restringem o uso da violência e regulam minimamente o direito de propriedade, além de abstenções e acordos mútuos como bases das obrigações destinadas a seres que não são anjos nem demônios (HART, 2009, p. 250 - 258), ao contrário do que apregoa as teorias contratualistas clássicas. “Ao abraçar o conteúdo mínimo do Direito Natural, parece reconhecer Hart que a prática do Direito não é infensa a considerações oriundas da moral social” (GONÇALVES, 1997, p. 105). Dessa forma, resta clara a opção classificatória feita da doutrina de Hart como pertencente à corrente positivista inclusiva.

5.2 A Doutrina de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin (2010, p. VI) desenvolve sua teoria liberal do direito visando à superação do positivismo jurídico, em especial os trabalhos de Hart.

Com base na classificação utilizada por Dimitri Dimoulis (2006), pode-se classificar a obra de Dworkin como “jusmoralista”, por utilizar como critérios de validade e interpretação das normas jurídicas elementos vinculados à moral. “A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional” (DWORKIN, 2006, p. 02). Os ordenamentos jurídicos têm a pretensão de conformação com os valores morais e suas disposições podem e devem ser corrigidas pelos operadores da norma para melhor conformá-lo às exigências morais. “Existem controvérsias relativas a princípios morais que subjazem a um problema aparentemente lingüístico” (DWORKIN, 2010, p. 09). O autor se serve de um conceito de moral comunitária e constitucional que pode entrar em conflito com a moralidade dos membros que a compõem. Neste caso, o direito constitucional define a moralidade constitucional. Além disso, a Constituição define os limites morais a qualquer lei a ser criada pelo Parlamento. Os juízes têm o dever de defendê-la contra opiniões incoerentes, não importando quão populares sejam. Esta abordagem se contrapõe à corrente positivista, que afirma a separação da moral e do direito, não obstante reconheça as influências recíprocas entre os dois sistemas sociais.

Dworkin rejeita o relativismo moral tão em voga atualmente em defesa de uma concepção mais holística e objetiva da moral. Dworkin descreve “um conceito de direito que o leva ser não um sistema de regras rival que pode conflitar com a moralidade, mas como um próprio ramo da moralidade”³⁵ (DWORKIN, 2011, p. 05). Para o professor americano, existem verdades objetivas sobre os valores. Algumas instituições são injustas e existem atos objetivamente errados, independentemente de sua utilidade para a sociedade ou das convicções subjetivas de seus membros.

A clássica teoria positivista teria fracassado em seus objetivos por ter se concentrado em uma abordagem doutrinária do Direito, ignorando o fato de que muitas decisões judiciais são tomadas tendo por base as preferências morais ou políticas dos juízes.

O positivismo, segundo as concepções de Austin (DWORKIN, 2010, p. 30), define o direito como um conjunto de normas gerais impostas por um poder soberano. Entretanto, não existem condições de o poder soberano antecipar todas as contingências. Dessa forma, cabe aos juízes o poder discricionário de criar novas ordens perante casos especialmente difíceis (*hard cases*). Hart parte das concepções de Austin para com base em seu sistema de normas primárias e secundárias, reafirmar que as normas jurídicas são produto de atos das autoridades e instituições públicas, legitimando o poder de emanar normas jurídicas nos padrões constitucionais em que essas autoridades operam.

Enquanto a clássica teoria positivista rejeita a abordagem judicial ativista pela exigência de que a decisão se conforme à lei redigida pelo Parlamento, será que a abordagem jusmoralista permite ou endossa o ativismo judicial? Responde-se a esta questão posteriormente. Por ora analisa-se a doutrina preconizada por Ronald Dworkin.

Para Dworkin, os verdadeiros problemas da teoria do direito seriam de cunho moral e não jurídico. A filosofia do Direito atua de forma a reforçar os direitos individuais em uma concepção liberal. O Direito deve ser compreendido como integridade, o que possibilita alterações no ordenamento jurídico, desde que mantida a coerência. O sistema fechado, preconizado pelo positivismo, dá lugar a um ordenamento formado por princípios e regras. Portanto, é aberto a influxos da política, da moral e de outras ciências, conforme a necessidade do caso e as convicções dos julgadores. “O ideal norte-americano de um governo sujeito não somente à lei, mas também a princípios, é a contribuição mais importante que nossa história já deu à teoria política” (DWORKIN, 2006, p. 09).

³⁵ I describe a conception of Law that takes it to be not a rival system of rules that might conflict with morality but as itself a branch of morality.

Princípios seriam tipos diferentes de normas, diversos das regras jurídicas estritamente positivadas. Não são suscetíveis de enumeração exaustiva. A diferença não é em termos de importância, mas apenas de qualidade. Os princípios não estabelecem condições de sua aplicação, mas, sim, conduzem o argumento; ou seja, levam à justificação da decisão adotada. “Denomino ‘Princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2010, p. 36). O conflito entre regras é decidido com base em critérios de “tudo ou nada”, aplicando-se a regra ou afastando sua incidência. Princípios têm sua aplicação regrada pela ponderação, possuindo dimensão de importância ou peso³⁶. Regras de textura aberta ou com cláusulas gerais dependem na sua aplicação de princípios ou políticas. Ou seja, a aplicação destas normas deve ser feita por meio de princípios ou políticas. Ademais, os princípios não se submetem aos testes de reconhecimento preconizados por Hart nem têm sua origem vinculada à decisão do Legislativo ou do Judiciário, mas sim à compreensão do ordenamento jurídico pelo público e pelos operadores do Direito. Reconhecem-se em prol dos indivíduos outros direitos além daqueles criados pela legislação: o costume e os precedentes judiciais. Esses direitos decorrem de princípios e das políticas públicas

Dworkin nega que os padrões políticos e morais possam ser claramente distinguidos dos padrões jurídicos, rejeitando a existência de uma regra de reconhecimento, tal como formulada por Hart.

A integridade é o princípio político que exige dos legisladores que suas normas sejam elaboradas de acordo com a moral e a coerência. As decisões judiciais, da mesma forma, devem considerar o conjunto do Direito existente, tal qual a redação de um capítulo em um romance em cadeia.

O filósofo americano distingue em sua obra argumentos de princípios (*principle*) de argumento de política (*policy*). “Argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade com um todo” (DWORKIN, 2010, p. 129). Os princípios demonstram a adequação da decisão política com o ordenamento jurídico e com os direitos individuais. Cabe ao Poder Legislativo endossar ou não os argumentos de política, ao passo que cabe ao Judiciário promover e aplicar os princípios. Essa distinção releva o caráter individualista da teoria de direito de Dworkin (BUSTAMANTE, 2005, p. 199). A divisão entre princípios e políticas não é feita

³⁶ Para críticas quanto a esta diferença de aplicação entre normas e princípios ver BUSTAMANTE (2005, p. 205).

sem críticas. Robert Alexy (2008, p. 114), por exemplo, afirma que não é necessário, nem funcional ligar o conceito princípio ao de direito individual, fornecendo inúmeros exemplos de como um princípio pode se vincular a interesses coletivos, conceituado como políticas pelo americano.

Dworkin vê o direito como um conceito interpretativo. Ao contrário, o positivismo defende que as preposições jurídicas são descritivas. “Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa prática judicial” (DWORKIN, 2007, p. 488). Como tal, o direito se submete à interpretação de seus operadores, assumindo formas diferentes em diferentes contextos. É o chamado “agulhão semântico”. A interpretação não se resume a buscar a intenção original do legislador. A interpretação é uma forma de ver o objeto interpretado, combinando a descrição e a valoração da norma. Tal concepção aproxima a prática do Direito com a Literatura. A interpretação de uma prática social ocorre em três etapas:

- a) Identificação das regras e conceitos a serem objeto de interpretação;
- b) Identificação de uma justificativa geral para a prática social;
- c) Ajuste da prática social às necessidades do interprete.

As divergências sobre o Direito são, dessa forma, divergências interpretativas. Os paradigmas, a prática do precedente e o próprio texto desestimulam interpretações muito diferentes. A interpretação dos conceitos jurídicos é inexoravelmente influenciada pelos valores de seus interpretes. Dessa forma, o objetivo buscado pelas correntes positivistas por uma interpretação não valorativa e asséptica do Direito se apresenta como uma impossibilidade e, mesmo, como uma aberração. Os operadores do direito, de outro lado, devem buscar identificar os valores constantes nos textos constitucionais. O intérprete deve ainda analisar os resultados obtidos em relação ao ordenamento jurídico com um todo, em busca de sua integridade.

Para Dworkin, o positivismo jurídico limita a flexibilidade das interpretações do Direito. O autor, igualmente, rejeita o convencionalismo, em que os juízes devem descobrir e aplicar as convenções políticas mais adequadas. Da mesma forma, o pragmatismo é visto como uma cruzada independente do magistrado em defesa de suas próprias convicções.

Para Dworkin, o direito é visto como integridade, sendo o conteúdo fruto de refinadas e concretas interpretações da prática jurídica. Nas palavras do autor:

O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para nos servir bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido mo papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por esta razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para o futuro melhor, mantendo a boa fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções (DWORKIN, 2007, p. 492).

Essa refinada concepção de direito deve ser explicada em detalhes. O direito como integridade é uma orientação para os legisladores, no momento da criação da lei, e para os magistrados, como um guia para a tomada de decisão. “Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido” (DWORKIN, 2007, p. 213). Tais princípios impediriam o surgimento de leis incoerentes e de decisões teratológicas.

O autor não desconhece que a prática de uma atividade política pode levar inevitavelmente a concessões mútuas, mas defende que os direitos estabelecidos sejam aplicados de forma conjunta, em coerência com os princípios que emanam do ordenamento jurídico. A integridade passa a ser, portanto, uma exigência do princípio da igualdade, exigindo fidelidade não apenas às regras, mas também aos princípios do sistema.

A integridade, portanto, protege a comunidade política da parcialidade, da fraude, da corrupção e de outras formas de “favoritismo”. Contribui, ainda, apara a melhor eficiência do sistema jurídico.

A própria atividade dos juízes é uma atividade política. “Um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária” (DWORKIN, 2005, p. 03-04). Pelo contrário, decide com base em princípios políticos em que deve acreditar. Novamente, o professor americano faz distinção entre argumentos de princípio político e de procedimento político (DWORKIN, 2005, p. 06). Os primeiros referem-se aos direitos políticos dos cidadãos, ao passo que os segundos dizem respeito às concepções de bem estar geral e de interesse público. Para Dworkin, é legítima a decisão judicial tomada com base em princípios políticos, mas não aquela tomada tendo em vista procedimentos políticos. Contudo, essa atividade não é guiada apenas pelas preferências

e convicções do julgador, mas limitada pela necessidade de manter-se a integridade do ordenamento jurídico.

5.2.1 O Direito como *Integridade*

A visão do direito como integridade se contrapõe a outras correntes do direito bastantes difundidas nos EUA. Para esta corrente, o direito não se resume aos fatos, tal como propõe o convencionalismo, e não é um programa instrumental voltado para o futuro, como diz o pragmatismo, conforme se verá a seguir. O direito como integridade afirma que “as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro” (DWORKIN, 2007, p. 271).

Para a integridade, os juízes não descobrem nem inventam o direito, mas apenas o interpretam, identificando, assim, direitos e deveres legais. As preposições jurídicas verdadeiras decorrem dos princípios de justiça e de equidade e do devido processo legal, oferecendo interpretações construtivas para a sociedade de sua prática jurídica cotidiana.

O direito como integridade exige do magistrado um processo contínuo de interpretação não apenas de suas decisões, mas também do ordenamento jurídico atual e das decisões jurídicas tomadas no passado. Ao mesmo tempo em que cria uma interpretação sobre o direito, o magistrado pode e deve criticar a obra de seus antecessores. É o que Dworkin denominou de “Romance em cadeia”. Cada magistrado interpreta o material que recebe e acrescenta suas próprias alterações. Isso exige um respeito com o ordenamento que lhe foi entregue, mas permite a adequação para a solução de casos futuros. Ou seja, é necessário atentar-se para a integridade do ordenamento jurídico, não lhe permitindo contradições ou decisões não explicadas. A integridade exige fidelidade não com as decisões do passado, mas sim com o ordenamento presente. “Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar” (DWORKIN, 2007, p. 273).

O direito como integridade “pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins” (DWORKIN, 2007, p. 286). O juiz deve, então, considerando o material que recebe de seus antecessores, avaliar o caso que lhe foi apresentado, criticar decisões do passado e decidir de forma a incluir mais um capítulo na longa cadeia de decisões judiciais.

O direito como integridade exige que se reconheça que o ordenamento jurídico está estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal. O magistrado deve, então, considerar as decisões do passado, e interpretar, de acordo com suas convicções, a melhor decisão para o caso que lhe está sendo submetido. Não lhe é permitido corromper, desconsiderar ou alterar esses princípios a seu bel-prazer. Muito pelo contrário, o magistrado deve obedecer e considerar o peso desses princípios em suas decisões.

Tal tarefa exige um delicado equilíbrio entre as decisões tomadas no passado e as convicções políticas do magistrado. Tal tarefa é tão árdua que Dworkin a atribui ao denominado “Juiz – Hércules”. O juiz é assim chamado porque deve esquematizar princípios abstratos e concretos e fornecer justificção aos precedentes judiciais e às disposições constitucionais e legislativas. Com certeza, é um trabalho digno de um semideus! A analogia com o semideus grego é atacada pelos críticos de Dworkin (2010, p. 108). Com certeza, os juízes reais não possuem as qualidades nem meios para exercer seu ofício tal como o juiz-hércules. É evidente que nem mesmo é essa a pretensão do filósofo americano. Contudo, com base no construto teórico de Hércules e da concepção de direito como integridade, Dworkin supera a dicotomia existente em Hart de casos difíceis e fáceis (*easy cases / hard cases*), afirmando que para o direito como integridade casos difíceis são apenas especialidades de casos fáceis.

Dworkin trabalha com a noção de “casos difíceis” a partir da crítica que elabora ao positivismo discricionário de Hart. A diferença é que Dworkin não distingue discurso de fundamentação de discurso de aplicação. Consequentemente não “desobriga” ou “desonera” o juiz (discurso de aplicação) da elaboração do discurso de fundamentação, que se dão previamente. É a integridade do direito e sua reconstrução que devem dar as condições para a resposta correta nos casos difíceis. Mas – essa diferença é de fundo -, esse “lugar” onde se “localizam” os princípios que serão aptos à resolução do caso não é dado *a priori* e de forma descontextualizada. De fato, para Dworkin, nos casos difíceis, se os princípios não são criados pelas autoridades de aplicação, também não são previamente dados, em um plano contrafactual. Dworkin, contrapondo-se ao legalismo legalista e ao mundo de regras positivistas, busca nos princípios os recursos racionais para evitar o governo da comunidade por regras que possam ser incoerentes em princípio (STRECK, 2008, p. 04)

Atentando-se para a concepção de direito como integridade, os juízes devem tratar o Congresso como um autor anterior no romance em cadeia. O processo legislativo deve ser considerado na decisão judicial, para obter-se maior integridade do sistema jurídico. O direito como integridade exige que as considerações de política sejam tão consideradas quanto as de princípio. Lado outro, não é permitido ao juiz ignorar a legislação e os precedentes judiciais,

mesmo que isso leve a uma decisão considerada mais “justa” em sua concepção ou, mesmo, que a decisão seja mais benéfica à sociedade.

Dworkin cria uma concepção de direito que supera aquela criada por Hart e abre o ordenamento jurídico à concepções de direito além daquelas meramente positivadas nos textos legais, mas também considera os conceitos morais da sociedade.

5.2.2 A Leitura Moral da Constituição

Dimitri Dimoulis (2006) classifica a doutrina de Ronald Dworkin como “jusmoralista”. Isso ocorre porque o filósofo americano defende a chamada “Leitura Moral da Constituição”. Tal abordagem abre o sistema jurídico para os influxos da moral com base em normas abertas e principiológicas. Essa abertura, obviamente, traz com ela o dissenso sobre a devida forma de aplicação de tais normas. Cabe, portanto, ao Poder Judiciário e, em especial, à Suprema Corte a palavra final sobre o conteúdo e a forma de aplicação destas normas.

Segundo Dworkin, os dispositivos constitucionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais foram lavrados em termos de uma linguagem moral abstrata e obrigam o Estado a tratar todos os indivíduos sobre seu domínio com a mesma consideração e respeito. Portanto, tais dispositivos incorporaram a moral no ordenamento jurídico.

Creio que os princípios estabelecidos na Declaração de Direitos, tomados em seu conjunto, comprometem os Estados Unidos com os seguintes ideais políticos e jurídicos: o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa fé, tratar a todas com a mesma consideração (*equal concern*); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins, entre os quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento, como a liberdade de expressão e a liberdade de religião (DWORKIN, 2006, p. 11).

A declaração de direitos estabelece, portanto, um corpo de princípios abrangentes que devem ser reforçados pela atuação judicial. “A Constituição incorpora princípios morais abstratos, em vez de estabelecer concepções históricas particulares, e interpretar e aplicar esses princípios exigem julgamentos frescos de teoria política sobre como eles são mais bem compreendidos” (FLEMING, 2005, p. 06 – tradução nossa³⁷).

A leitura moral da Constituição deve partir do texto propriamente dito, considerando o contexto em que este foi formulado. Logo, a história e a forma como foram promulgado os

³⁷ The constitution embodies abstract moral principles rather than laying down particular historical conceptions, and interpreting and applying those principles require fresh judgments of political theory about how they are best understood.

textos constitucionais muito contribuem para esclarecer o que aqueles autores queriam que fosse dito. Contudo, a leitura moral não se esgota em uma abordagem historicista. Essa abordagem é mais própria do originalismo e do textualismo, nos moldes como defendido pelo *Justice Antonin Scalia* (BARACHO, 2008, p. 617 – 621), que tenta obter o significado original do texto constitucional. “A estratégia originalista é tão indefensável em princípio quanto é indigesta em seus resultados” (DWORKIN, 2006, p. 21). O originalismo defende a ideia de que há uma intenção original na Constituição e de que este documento “apregoa a necessidade de um governo de leis e não um governo de homens, o que coibiria o ativismo dos juízes” (LIMA, 2009, p. 114). Ronald Dworkin rejeita a busca pela intenção dos constituintes originais simplesmente afirmando que esta não existe. A concepção de direito como integridade também deve ser considerada na leitura moral do texto constitucional. Essa leitura deve ser coerente com toda estrutura constitucional, harmonizando-se com a jurisprudência do passado. “Nossa Constituição é uma lei e, como toda lei, está ancorada na história, na prática e na integridade” (DWORKIN, 2006, p. 17).

A leitura moral supera, então, a distinção positivista entre as esferas do direito e da moralidade. Muito pelo contrário, a solução de muitas controvérsias políticas deve ser buscada no campo da moral. A moralidade política deve estudar como a coletividade deve tratar os indivíduos que a compõem (DWORKIN, 2011, p. 327 - 328). Os direitos são vistos por uma ótica liberal e devem ser considerados trunfos contra a ação do Estado.

A concepção de democracia defendida pela leitura moral não se baseia na simples regra da maioria. Ao contrário, exige que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas que “dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito” (DWORKIN, 2006, p. 26). A democracia genuína exige mais do que o direito de voto, mas também o direito de ser ouvido e de receber os resultados da atividade da comunidade. Tal concepção explica a existência de procedimentos não majoritários comprometidos com a equidade e a democracia, mas não com os desejos da maioria.

A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições “democráticas” - de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas (DWORKIN, 2006, p. 26 – 27).

O comprometimento maior de uma decisão judicial, com base na concepção da leitura moral da Constituição, deve ser não com a vontade da maioria, mas sim com as chamadas “condições democráticas”. Daí porque esta abordagem é criticada como elitista e antipopulista (LIMA, 2009, p. 122). Esse entendimento afasta os argumentos favoráveis à autocontenção judicial, já apresentados neste trabalho, tais como a teoria da deferência judicial. Da mesma forma, justifica a existência de instrumentos contramajoritários em defesa do texto constitucional, tal como a jurisdição constitucional. Lado outro, a leitura moral da Constituição não se coaduna com o ativismo judicial, vez que é limitada por uma abordagem não subjetiva e pela noção de integridade do direito, tão cara a Dworkin. A liberdade, a igualdade e a democracia continuariam a ser protegidas pela visão de democracia comunitária, que não é incompatível com esses instrumentos contramajoritários. Afinal, como membro pertencente de uma comunidade, seus atos, mesmo quando contradizem a maioria, ainda assim são considerados como atos da comunidade. Ademais, questões morais altamente controversas tendem a gerar a paralisia do Legislativo, vez que o enfrentamento de diversos grupos de pressão torna impossível a obtenção de um consenso necessário para a aprovação de uma lei. Logo, a atuação de um tribunal imune às mesmas pressões que submetem o Legislativo pode colaborar com a democracia.

Contudo, seria legítima a atuação das Cortes Constitucionais? A utilização da jurisdição democrática, de acordo do Ronald Dworkin, é adequada às exigências de uma democracia moderna? Ou, ao contrário, seria a revisão judicial um instrumento anti-democrático por permitir que juízes não eleitos possam passar por cima da vontade da maioria ou, pelo menos, da vontade de seus representantes eleitos democraticamente? O procedimento de escolha do *justices*, bem como as sabatinas no Senado estadunidense, ao contrário do que ocorre no Brasil, é televisionadas e acompanhadas avidamente por grande parte da população norte-americana. Dessa forma, a população tem a oportunidade de se manifestar acerca das escolhas feitas pelo presidente da República. Lado outro, os juízes têm sua atuação limitada pela Constituição e pela própria corte. Mas Dworkin afirma que o argumento decisivo sobre a adequação da revisão judicial à democracia é o fato de que este instrumento possibilita a proteção de minorias contra a maioria, assegurando, dessa forma, as condições democráticas tidas como essenciais.

Pela leitura moral da Constituição, os juízes devem identificar os princípios que emanam do texto e das decisões jurídicas do passado e reafirmá-los em outras áreas, tornando, assim, o sistema jurídico mais coerente.

A leitura moral da Constituição, como preconizada por Dworkin, deposita muitos poderes nas mãos dos juízes e não se adequa às teorias e argumentos declinados pelos defensores da autocontenção. Agora, o que dizer do ativismo judicial? Dworkin afirma que não faz sentido a distinção entre direitos enumerados e direitos não enumerados pela Constituição. A concepção de direito como integridade e a amplitude e abstração dos princípios consagrados na Constituição permitem aos juízes identificar e aplicar direitos que não foram expressamente previstos em seu texto. Direitos políticos são aqueles que não constam dos catálogos dos textos legais. Direitos legais são positivados pelo legislador. “Mas nenhuma nação transforma todos os direitos políticos em direitos constitucionais ou mesmo em direitos legais ordinários” (DWORKIN, 2011, p. 331).³⁸ Se, de um lado, esta concepção de direito coloca enormes poderes nas mãos dos juízes, de outro, permite a restrição do poder pela sua exigência de coerência do ordenamento jurídico. A integridade possui diversas dimensões e exige que o magistrado decida “por princípios, não por acordos, estratégias ou acomodações políticas” (DWORKIN, 2006, p. 133), mas sim com coerência com os precedentes e com os princípios estruturantes do ordenamento. Por fim, exige também coerência do próprio magistrado na aplicação dos mesmos princípios para casos similares. Essas exigências limitam a atuação do magistrado e impedem o ativismo judicial.

5.2.3 Igualdade para Dworkin

O ativismo judicial quer, por meio da intensa participação do Poder Judiciário, concretizar os valores constitucionais, em busca de uma sociedade mais igualitária, justa ou ideal, na concepção daqueles que assim agem. Dessa forma, é relevante discutir o conceito de igualdade na obra de Ronald Dworkin (2005), principalmente se se considera que a realidade brasileira é farta de desigualdades, principalmente em questões materiais.

O professor americano concebe a igualdade com base em dois princípios do individualismo. O primeiro é o princípio da igual importância, que afirma a importância objetiva de que a vida humana seja bem sucedida. Exige que o governo adote leis e políticas que busquem o bem estar da comunidade, independentemente de distinções econômicas, sexuais ou de raça. O segundo princípio é o da responsabilidade pessoal, que afirma que, não obstante a igual importância, “uma pessoa tem responsabilidade especial e final” (DWORKIN, 2005, p. 15) por seu sucesso. As ações governamentais devem considerar as

³⁸ But no nation turns all political rights into constitutional rights or even ordinary legal rights.

escolhas particulares dos cidadãos. A teoria de Dworkin sobre a igualdade busca harmonizar esses princípios, debruçando-se sobre diferentes concepções do conceito de igualdade.

O professor americano rejeita a concepção de igualdade liberal econômica (igualdade formal), denominada por ele como *laissez faire*, que afirma que o governo trata seus cidadãos de forma igual quando assegura liberdade para comprar e vender. A riqueza é desigual, pois as pessoas são diferentes, e o governo não deve interferir neste assunto. Dworkin afirma que “esse argumento popular é tolo porque assume que o governo pode ser neutro quanto aos resultados da corrida econômica” (DWORKIN, 2011, p. 353 – tradução nossa³⁹).

A igualdade de bem estar pressupõe que a distribuição de recursos sociais deve ser feita até que nenhuma transferência adicional as iguale em bem-estar. Ou seja, transferências adicionais de recursos nem sempre implicam em aumento da situação de bem estar, tendo em vista a existência de diferenças entre pessoas. Tal concepção é instrumental e visa ao aumento das condições de bem-estar da sociedade, mesmo que isso implique transferências desiguais de recursos.

Igualdade de recursos, por outro lado, “afirma que as trata como iguais quando distribui ou transfere de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais suas parcelas do total dos recursos” (DWORKIN, 2005, p. 04-05). Essa concepção, contudo, pressupõe a existência de um mercado como forma de melhor distribuição de recursos. Dworkin defende uma concepção de igualdade na qual as pessoas não são iguais em bem estar, mas sim nos recursos de que dispõem. “A igual consideração requer que o governo aspire uma forma de igualdade material” (DWORKIN, 2005, XII).

Para o professor norte americano, ao contrário do que prega o senso-comum, os valores *liberdade* e *igualdade* não são independentes e não se encontram necessariamente em conflito. Muito pelo contrário, liberdades morais devem ser protegidas como aspectos da igualdade.

Igualdade de recursos, por outro lado, oferece uma definição da igualdade distributiva imediata e obviamente sensível ao caráter especial e à importância da liberdade. Ela faz com que a distribuição igualitária não dependa exclusivamente dos resultados que possam ser avaliados de maneira direta, como preferência-satisfação, mas em um processo de decisões coordenadas no qual as pessoas assumem responsabilidade por suas próprias aspirações e projetos, e que aceitam, como parte dessa responsabilidade, que pertencem a uma comunidade de igual consideração, possam identificar o verdadeiro preço de seus planos para outras pessoas e, assim, elaborar e reelaborar esses planos de modo que utilizem sua justa

³⁹ This popular argument is silly because it assumes that government can be neutral about results of the economic race.

parcela dos recursos em princípio disponíveis para todos (DWORKIN, 2005, P. 160).

Nesta concepção, a liberdade torna-se um elemento indispensável da igualdade. Tais valores não se encontram necessariamente em conflito. Ademais, “qualquer disputa genuína entre a liberdade e igualdade é uma disputa que a liberdade deve perder” (DWORKIN, 2005, p. 168). Esta afirmação ousada deriva da adoção do princípio igualitário abstrato, que determina que o governo deve agir para melhorar a vida de seus cidadãos, atentando-se para o tratamento que observe igual consideração a todos.

Estas lições são aplicadas pelo autor em análises de casos práticos, tais como a situação do sistema de saúde pública nos EUA. Tal exemplo é especialmente importante, visto que muitas das decisões judiciais tidas como ativistas no Brasil também tratam deste tema. Tais decisões determinam que o Sistema Único de Saúde (SUS) arque com os custos de caros tratamentos médicos não dispostos nos regulamentos do sistema com base no direito à saúde, previsto no art. 196 e seguintes da Constituição da República. Estas decisões são tidas como ativistas porque, conforme a lição de Luís Roberto Barroso (2009), aplicam diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto à revelia do legislador ordinário e determinam políticas públicas, impondo condutas ao Poder Público. Se, por um lado, o louvável objetivo de salvar vidas mereça toda a atenção do Poder Judiciário, decisões relativas a caros tratamentos de saúde têm considerável impacto no orçamento da nação, que deve ser decidido pelo Executivo e pelo Legislativo, nunca pelo Judiciário.

Ronald Dworkin afirma que as decisões relativas a tratamento de saúde são, ordinariamente, guiadas pelo princípio do resgate, que afirma que a vida e a saúde são os bens mais importantes, devendo todos os outros ser sacrificados em favor desses dois. Ademais, a assistência à saúde deve ser distribuída equitativamente, de forma que a ninguém seja negado o acesso à assistência médica de que necessita pelo simples fato de que não tem condições de arcar com seus custos. Este princípio determina que sempre se deve oferecer um tratamento médico, não importando quão remota seja a possibilidade de salvar uma vida ou os custos para fazê-lo. “O princípio do resgate tem algo de útil, embora negativo, a dizer sobre a outra questão de justiça, que é como se deve distribuir a assistência médica. Diz que, se o racionamento é necessário, não deve ser feito como atualmente nos Estados Unidos, fundamentando-se no dinheiro” (DWORKIN, 2005, p. 435). A necessidade deve determinar a distribuição de recursos no tocante a assistência médica pública.

É seguro afirmar que o princípio do resgate também tem sido aplicado nas decisões judiciais que determinam tratamentos médicos no Brasil, país em que os muito ricos

convivem com miseráveis, a busca por um tratamento médico adequado a todos ainda é um objetivo a ser alcançado. Já se acostumou com hospitais públicos desequipados e lotados, incapazes de prestar um serviço que preserve o princípio da dignidade humana consagrado na Constituição. Dessa forma, à falta de um serviço de saúde digno, as decisões judiciais que determinam que caros tratamentos seja pagos pelo Poder Público visam garantir um tratamento médico aos cidadãos que lhes seria negado pelo Sistema de Saúde nacional.

Lado outro, é impossível para qualquer nação disponibilizar tratamento médico a todos os cidadãos no nível daquele que pode ser arcado pela parcela mais rica da sociedade. Os custos são simplesmente proibitivos. Ademais, os custos dos tratamentos não são pagos individualmente, mas sim pelo Sistema de Saúde. Logo, médicos e pacientes passam a tomar decisões de tratamentos sem considerar seus custos, o que leva ao efeito-cascata, implicando aumento ainda maior dos montantes gastos pela sociedade. Dworkin rejeita essa concepção de assistência universal.

Contudo, se de repente a Suprema Corte resolvesse adotar essa concepção e declarasse que os estados têm o dever constitucional de oferecer assistência universal à saúde, estaria cometendo um erro, uma vez que estaria tentando introduzir em nosso sistema constitucional algo que (do meu ponto de vista) não lhe é, de modo algum adequado (DWORKIN, 2010, p. 175).

Ronald Dworkin busca a conciliação entre os custos e os tratamentos médicos disponibilizados pelo Poder Público aos cidadãos em geral, propondo a substituição do princípio do resgate pelo teste do seguro prudente. Este teste se baseia em valores que as pessoas gastariam com assistência médica, caso comprassem um seguro em condições justas do mercado livre e busca garantir que a nação gaste em suas despesas de saúde tanto quanto os indivíduos gastariam coletivamente. Dessa forma, a nação deve gastar com a saúde o mesmo montante que cada um dos seus cidadãos gastaria individualmente, utilizado o montante agregado para disponibilizar um serviço digno para todos.

Esta proposta do filósofo americano pode e deve ser considerada no sistema brasileiro, evitando-se, dessa forma, decisões que causem despesas não previstas no orçamento público. Resta claro que as péssimas condições de saúde do sistema brasileiro levaria à legitimação várias decisões judiciais que buscam assegurar tratamento médico digno aos cidadãos. De outro lado, decisões que extrapolam as condições médias de tratamento seriam tidas como ilegítimas pela aplicação do teste do seguro prudente criado por Dworkin.

5.3 O Convencionalismo Jurídico

O convencionalismo é uma concepção de direito que desconsidera a atividade criadora dos juízes. O direito se basearia nas decisões políticas do passado, criando uma convergência entre as decisões de diferentes especialistas, não importando suas posições morais ou políticas sobre determinado tema.

Toda comunidade política complexa possui convenções que devem ser respeitadas, as quais seriam as leis emanadas do Parlamento que traduziriam um consenso da comunidade sobre determinados temas. A prática jurídica seria, portanto, “uma questão de respeitar e aplicar essas convenções, de considerar suas conclusões, e nada mais, como direito” (DWORKIN, 2007, p. 142). Esta afirmação do convencionalismo aproxima esta corrente das concepções positivistas.

O ordenamento jurídico, nesta concepção, nunca estaria completo, cabendo ao Parlamento sanar tais omissões. Casos não abarcados pelas convenções jurídicas da comunidade política são chamados de “casos difíceis” (*hard cases*). Os juízes poderiam julgar tais casos difíceis, havendo grande discricionariedade para alcançar sua solução, mas o magistrado deve encontrar outras justificativas além do direito; ou seja, padrões extrajurídicos para embasar suas decisões. Posteriormente, uma convenção deveria ratificar e transformar esse novo direito criado pelo juiz no velho direito, chancelado pelo Parlamento. Esta é a chamada “afirmação negativa do convencionalismo”.

O convencionalismo jurídico, portanto, atribui muita importância às convenções políticas do passado, mesmo as vinculando ao direito presente. Nas palavras de Ronald Dworkin:

As decisões políticas do passado justificam a coerção porque, e portanto, apenas quando, fazem uma advertência justa ao subordinarem as ocasiões de coerção de fatos simples e acessíveis a todos, e não a apreciações recentes da moralidade política que juízes diferentes poderiam fazer de modo diverso. Esse é o ideal das expectativas asseguradas (DWORKIN, 2007, p. 145).

Uma vez tomada uma decisão por um órgão político, caberia aos magistrados apenas se submeterem, mesmo se em suas convicções íntimas pensarem que outra decisão seria melhor.

Não havendo convenção jurídica, o juiz não pode recorrer aos casos passados para fundamentar sua decisão, porque decisões políticas passadas não podem originar direitos e deveres diferentes de uma convenção. Não existem direitos sem convenção. Em outras

palavras, não existem Direitos sem manifestação do Parlamento. Não havendo manifestação legal do Parlamento, então, o juiz poderá exercer sua discricionariedade e criar o direito, resolvendo assim aquele caso difícil que lhe foi apresentado.

5.3.1 As Convenções Jurídicas

Dworkin afirma que o destino do convencionalismo jurídico depende da identificação, na prática jurídica, das convenções necessárias a esta concepção. Em um primeiro momento, as convenções jurídicas são identificadas pelos diplomas legais emitidos pelos Parlamentos democráticos. Ocorre que os operadores do direito divergem bastante sobre o real conteúdo de um diploma legal. Com efeito, as técnicas de interpretação e hermenêutica extraem significados da letra da lei muito além de sua mera leitura textual. Dessa forma, Dworkin distingue dois tipos de convencionalismo.

- a) Convencionalismo estrito - “restringe a lei de sua comunidade à extensão explícita de suas convenções jurídicas, como a legislação e o precedente” (DWORKIN, 2007, p. 152). Tal concepção é reconhecida como muito restritiva, pois exige concordância geral sobre o significado de uma convenção. O magistrado deveria declarar a existência de uma lacuna sempre que uma lei for vaga ou ambígua, perdendo o interesse pela legislação e pela coerência, buscando apenas a elaboração do novo direito. Portanto, esta concepção do direito não é adequada à nossa prática real.
- b) Convencionalismo moderado - reconhece como parte integrante do direito de uma comunidade as extensões de possíveis interpretações da convenção. Esta concepção já permite aos juízes decidirem segundo sua própria interpretação das exigências legislativas e dos precedentes. É uma concepção mais próxima da prática real. Dworkin, entretanto, a critica fortemente afirmando que é “uma forma muito abstrata e subdesenvolvida de direito como integridade. Rejeita o divórcio entre o direito e a política que uma teoria convencionalista pelos motivos que descrevi tenta assegurar” (DWORKIN, 2007, p. 157). Para o autor, esse tipo de convencionalismo não impede que o juiz decida de acordo com suas convicções morais e políticas

Diante dessas duas concepções distintas de convencionalismo jurídico, qual é a que melhor justifica as posturas ativistas dos magistrados?

5.3.2 O Convencionalismo Jurídico e o Ativismo Judicial

Passa-se, neste momento a analisar o ativismo judicial na ótica da concepção convencionalista do direito apresentada por Dworkin. Tal análise deve considerar as nuances da concepção convencionalista exposta por Dworkin, que permite diferentes conclusões a respeito do tema.

Partindo do pressuposto de que a convenção política versa sobre o problema apresentado ao magistrado, o ativismo judicial, que exige uma atitude política dos magistrados em um exercício deliberado de sua vontade, não seria permitido pela concepção convencionalista do direito. O juiz não teria a competência de desafiar a vontade política da comunidade expressa na convenção. Caberia a ele apenas a aplicação da convenção, garantindo as expectativas asseguradas da comunidade. Muito pelo contrário, o adequado para o magistrado convencionalista seria, em um primeiro momento, a autocontenção judicial. Os magistrados deveriam reduzir sua área de influência respeitando a vontade do legislador.

Contudo, em uma concepção convencionalista, a atitude do magistrado dependeria, em última análise, da convenção que lhe foi entregue pelo Parlamento. As convenções deveriam ser explícitas e detalhistas, o que, por si só, já se tornaria impossível em uma sociedade complexa como a brasileira, que exige cada vez mais soluções técnicas, além da capacidade dos legisladores políticos.

Adotando-se uma postura convencionalista estrita, o juiz declararia a lacuna da lei à menor sombra de ambiguidade. Portanto, ao final, caberia aos juízes a decisão de qualquer caso difícil ou técnico. O magistrado deveria criar o direito para a solução daquele caso difícil, o que é uma postura ativista. Obtém, assim, um resultado oposto àquele que teria ao analisar a teoria convencionalista em uma primeira vista.

O convencionalismo moderado poderia negar a existência de lacunas, “mesmo que os advogados divergissem sobre essas convenções abstratas, mesmo juristas se recusassem a admitir que as leis fazem direito, ou que os precedentes exercem alguma influência sobre as decisões posteriores” (DWORKIN, 2007, p. 155).

Os magistrados que adotam uma postura convencionalista moderada não seriam levados a proclamar a existência de tantas lacunas quanto suas contrapartes convencionalistas

estritas. A eles é permitido utilizar sua interpretação em busca de alguma proposição que seria um consenso em sua comunidade.

Em verdade, o convencionalismo moderado rejeita a distinção radical entre o direito e a política, que é a base da própria teoria, o que poderia levar um convencionalista moderado a tomar decisões baseadas em sua própria moral e convicção política, possibilitando, assim, decisões ativistas.

Tais conclusões levam Dworkin a considerar a teoria convencionalista como inadequada ao tratamento dos casos difíceis em uma sociedade moderna e complexa. Nas palavras do próprio autor:

Devemos aceitar que a parte positiva do convencionalismo – de que os juízes devem respeitar a extensão explícita das convenções jurídicas – não pode oferecer nenhum conselho útil aos juízes que tem um caso difícil diante de si. Estes serão inevitavelmente casos em que a extensão explícita das diversas convenções jurídicas não contém absolutamente nada de decisivo, e o juiz deve, portanto, exercer seu poder discricionário ao recorrer a modelos extrajurídicos (DWORKIN, 2007, p. 157-158).

Ante o exposto, entende-se que a adoção da concepção convencionalista do direito, parece à primeira vista, condenar o ativismo judicial, porém, em uma análise mais acurada, permite que a solução de casos difíceis somente possa ser obtida por meio da atividade criadora do direito pelos juízes.

5.4 O Pragmatismo Jurídico

O pragmatismo jurídico, segundo Thamy Pogrebinschi (2000), é a melhor representação do ativismo judicial. Tem suas origens na corrente doutrinária denominada “realismo jurídico”, também chamada de “jurisprudência sociológica” (*sociological jurisprudence*), que surgiu no início do século XX nos EUA e tem uma concepção puramente instrumental do direito. “O realismo jurídico prefere descrever a realidade considerando que quem aplica o direito atua na prática como o legislador” (DIMOULIS, 1999, p. 03). Implica que as proposições devem ser julgadas pela sua conformidade com as necessidades humanas e sociais, e devem ser testadas em suas consequências, rompendo, assim, com a crença em entidades metafísicas. Estes seriam os três elementos desta doutrina: contexto, consequência e anti-fundalismo. “Seus postulados sustentam que, para decidir os casos que lhe apresentam, os juízes devem recorrer a um estilo consequencialista e voltado para o futuro. Eles devem

tomar qualquer decisão que seja melhor para o futuro da comunidade sem levar em consideração as práticas do passado enquanto tais” (DWORKIN, 2010, p. 32).

O pragmatismo jurídico nega que as decisões políticas do passado devem servir de justificativas para as ações do Estado no presente. Pauta-se na eficiência e nas virtudes contemporâneas de suas próprias decisões. “A coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribuí, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual” (DWORKIN, 2007, p. 185). Deve-se pensar nas consequências futuras de uma decisão, não no passado. O pragmatismo incentiva os juízes a agirem de acordo com seus próprios pontos de vista, acreditando que tais atos seriam o melhor para a comunidade como um todo.

A teoria pragmática, segundo Dimitri Dimoulis (1999, p. 19), reconhece a realidade normativa e abandona qualquer pretensão do intérprete de fazer as vezes do legislador. Ademais, valoriza a história e a política, sendo que ambas seriam capazes de revelar o sentido das disposições legais.

Ronald Dworkin (2010, p. 32 - 33) divide o pragmatismo em duas concepções. A primeira é utilitária e visa maximizar o bem estar médio da sociedade. “O defensor utilitarista do bem estar social e individual afirma que uma lei ou uma decisão judicial só torna determinada situação melhor se, no conjunto ou na média, resultar na melhora da situação das pessoas” (DWORKIN, 2010, p. 89). Para Dworkin, a abordagem utilitária é falha porque boa parte do Direito não se compromete com os resultados de suas preposições, mas sim com os princípios de igualdade e justiça que nem sempre se conformam com a exigência utilitária. A segunda busca maximizar a riqueza e a eficiência econômica.

Para utilizar a abordagem pragmática, o operador do direito deve aplicar normas de justificação, para verificar a adequação de determinado comportamento ao ordenamento jurídico. A norma de justificação serve de parâmetro para a infração de uma norma de conduta.

O pragmatismo nega que as pessoas tenham direitos, considerando que não há direitos que prejudicam a comunidade, mesmo se consagrados na legislação ou na jurisprudência dos tribunais. “O direito não existe, diziam, ou o direito não passa da previsão do que farão os tribunais, ou é apenas uma questão daquilo que os juízes tomaram no café da manhã” (DWORKIN, 2007, p. 187). Paradoxalmente, as decisões devem ser aceitas por todos os membros da comunidade, instaurando normas de ordem públicas, garantindo-se, assim, a vida em comunidade. Uma abordagem pragmática é aquela em que a Corte Constitucional busca desenvolver jurisprudências que lhe garanta ampla discricionariedade em suas decisões.

Dworkin afirma que na prática o pragmatismo jurídico seria menos radical do que na teoria, pela necessidade de tornar as decisões aceitáveis pela comunidade, desta forma, “trata-se de uma concepção do direito mais poderosa e persuasiva do que o convencionalismo, e um desafio mais forte ao direito como completeza” (DWORKIN, 2007, p. 188).

Os magistrados passariam a atuar buscando o equilíbrio entre a previsibilidade necessária para proteger a legislação e o precedente, e a flexibilidade necessária para sua própria atuação. Tal postura levaria à diminuição do radicalismo da teoria e a uma postura mais palatável para a sociedade. A necessidade de preservar o apoio da opinião pública e de construir e manter a noção de legitimidade do processo de tomada de decisões leva ao abrandamento do radicalismo inicial desta corrente doutrinária. “Juízes que decidem casos abertamente por motivos políticos são tidos por trazer descrédito à profissão legal e estão sujeitos a duras críticas das revistas especializadas por falharem na aplicação da lei” (ROUX, 2011, p. 13 – tradução nossa).⁴⁰ No caso de democracias recentes, como o Brasil, as decisões judiciais devem ainda considerar a segurança das instituições a que pertencem, uma vez que não podem contar com um relacionamento estabilizado entre os diferentes ramos de governo para salvar os tribunais de ataques políticos.

Se, por um lado, o pragmatismo rejeita a pré-existência de pretensões genuinamente tuteladas, é importante dizer que, por outro lado, a moral e a política não sofrem a mesma rejeição. Os juízes são livres para seguir qualquer método que produza resultados positivos para a comunidade, mesmo se considerando que diferentes juízes podem ter diferentes concepções sobre o que é melhor para a sociedade. Direitos seriam apenas instrumentos para alcançar uma vida melhor em comunidade.

O pragmatismo é muito criticado por ser uma abordagem do direito despida de noções de equidade, coerência e segurança jurídica.

5.4.1 O Pragmatismo Jurídico e o Ativismo Judicial

O pragmatismo jurídico é uma concepção do direito que atribuí ao magistrado grande possibilidades de decidir segundo suas próprias convicções. Tal concepção tem levado muitos a afirmar que o “juiz pragmatista é necessariamente um juiz ativista” (POGREBINSCHI, 2000, p. 126).

⁴⁰ Judges who decide cases on nakedly political grounds are thus thought to bring the legal profession into disrepute, and are subject to harsh criticism in the law journals for failing to apply the law.

Com efeito, o juiz pragmatista não precisa interpretar o ordenamento e encontrar a melhor decisão para o caso que lhe foi submetido. Para ele, basta sua atividade criadora, considerando as consequências de sua decisão e de possíveis decisões alternativas. A melhor decisão é aquela que melhor corresponder às necessidades humanas e sociais do caso que lhe foi colocado. Ao magistrado é permitido interferir em programas sociais, decidir à revelia de legislação e utilizar argumentos extrajurídicos para embasar suas decisões. O único critério a ser utilizado é a adequação da decisão na busca de soluções para os problemas sociais.

Tal concepção permitiria e, mesmo, incentivaria o ativismo judicial. “O Ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico” (DWORKIN, 2007, p. 451).

O magistrado ativista, nesta concepção, poderia ignorar a lei, a jurisprudência e, até mesmo, a Constituição para impor aos outros poderes a sua própria convicção de justiça, jogando por terra o princípio da separação dos poderes.

Ronald Dworkin é um mordaz crítico desta concepção da atividade judicial. Afirma que os juízes divergem sobre as questões políticas importantes para o direito, o que por si só já impede a abordagem pragmática. Entretanto, a decisão judicial ideal, na concepção de Dworkin pode acabar fazendo concessões à abordagem pragmática por duas razões:

- a) Convencer os demais juízes em órgãos colegiados; e
- b) Tornar a decisão mais aceitável para a sociedade.

No primeiro caso, é aceitável defender versões mais fracas de argumentos de princípios para obter a adesão dos demais membros dos órgãos colegiados. No segundo, é possível que o magistrado ajuste suas razões de decisão para torná-la aceitável à opinião pública.

5.5 O Juiz Hércules é um Ativista?

Parece claro que a atividade judicial, segundo a teoria de Dworkin, não é despojada de uma carga política. Da mesma forma, o juiz tem liberdade para acrescentar um capítulo no romance em cadeia seguindo, suas convicções. Portanto, aqui cabe a pergunta: o juiz-hércules, tal como preconizado pelo filósofo americano, é um ativista?

Se em uma primeira análise existe a tentação em responder afirmativamente, pela liberdade que Dworkin atribui aos magistrados e pelo reconhecimento de sua atividade

política, em um segundo momento, deve responder de forma negativa. O próprio Dworkin nega essa concepção ativista de seu juiz- Hércules.

O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste que os juízes apliquem a Constituição por interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional e não ignorá-la (DWORKIN, 2007, p. 452).

Não é outra a análise de Thamy Pogrebinski:

Os juízes devem não apenas justificar suas decisões apelando para argumentos em defesa de direitos individuais e em detrimento do bem comum, mas devem também se ater a este tipo de decisão. Isto é, os juízes – inclusive, e principalmente, os da Suprema Corte – devem buscar em sua atividade apenas o reconhecimento e a garantia dos direitos, não se preocupando em tomar uma atitude ativa em face aos interesses coletivos gerais, tais como a erradicação da pobreza e a prosperidade da comunidade. Assim, quando o Juiz Hércules encontrar-se diante de um caso que identifique como fundado em uma questão política, ele se recusará a rever a decisão anterior do legislador (POGREBINSCHI, 2000, p. 131).

A concepção de direito criada por Dworkin nega o ativismo judicial, por exigir uma conformidade com das decisões jurídicas com a jurisprudência dos tribunais e com o ordenamento jurídico. O magistrado não pode ignorar a prática constitucional; mas, ao contrário, deve se ajustar a ela.

O autor americano faz uma distinção entre políticas (*policy*) e princípios (*principles*). Políticas são como “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN 2010, p. 36). Trata-se de metas para a comunidade como um todo, que visam proporcionar melhores condições de vida aos indivíduos. Os princípios não buscam um objetivo econômico ou social, mas são “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade” (DWORKIN, 2010, p. 36). Feita a distinção, as decisões judiciais devem se guiar por argumentos de princípios, e nunca por argumentos de política, mais adequados à seara do Poder Legislativo.

As decisões sobre políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração. Pode ser que o sistema político da democracia funcione com indiferença neste aspecto, mas funciona melhor do que um sistema que permite que juízes não eleitos, que não estão submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado por correspondência, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrentes em salas de audiências (DWORKIN, 2010, p. 133).

Portanto, os juízes devem conformar suas decisões com os direitos criados no Parlamento. Isso ocorre pelas distinções nítidas entre as atividades do legislador e as do juiz. A política não tem compromisso com a isonomia. Os princípios, ao contrário, devem ser aplicados de forma igual para todos os casos iguais.

Ronal Dworkin, ao analisar o sistema jurídico dos EUA, reconhece que a existência de direitos morais contra o Estado. Reconhece, ainda, a existência de direitos além daqueles expressamente previstos em textos legais. As cláusulas descritivas de direitos fundamentais devem ser vistas como conceitos morais. “Um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes resposta” (DWORKIN, 2010, p. 231). Tais questões, invariavelmente, suscitarão a discussão de argumentos de política e de princípios. Contudo, as concepções de integridade no direito e de romance em cadeia criadas por Dworkin, inapelavelmente restringem a liberdade de decisão do magistrado, diante da exigência de que estas se ajustem àquelas. A doutrina da responsabilidade política preconizada por Dworkin estipula que os juízes devem adotar decisões que possam ser justificadas com base em uma teoria geral. “É óbvio que esta exigência, além de responder a aspirações elementais de coerência, facilita a previsibilidade das decisões judiciais” (NINO, 1998, p. 434 – tradução nossa).⁴¹ Por fim, a exigibilidade de consistência articulada exige que os princípios utilizados nas decisões judiciais formem uma teoria que justifique não apenas outras decisões judiciais, como também as normas reconhecidas institucionalmente, sejam legislativas ou jurisprudenciais. As próprias convicções pessoais do magistrado podem e devem ser restringidas em prol de um resultado que promova a integridade no Direito. Ademais, o magistrado não deve simplesmente substituir o julgamento do legislador pelo seu próprio, especialmente em se tratando de questões fundamentalmente políticas, e não de princípios.

Uma interpretação jurídica de caráter geral também é complexa em outro sentido importante. Ela busca princípios que justifiquem as reivindicações substantivas sobre direitos e deveres jurídicos e tudo o mais que uma prática jurídica específica reconhece e aplica, mas também deve justificar o grande contingente de práticas constitucionais e procedimentais nas quais se inserem essas reivindicações substantivas. Portanto, qualquer justificação geral da prática jurídica deve dar lugar de destaque aos princípios da moralidade política que atribuem o poder de legislar a instituições específicas, bem como a outros princípios que limitam esses poderes de diferentes maneiras formais e informais (DWORKIN, 2010, p. 25).

⁴¹ Es obvio que esta exigencia, además de responder a aspiraciones elementales de coherencia, facilita la previsibilidad de las decisiones judiciales.

No tocante aos direitos constitucionalmente consagrados, Dworkin cria sua teoria visando ao sistema vigente nos EUA, no qual se adota uma postura liberal e a carta de direitos fundamentais é bem mais restrita do que a brasileira. A igualdade, entretanto, é considerada um valor essencial para legitimar o governo político.

Não obstante as concepções de direito como integridade se conformarem com o caráter contramajoritário dos direitos consagrados constitucionalmente, da mesma forma, a consagrada prática do *judicial review* também não encontra oposição à uma visão integral do Direito. Resta, portanto, discutir a margem de atuação da Suprema Corte.

O autor rejeita a distinção de que juízes conservadores obedecem à Constituição e os “liberais tentam reformá-la segundo suas próprias convicções” (DWORKIN, 2007, p. 428). Tal distinção é frequentemente abraçada por leigos no Brasil. Este trabalho já trouxe inúmeros exemplos de decisões ativistas vistas como adequadas por conservadores e rejeitadas pelos liberais, e vice e versa. Dessa forma, resta claro que o ativismo judicial nada tem a ver com a concepção política de um magistrado.

Visto que as concepções de Dworkin rejeitam o ativismo judicial, seria então correto presumir que defendem a autocontenção? Decerto que não. A concepção do Direito como integridade pode exigir tanto uma ação judicial quanto uma omissão. Muitas omissões da Suprema Corte baseadas em uma postura de autocontenção, infringem a integridade do ordenamento jurídico tanto ou até mais do que uma abordagem ativista. Ademais, “alguns direitos constitucionais se destinam exatamente a impedir que as majorias sigam suas próprias convicções quanto ao que a justiça requer” (DWORKIN, 2007, p. 450). As Supremas Cortes, como guardiãs do texto constitucional, não podem, portanto, omitir-se na defesa de tais direitos, não importa quão populares sejam as posturas adotadas por esta maioria. A ideia de integridade do Direito rejeita a subordinação às autoridades eleitas, tanto quanto rejeita a ideia de um governo de juízes.

Resta claro que o papel das Supremas Cortes exigem julgamentos políticos, “mas estes são especiais e complexos e, de modo algum, iguais aos que faria se estivesse votando uma lei a respeito dos mesmos problemas” (DWORKIN, 2007, p. 453). Neste papel, é necessário tomar cuidado para não impor concepções próprias do tribunal às outras instituições do Estado. Apesar de as Cortes estarem autorizadas a tomar decisões políticas, estas decisões devem sempre estar baseadas em princípios, não em políticas (*policy*). Ou seja, as decisões judiciais devem identificar direitos atentando-se para a integridade do sistema jurídico, nunca para a promoção do bem estar geral da sociedade. Em outras palavras, suas decisões não são pautadas pelas consequências sociais.

Esta seria a maior contribuição da jurisdição constitucional para a democracia. “A revisão judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político” (DWORKIN, 2005, p. 102). A revisão judicial obriga, portanto, o debate político a incorporar elementos de princípios jurídicos bem antes e, mesmo, depois de serem levados a um tribunal. Esse aspecto da judicialização da vida obriga a confirmação dos argumentos de política ao direito. Dessa forma, torna possível descartar aqueles propensos à injustiça ou em flagrante desobediência ao texto constitucional. Este processo se encontra além das diferenciações entre ativismo judicial e autocontenção judicial e são uma das maiores contribuições do direito a democracia.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A clássica separação dos poderes, tal como prevista nos primórdios da Idade Moderna, afirmava que o Poder Judiciário deveria se restringir a aplicar a lei perante os casos concretos, deixando as questões de vulto e de alcance nacional para o Parlamento e as autoridades executivas. O Parlamento deveria espelhar a diversidade das correntes políticas da sociedade e a seus representantes cabia decidir sobre os desígnios do corpo social.

Contudo, a criação dos instrumentos de controle de constitucionalidade, a ampliação da jurisdição constitucional, o advento de textos constitucionais cada vez mais analíticos, a superação do paradigma positivista e a redemocratização do país, levaram o Poder Judiciário a deixar seu papel de mera “boca da lei” para se assumir como um poder político do Estado e como efetivo participante da concretização das disposições constitucionais.

Essa mudança foi prontamente seguida de uma verdadeira judicialização das relações sociais, na qual o Poder Judiciário passou a ser convocado para se pronunciar sobre os mais diversos assuntos e questões, antes reservados e decididos nas arenas políticas. Essa judicialização foi acompanhada de uma atitude mais proativa, qual seja, o ativismo judicial, no qual os magistrados, assumindo uma interpretação específica do texto constitucional, passaram a buscar a concretização de suas disposições, mesmo à revelia dos Poderes Legislativos e Executivo. De outro lado, o Poder Legislativo, que deveria agir como caixa de ressonância dos interesses da população, tem sofrido com denúncias de corrupção de seus membros, com a omissão na concretização das demandas da sociedade e com pautas dominadas pelos interesses do Poder Executivo.

Dessa forma, tem sido bastante comum a visão benéfica do fenômeno do ativismo judicial. Se a importância do Legislativo decresce, o Poder Judiciário se apresenta como uma alternativa para a concretização dos direitos fundamentais, principalmente diante da omissão estatal.

Contudo, o ativismo judicial pode configurar-se como conservador, e é uma conduta ilegítima e arriscada. Juízes não possuem o respaldo popular, com o qual contam os dirigentes eleitos pelo voto popular, para escolherem as alternativas mais adequadas à sociedade e nem mesmo possuem instrumentos adequados para a verdadeira concretização das disposições constitucionais, ainda dependentes de ampla ação estatal voltada para todo corpo social.

Dessa forma, estamos seguros em afirmar que a adoção de uma atitude ativista por parte dos magistrados configuraria um grave erro, capaz de abalar a segurança institucional, criando conflitos entre os poderes do Estado. Defende-se aqui, ao revês, que o Poder

Judiciário exerça uma autocontenção cautelosa quando confrontado com casos importantes para a sociedade como um todo, principalmente em face da omissão estatal. O incentivo à ação política da população e a deferência às soluções alcançadas nestas searas revelam-se mais adequadas do que a decisão de um único magistrado. A análise histórica da atuação da Suprema Corte dos EUA nos faz perceber que, após uma fase de intenso ativismo judicial, aquela corte paulatinamente percebe os riscos inerentes a tal postura e, progressivamente, retorna à autocontenção, como uma atitude mais adequada aos Tribunais.

Entretanto, não é permitido que o Poder Judiciário se quede omissos diante dos diversos pleitos que lhe são apresentados. A adoção das teorias de Ronald Dworkin parece adequada para enfrentar esses desafios. Muito embora Dworkin não aprove o ativismo judicial, vendo-o como manifestação de um pragmatismo jurídico exacerbado, sua concepção de direito como integridade permite que os magistrados identifiquem direitos conferidos pelo ordenamento, mesmo que esses não sejam expressamente afirmados na legislação, aplicando-os em situações diversas. Essa concepção de integridade respeita os procedimentos legislativos cabíveis ao Congresso Nacional, bem como as soluções alcançadas nas arenas políticas. Contudo, não se contenta com uma interpretação passiva do ordenamento jurídico, além de permitir a evolução do Direito Jurisprudencial e a busca de soluções adequadas aos casos submetidos aos juízes.

A leitura moral da Constituição, também proposta por Dworkin, propicia a abertura do Direito aos influxos da Filosofia e da Moral, por meio de normas principiológicas e de conteúdo aberto. A leitura moral da Constituição supera a distinção positivista do Direito e da Moral e adota uma concepção de democracia que não se esgota no triunfo da maioria, mas exige que cada membro da sociedade seja tratado com igual consideração e respeito, permitindo-lhe, principalmente, o direito de ser ouvido nas decisões coletivas e a prerrogativa de receber os resultados das atividades comunitárias. A leitura moral da Constituição implica atenção irrestrita com as condições do exercício da democracia.

Dworkin é claro em afirmar a distinção entre políticas (*policy*) e princípios (*principle*). Essa distinção é mais uma limitação à atividade dos magistrados, na medida em reserva as decisões de política aos agentes do Legislativo e do Executivo. As decisões judiciais devem ser tomadas com base em princípios.

Parece claro que a abordagem de Dworkin é feita e adequa-se mais perfeitamente a países como os EUA. Mesmo considerando as enormes diferenças entre a sociedade brasileira e a norte-americana, tal concepção de direitos é adequada por permitir ao Judiciário flexibilidade para encontrar a melhor solução para os casos concretos, sem olvidar-se das

disposições legais, dos precedentes judiciais e das condições de manutenção do regime democrático brasileiro. Se, por um lado, existe a necessidade de decisões judiciais que alcancem soluções adequadas às demandas da sociedade, por outro lado, não é possível infringir o princípio da separação de poderes criado para evitar o arbítrio e o abuso do poder, além de consagrado na Constituição da República.

Mais do que um Hércules, juiz ou não, que solucione os graves problemas da sociedade, é preciso atentar para a necessidade de manter a jovem democracia brasileira, bem como respeitar as regras de seu jogo. Muitos foram aqueles que se apresentavam como semi-deuses ou salvadores da pátria. É preciso agora insistir na democracia e respeitar a diversidade a ela intrínseca.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **We The People. Foundations.** Cambridge: Havard Press, 1993.
Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=pw3LvaBECg0C&printsec=frontcover&dq=we+the+people+ackerman&hl=pt-BR&sa=X&ei=m6UET8yuNsf0QHys9yxAg&ved=0CDgQuwUwAQ#v=onepage&q=we%20the%20people%20ackerman&f=true>>. Acesso em 04 jan. 2012.
- ACKERMAN, Bruce. **We The People. Transformations.** Cambridge: Havard Press, 1998.
Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=Zc0aU6zA4YYC&printsec=frontcover&dq=we++people+ackerman&hl=pt-BR&sa=X&ei=g74ET_uKEChl0QHv3oCZAg&ved=0CDAQ6AEwAA#v=onepage&q=we%20%20people%20ackerman&f=false>. Acesso em 04 jan. 2012.
- ALEXY, Robert. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- AMAR, Akhil Reed. **Bill of Rights.** Virginia: RR Donnelley & Sons, 1998.
- BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido.** Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional. Aspectos Contemporâneos.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral das Comissões Parlamentares. Comissões Parlamentares de Inquérito.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71 -91, jan./mar. 2009.
- BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira.** 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BAUN, Lawrence. **A Suprema Corte Norte Americana.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma Leitura a partir da Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Constituição (1824) **Constituição Política do Império do Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em 04 jan. 2011.
- BRASIL. Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm> Acesso em 04 jan. 2011.

BRASIL. Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em 04 jan. 2011.

BRASIL. Constituição (1937) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm> Acesso em 04 jan. 2011.

BRASIL. Constituição (1946) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm> Acesso em 04 jan. 2011.

BRASIL. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm> Acesso em 04 jan. 2011.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 04 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI n. 3510/DF**. Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=pesquisa+c%E9lula+tronco&base=baseAcordaos>>. Acesso em 13 de set. de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI 4277/DF**. ADPF. 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocesso_eletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>. Acesso em 13 de set. de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **MS n. 26604/DF**. Rel. Min. Carmen Lúcia. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=fidelidade+parlamentar&base=baseAcordaos>>. Acesso em 16 de set. de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670/ES**. Direito de greve dos servidores públicos civis. IMPTE.: SINDICATO DOS SERVIDORES POLICIAIS CIVIS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SINDPOL. IMPDO: CONGRESSO NACIONAL. Min. Maurício Côrrea, Brasília, 31 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28670%2E%2E+OU+670%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 09 de jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708/DF**. Direito de greve dos servidores públicos civis. IMPTE.(S): SINTEM - SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE JOÃO PESSOA. IMPDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL. Min. Gilmar Mendes, Brasília, 31 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28708%2E%2E+OU+708%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 09 de jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 712/PA**. Direito de greve dos servidores públicos civis. IMPTE.(S): SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER

JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARÁ – SINJEP. IMPDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL Min. Eros Grau, Brasília, 31 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28708%2ENUME%2E+OU+708%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 09 de jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação **Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento no âmbito dos órgãos do poder judiciário. Requerente Associação dos Magistrados Brasileiros. Requerido Conselho Nacional de Justiça. Pleno, Brasília, 18 dez 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283510%2ENUME%2E+OU+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 11 de jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. União Civil entre Pessoas do Mesmo Sexo. Requerente Governador do Estado do Rio de Janeiro. Min. Ayres Britto, Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28132%2ENUME%2E+OU+132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 09 de jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta da Inconstitucionalidade nº 4277/DF. União Civil entre Pessoas do Mesmo Sexo. Requerente Procuradoria Geral da República. Min. Ayres Britto, Brasília, 14 out. 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28132%2ENUME%2E+OU+132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 09 de jan. 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação Contra Legem. A Teoria do Discurso e da Justificação Jurídica nos Casos Mais Díficeis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. **A Separação dos Poderes na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

CANADÁ. Suprema Corte. **Operation Dismatle v. The Queen**. [1985] 1 S.C.R. 441. Disponível em <<http://scc.lexum.org/en/1985/1985scr1-441/1985scr1-441.html>>. Acesso em 13 de set., 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ª Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O Longo Caminho**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**. 15ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law. Principles and Policies**. New York: Aspen Law & Business, 1997.

CHOUDHRY, Sujit; HUNTER, Claire E. Measuring Judicial Activism in The Supreme Court of Canada: A Comment of Newfoundland (Treasure Board) v. NAPE. **McGill Law Journal**. Toronto: 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137732>. Acesso em 14 de set. de 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos dos Goytacazes, v.2/3, n. 2/3, p. 135 – 144, 2002. Disponível em < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25512>>. Acesso em 05 de jan. 2012.

COVER, Robert M. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. **Faculty Scholarship Series**, 1982. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2704>. Acesso em 26 de set. de 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. A Dimensão Política da Jurisdição Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 39-44, jun./set. 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico – Político**. São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. Moralismo, Positivismo e Pragmatismo na Interpretação do Direito Constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 769, p. 11-27, 1999.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana. A Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Massachusetts: Havard University, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Cambridge: Havard Press, 1980.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787) **Constituição dos Estados Unidos**. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html> Acesso em 14 jan. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Marbury v. Madison**. 5 U.S 137 (1803) – 32, 60, 207. Disponível em <<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/marbury.HTML>>. Acesso em 19 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Dred Scott v. Sandford**. 19 HOW 393 (1857) - 71. Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/60/393/case.html>>. Acesso em 16 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Hepburn v. Griswold**. 75 U.S 603 (1869). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/75/603/case.html>>. Acesso em 23 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Plessy v. Ferguson**. 163 U.S 537 (1896). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/163/537/case.html>>. Acesso em 26 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Brown v. Board Education of Topeka**. 347 U.S 483 (1954). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=347&invol=483>>. Acesso em 19 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Torcaso v. Watkins**. 367 U.S 488 (1961). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/367/488/case.html>>. Acesso em 20 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Baker v. Carr**. 369 U.S 186 (1962). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/369/186/case.html>>. Acesso em 20 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Gideon v. Wainwright**. 372 U.S 335 (1963). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/372/391/>>. Acesso em 20 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Fay v. Noia**. 372 U.S 391 (1963). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/372/391/>>. Acesso em 20 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **McLaughlin v. Florida**. 379 U.S 184 (1964). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/379/184/case.html>>. Acesso em 20 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **New York Times v. Sullivan**. 376 U.S 254 (1964). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/376/254/case.html>>. Acesso em 20 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Griffin v. School Board of Prince Edward County**. 377 U.S 218 (1964). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/377/218/>>. Acesso em 20 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Griswold v. Connecticut**. 381 U.S 479 (1965). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/381/479/case.html>>. Acesso em 20 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Love v. Virginia**. 388 U.S 1 (1967). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/388/1/case.html>>. Acesso em 20 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Roe v. Wade**. 410 U.S 113 (1973). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/410/113/case.html>>. Acesso em 19 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Nixon**. 418 U.S 683 (1974). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/418/683/case.html>>. Acesso em 20 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **United States v. Ross**. 456 U.S 798 (1982). Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0456_0798_ZS.html>. Acesso em 19 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Bowers v. Hardwick**. 478 U.S 186 (1986). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/478/186/case.html>>. Acesso em 03 de jan. 2012.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey**. 505 U.S 833 (1992). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/505/833/case.html>>. Acesso em 03 de nov. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Ada v. Guam Society of Obstreticians and Gynecologist**. 113 S. Ct. 633 (1992). Disponível em <http://174.123.24.242/leagle/xmlResult.aspx?xmldoc=19922328962F2d1366_12129.xml&docbase=CSLWAR2-1986-2006>. Acesso em 03 de jan. 2012.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Bush et al v. Gore et al**. 531 U.S. 98 (2000). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/531/98/case.html>>. Acesso em 13 de set. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Lawrence v. Texas**. 539 U.S 558 (2003). Disponível em <http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2002/2002_02_102>. Acesso em 03 de jan. 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

FLEMING, James E. Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts. **Fordham Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1377 – 1400, 2005. Disponível em <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/4>>. Acesso em 20 dez 2011.

FRIEDMAN, Barry. The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five. **The Yale Law Journal**, v. 112, n. 153, p. 153 – 300, 2002. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=312024>. Acesso em 23 dez 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura: No Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1997.

GONÇALVES, Sandra Krieger. Conceitos de Direito em Dworkin e Hart: Limitações e Alcances da Teoria Juspositivista. **Revista Jurídica da Universidade Regional de Blumenau**, Blumenau, v.1, n. 1, p. 81 – 114, jan./dez. 1997.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Havard University, 2007.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ISRAEL. Suprema Corte. **Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel**. HCJ 2056/04. Disponível em <http://elyon1.court.gov.il/files_eng/04/560/020/a28/04020560.a28.pdf>. Acesso em 13 de set. 2011.

LIMA, Newton de Oliveira. **Jurisdição Constitucional e Construção de Direitos Fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos**. São Paulo: MP, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, nº. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/953/4/R162-12.pdf>>. Acesso em 10 de out de 2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Alexandre. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2ª Ed. Campinas: Millenium, 2008.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al Análisis del Derecho**. 2ª Ed. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Ativismo Judicial, Autorestrição Judicial e o “Minimalismo” de Cass Sunstein**. [Mensagem Pessoal]. Mensagem recebida por: <sergiorbb@gmail.com> em 17 jun. 2010.

PATTERSON, Dennis M. **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. Massachusetts: Blackwell, 1996.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.9, n. 17, p. 121 – 143, ago./dez. 2000.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró reitoria de graduação. Sistema de bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 07 dez. 2010.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Judiciário como poder político no século XXI. **Estudos Avançados**, São Paulo, ano 10, v. 38, p. 291 – 306, jan / abr. 2000.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomos I, III e IV. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. Disponível em <<http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=gpFvZXWScVkC&oi=fnd&pg=PA1&dq=hist%C3%B3ria+do+supremo+tribunal+federal&ots=TIAUsFNT5q&sig=W-P9lRs6nqyZS6dNJUNZETmIKZw#v=onepage&q&f=true>>. Acesso em 21 de set. de 2011.

ROUX, Theunis. **Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa**. Disponível em <http://www.saifac.org.za/docs/res_papers/RPS%20No.%2042.pdf>. Acesso em 19 de dez. 2011.

RUIZ, Urbano. A Utilização do judiciário para Questionar e Obrigar a Administração a Desenvolver Políticas públicas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, vol. 365, out / dez. 2001.

SAHA, Arpita. **Judicial Activism in India: A Necessary Evil**. National Law University, Jodhpur, India. Disponível em <<http://jalsacademico.blogspot.com/search?updated-max=2010-06-22T07%3A37%3A00-07%3A00&max-results=7>>. Acesso em 11 jul. 2010.

SALZBERG, Eli M. **Judicial Activism in Israel**. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=957849>>. Acesso em 14 de set. de 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada Pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Crises e Desafios da Constituição: Perspectivas, Críticas da Teoria e das Práticas Constitucionais Brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo Judicial. Uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 44, n. 173, p. 271-284, jan./mar., 2007.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª Ed. São Paulo, Malheiros, 1998.

SKINNER, Quentin. **Os Fundamentos do Pensamento Político Moderno**. 6ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SOUZA, Artur César de. As Cortes de Warren e Rehnquist: Judicial Activism ou Judicial Self – Restraint. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 97, v. 874, p. 11 – 44, ago, 2008.

STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN Louis M.; SUNSTEIN, Cass R.; TUSHNET, Mark V. **Constitutional Law**. 3º Ed. New York: Aspen Law & Business, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Constituição: As Consequências da (Indevida) Cisão Entre *Easy Cases* e *Hard Cases* no Direito. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 2, jan /mar 2008. Disponível em <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/2_Doutrina_11.pdf>. Acesso em 09 jan 2012.

SWISHER, Carl Brent. **Decisões Históricas da Corte Suprema**. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e a Realização do Direito na Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TUSHNET, Mark. **Against Judicial Review**. Disponível em: <<http://jalsacademico.blogspot.com/search?updated-max=2010-06-22T07%3A37%3A00-07%3A00&max-results=7>>. Acesso em 25 mar. 2010.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de. Supremo Tribunal Federal: Contencionismo ou Ativismo Judicial. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 37, n. 67, p. 77 – 115, jan./jun. 2003.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à Brasileira. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008. Disponível em <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD-08_5_407_440_A%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988%20vinte%20anos%20depois_Marcos%20Paulo%20Verissimo.pdf>. Acesso em 05 de jan. 2012.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.