

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

RENATO SOARES DE MELO FILHO

O ATIVISMO JUDICIAL EM INVESTIDA AO ESTADO DEMOCRÁTICO

FRANCA

2013

RENATO SOARES DE MELO FILHO

O ATIVISMO JUDICIAL EM INVESTIDA AO ESTADO DEMOCRÁTICO

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. José Duarte Neto

FRANCA

2013

Melo Filho, Renato Soares de

O ativismo judicial em investida ao Estado democrático / Renato Soares de Melo Filho. – Franca : [s.n.], 2013

137 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: José Duarte Neto

1. Poder judiciário e questões políticas. 2. Teoria do Estado.
3. Separação de poderes. 4. Estado de direito. I. Título.

CDD – 341.201

RENATO SOARES DE MELO FILHO

O ATIVISMO JUDICIAL EM INVESTIDA AO ESTADO DEMOCRÁTICO

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Prof. Dr. José Duarte Neto

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, _____ de _____ de 2013.

*Aos meus pais, incansáveis, sem os quais
este singelo estudo não seria realizado.*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, aos meus pais, Renato Soares de Melo e Joana D'arc de Souza Melo, por terem feito muito mais do que se espera de um pai e de uma mãe.

Após, ao meu Orientador, Prof. Dr. José Duarte Neto, pelas incontáveis lições, correções e sugestões, correspondentes não apenas ao seu profundo conhecimento do Direito Constitucional, mas também à sua inteligência da Magistratura, essência deste humilde trabalho.

Ao meu Co-orientador, Prof. Dr. José Carlos Tosetti Barruffini, com quem pude contar desde o segundo ano de faculdade, da iniciação científica pela Fapesp até a consecução desta dissertação, sendo inestimável sua colaboração, decorrente da sua sabedoria e generosidade.

Ao amigo Uelton Carlos Porto, pela ajuda infinita desde o primeiro dia deste mestrado. Aos amigos Ewerton Meirelis Gonçalves, Sílvio Marques Garcia e Thiago Massao Cortizo Teraoka, também companheiros que fizeram toda a diferença.

À minha namorada, Ludimila Fernanda da Silva, pelo apoio durante toda a realização deste estudo.

Ao servidor Ícaro Henrique Ramos, em nome do qual, pela distinta competência, agradeço à comunidade acadêmica e aos demais funcionários desta Universidade.

MELO FILHO, Renato Soares de. **O ativismo judicial em investida ao Estado democrático**. 2013. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

RESUMO

Trata-se de estudo a respeito dos conflitos entre o ativismo judicial, apresentando suas diversas conceituações acadêmicas logo de início, e o Estado Democrático de Direito, cotejado nos âmbitos da separação entre os Poderes e da legitimidade. Além do esboço histórico da expressão que dá início ao título, o trabalho perpassa as bases norte-americanas do ativismo judicial e o fenômeno da judicialização da política, bem como seu conjunto sob a ótica procedimentalista e substancialista. O estudo também discorre acerca das balizas críticas à postura ativista, problematizando o protagonismo judicial no terreno da Filosofia Política, sobretudo elencando a crise de representatividade e a do próprio Poder Legislativo, em certa medida usurpado. Outro aspecto abordado diz respeito ao controle judicial da política - reflexo pragmático do ativismo - tanto nas medidas de seus horizontes quanto pelo enfoque de seus parâmetros institucionais. Por sua vez, a dissertação contextualiza as críticas à supremacia judicial sob a perspectiva dos diálogos constitucionais, institucionais e da democracia deliberativa, sublinhando o questionamento sobre quem teria a última palavra sobre a Constituição. À guisa de conclusão, já alinhada ao próprio título da dissertação, o arremate apontará pela forte investida sistêmica do ativismo jurisdicional ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: ativismo judicial. judicialização da política. politização da justiça. direito constitucional.

MELO FILHO, Renato Soares de. **Judicial activism on onslaught over legal state.** 2013. 137 p. Dissertation (Master's Degree in Law) – School of Human and Social Sciences, “Júlio de Mesquita Filho” São Paulo State University, Franca, 2013.

ABSTRACT

This is a study about the conflict between judicial activism, presenting from the beginning its various academic concepts, and Legal State, collated under the separation of Powers and legitimacy. Besides the historical foreshortening about the expression that initiates the title, the work permeates american bases of judicial activism and the phenomenon of politics judicialization, as well as a whole from the proceduralist and the substantialist perspectives. The report also talks about the criticism on the activist approach, questioning judicial prominence in the field of Political Philosophy, particularly enumerating the crisis of representation and the one of the Legislature itself, to some extent usurped. Another aspect addressed concerns the judicial control - activism pragmatic reflection - in both measures of its horizons and the focus of its institutional parameters. In turn, the dissertation contextualizes the criticisms of judicial supremacy from the perspective of constitutional, institutional and deliberative democracy dialogues, highlighting the question on who would have the last word on the Constitution. As a conclusion, agreeing with the very title of the dissertation, the final touch will indicate the strong systemic attack from the judicial activism against the democratic state of law.

Keywords: judicial activism. politics judicialization. politicization of justice. constitutional law.

MELO FILHO, Renato Soares de. **Attivismo giudiziario in attacco sullo stato di diritto**. 2013. 137 f. Dissertazione (Master di Diritto) – Facoltà di Scienze Umane e Sociali, Università dello Stato di San Paolo “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2013.

SINTESI

Questo è uno studio sul conflitto tra attivismo giudiziario, presentando dall'inizio i suoi vari concetti accademici, e lo Stato di Diritto, analizzato nel contesto della separazione tra i poteri e della legittimità. Oltre lo scorcio storico dell'espressione che inizia il titolo, il lavoro permea le basi americane dell'attivismo giudiziario e il fenomeno della giudiziizzazione della politica, così come il suo complesso dalla prospettiva proceduralista e sostanzialista. Il rapporto parla anche dei limiti critici all'approccio attivista, mettendo in discussione il ruolo giudiziario nel campo della Filosofia Politica, particolarmente enumerando la crisi della rappresentanza e dello stesso Potere Legislativo, in qualche misura usurpato. Un altro aspetto affrontato riguarda il controllo giurisdizionale - riflesso pragmatico dell'attivismo – sia nelle misure dei suoi orizzonti, sia per la prospettiva dei suoi parametri istituzionali. A sua volta, la tesi contestualizza le critiche alla supremazia giudiziaria dal punto di vista dei dialoghi costituzionali, istituzionali e della democrazia deliberativa, sottolineando la domanda su chi avrebbe l'ultima parola sulla Costituzione. Come conclusione, già allineata con il titolo stesso della tesi, il tocco finale indicherà il forte attacco sistemico dall'attivismo giudiziario contro lo stato democratico di diritto.

Parole chiave: attivismo giudiziario. giudiziizzazione della politica. Politicizzazione dell'attività giudiziaria. diritto costituzionale.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 TÓPICOS DO ATIVISMO JUDICIAL	12
1.1 Conceito de ativismo judicial	12
1.2 Bases norte-americanas do ativismo	21
1.3 O fenômeno da judicialização da política	32
1.4 Dos protagonismos substancialistas e procedimentalistas	43
CAPÍTULO 2 DA AUTOCONTENÇÃO AO PROTAGONISMO.....	52
2.1 Balizas críticas à postura ativista	52
2.2 Da perspectiva jurídica à política.....	60
2.3 A teoria da crítica e a crítica da prática	67
2.4 Da releitura constitucional na perspectiva ativista	80
CAPÍTULO 3 O ARQUÉTIPO DA SUPREMACIA JUDICIAL	85
3.1 As epistemologias da restrição e do ativismo.....	85
3.2 O paradigma da separação dos Poderes	90
3.3 O dogma da última palavra	95
3.4 Da reserva jurídica de justiça.....	99
CAPÍTULO 4 ENTRE O VOLUNTARISMO E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL.....	106
4.1 Voluntarismo ou ativismo judicial?	106
4.2 Do desconcerto institucional	108
4.3 A ordem espontânea com diálogo.....	112
4.4 Do sobrepeso entre Poderes à deliberação.....	115
CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS.....	125

INTRODUÇÃO

Quando se fala em “ativismo judicial”, é intuitivo que nos venha à mente alguma espécie de proatividade dos magistrados, isto é, condutas, formas de proceder que extrapolem o ordinariamente deles esperado. E, sendo o exercício da judicatura circunscrito à Constituição e demais Leis do ordenamento pátrio, natural que o comportamento apontado como ativista seja questionado, conceituado e estudado. Esbarra, por assim dizer, nos limites do exercício da função jurisdicional por um agente político.

Refletir sobre a conduta ativista, cujo conceito será em seguida aprofundado, necessariamente induz a averiguar incursões nas funções típicas dos Poderes Executivo e Legislativo.¹ Em outras palavras, se os magistrados estariam, indevidamente, controlando políticas públicas ou até mesmo legislando; bem como se a expressão mereça ser revisitada em razão de seu alegado uso pejorativo.² Nesse sentido, investigar as fronteiras da atividade jurisdicional resvala no próprio conceito legitimidade, leia-se, do reconhecimento da investidura pelos destinatários do poder exercido.

Além dos limites, a atuação dos membros do Judiciário suscita explorar a discricionariedade da atividade jurisdicional (se é que ela existe). Ou melhor, apurar o alcance de eventuais margens de escolha, e se acabam por travestir de voluntarismo ou arbitrariedade tanto as fundamentações quanto os dispositivos das decisões judiciais, sem prejuízo de seu reconhecido caráter subjetivo – inexistente nas ciências exatas. Isto posto, a matéria acaba por conduzir ao conceito de razoabilidade judicial e ao uso dos princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Vale dizer, indagar sobre o âmbito de opções dos magistrados e, por que não, das suas influências ideológicas ou, por assim dizer, idiossincráticas

¹ A expressão “ativismo judicial” suscita paixões que tendem a obnubilar o debate de qualquer perspectiva da qual se parta. Como se não bastasse a polêmica inerente ao tema em questão, seu próprio conceito é esponjoso, sem deixar espaço a uma delimitação perfeita e cientificamente separada de outros fenômenos familiares. O que é visto como “ativismo judicial”, afinal, é naturalmente anterior a qualquer tentativa de lhe dar uma investigação teórica. O que foi chamado de *judicial review* foi um recorte de um momento histórico incapaz, num primeiro momento, de ser diferenciado de diversos outros fenômenos próximos – os quais acabaram sendo posteriormente separados, analisados e estudados com outros nomes, mas sempre ligados ao tema do ativismo.

² LEAL, Saul Tourinho. **ativismo ou altivez?** o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 123.

(raciocínio moral do juiz e do legislador) paralelas à discutível (digamos inatingível) neutralidade, sem desconsiderar a miríade de novos métodos de interpretação lançados diuturnamente.

Fala-se, assim, em protagonismo judicial e radicalização da hermenêutica em cotejo à própria independência dos juízes, ou a quem teria o poder de errar por último. São questões aferidas diante da judicialização, do volume cada vez maior – e variado – de conflitos levados à apreciação jurisdicional, dado esse que remete ao contraposto do ativismo: a autocontenção (*self restraint*). De outra parte, não se poderia segregar o estudo da influência (*stare decisis*) e até mesmo da vinculação dos precedentes – tanto nas instâncias ordinárias quanto nas superiores – em confronto à criação de novas jurisprudências.

Não por outras razões que a ótica constitucional, muito mais que a processual, explora com melhor acerto as interrogações a respeito do ativismo judicial. Afinal, goste-se ou não, e sem negar alguns exageros, recorre-se cada vez mais à chamada constitucionalização dos ramos do Direito para fomentar a ampliação das posturas denominadas ativistas. Diga-se, o tema é precipuamente constitucional e invoca desde o controle de constitucionalidade até a atuação contramajoritária face à judicialização da política, abraçando, muitas das vezes, o papel de instância moderadora em todos os graus de jurisdição, sobretudo no Supremo Tribunal Federal.

É de se indagar uma possível alteração no peso da relação entre os Poderes, ou até mesmo a redefinição das competências jurisdicionais (mais do que meras atribuições). Em suma, estar-se-ia delineando a maior presença do Judiciário (sobretudo do STF), dando-se margem aos reclamos de eventual *juristocracia* ou *supremocracia*,³ dados esses que acabariam, por assim dizer, influenciando no desempenho dos Poderes Executivo e Legislativo. Emerge daí a dúvida de que tal liderança seria ou não natural, ou positiva, na resolução de conflitos de repercussão acentuada na sociedade.

O cenário confunde-se, é certo, com a demanda pela concretização de programas e princípios disciplinados em nosso ordenamento, sobretudo na

³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. O ativismo judicial. In: _____. (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 20.

Constituição. E é nesse contexto que se questiona, por outro lado, a responsabilidade em eventuais omissões: se seriam do Judiciário, do Executivo ou do próprio Legislativo e, conseqüentemente, também haveria de se perquirir quanto à legitimidade para atuação em impasses que tais. Isto é, até que ponto a ausência de deliberação por parte do Legislativo ou do Executivo se tornaria ilegítima de forma a impor moderação (no que concerne à discussão sobre o controle judicial de políticas públicas).⁴

Vale dizer, numa perspectiva crítica, investigar o próprio Poder Judiciário como possível instrumento e pretexto de uma minoria para forçá-lo ao exercício de um aparente papel contramajoritário, o mesmo valendo para as construções acerca de modelos dialógicos de jurisdição constitucional, de diálogos institucionais ou interinstitucionais e de constitucionalismo cooperativo.⁵ Em todo caso, qualquer que seja a visão sobre o ativismo judicial, é da sua própria natureza agir judicialmente através de elementos intrínsecos e extrínsecos à Constituição, o que, de uma forma ou de outra, deixa em xeque a questão fundamental da democracia concernente aos *checks and balances*.⁶

Nesse ponto, a fronteira histórica e a teórica se entrecruzam fortemente, visto que a teoria sobre algo (como a história da própria expressão “ativismo judicial”) necessariamente é uma compilação *a posteriori* de fenômenos dados. Assim, faz-se necessário observar com o grau de acuidade e esmero que o tema exige os desenlaces que geraram quebras de paradigmas na visão atual do ativismo. Tal ponderação é de fundamental importância tanto para se compreender a própria questão democrática da separação dos Poderes, como também oferece importantíssima análise sobre a democracia como vista idealisticamente e longe de seus problemas concretos – a crise do Judiciário dificilmente poderia existir se não houvesse junto a ela, a causando e sendo por ele retroalimentada, uma perturbação tanto do Executivo quanto do Legislativo –, e também deve-se pontuar, do próprio conceito de representatividade democrática posto como norma.

⁴ Cf. FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto; FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Interpretação e fundamentação nas decisões judiciais sobre políticas públicas. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, SP, n. 19, p. 179-197, 2010.

⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 561.

⁶ Cf. SOWELL, Thomas. **Judicial activism reconsidered**. Stanford: Stanford University, 1989. 40 p. (Essays in public policy; 13).

CAPÍTULO 1 TÓPICOS DO ATIVISMO JUDICIAL

1.1 Conceito de ativismo judicial

Delimitar o significado da locução “ativismo judicial”, dada sua volatilidade, não é tarefa das mais simples. E isso ocorre não apenas graças à carga ideológica que a expressão pode trazer, mas também em razão das causas e consequências a ela atreladas, além do juízo de valor favorável ou não a essa postura.¹ O certo é que, por si só, carrega ares de militância por parte dos juizes e a conceituação demanda um mínimo de utilidade acadêmica.² Isto é, impõe sejam apartados determinados comportamentos dos demais. De qualquer forma, é preciso antes frisar que o ativismo não se confunde com a judicialização. Judicializar é levar à apreciação do Poder Judiciário, sendo o fenômeno observado tanto pelo lado

¹ Para Elival da Silva Ramos, tendo em conta que o ativismo jurisdicional, preliminarmente, remete a um desvio no exercício das atribuições jurisdicionais em prejuízo, sobretudo, da função legislativa, há de se assimilar por qual motivo nos ordenamentos integrados ao *common law* é bem mais complexa, se comparada ao sistema romano-germânico, a qualificação no que comportaria uma conduta proativa em termos estritos, isso em confronto a uma atitude mais arrojada, mesmo que circunscrita aos limites da legalidade posta. Vale dizer, haveria na raiz dos ordenamentos anglo-saxônicos um contato muito maior entre as funções típicas legislativa e judicial no que concerne à confecção das normas. Cf. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79.

² O ativismo judicial pode ser sintetizado como a atuação de um juiz que vá além do que está intrinsecamente definido na Lei (Cf. SOWELL, Thomas. **Judicial activism reconsidered**. Stanford: Stanford University, 1989. (Essays in public policy; 13). passim). Contudo, pela própria natureza do conceito, é difícil chegar a uma redução tão simples. Dois dicionários basilares no Direito norte-americano dão definições que parecem não servir ao mesmo fito. O *Merriam-Webster's Dictionary of Law* define “judicial activism” como “[...] *the practice in the judiciary of protection or expanding individual rights through decisions that depart from established precedent or are independent of or in opposition to supposed constitutional or legislative intent [...]*.”; já o *Black's Law Dictionary* define o termo como “[...] *a philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions, with the suggestion that adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent.*” (apud VALLE, Vanice Regina Lírio do. O ativismo judicial. In: _____. (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 19). Como bem se nota, a primeira definição se foca no caráter finalístico do fenômeno, ou seja, a expansão do escopo dos direitos individuais; já a segunda tem como foco um elemento comportamental, qual seja, o quanto cada magistrado acredita, ou age de acordo com essa crença, que seja da esfera do Judiciário definir a compreensão das normas constitucionais. O termo “ativismo judicial”, portanto, parece ser oco, dando vazão a um sem número de interpretações até sobre ele próprio – que, usualmente, significa um aumento do poder dos juizes decidirem sobre sua capacidade mais correta de interpretação da letra da Lei. De outra parte, para Kermit Roosevelt III a expressão, na sua forma típica, é essencialmente vazia e associa o ativismo a uma inclinação mais progressista e ligada à esquerda para sua definição (Cf. ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions**. New Haven: Yale University Press, 2006. passim).

quantitativo, da condução em massa de demandas, quanto do qualitativo, referente a determinadas matérias, em regra polêmicas, de grande repercussão.³ Nesse sentido, observe-se que segundo o último relatório “Justiça em números”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, cerca de 90 milhões de processos tramitaram no Judiciário brasileiro em 2011, com um crescimento de 8,8% quando comparado ao ano de 2010.⁴ Em outras palavras, para cada dois habitantes há ao menos um conflito levado à apreciação judicial, e isso sem considerar que cada processo tem pelo menos duas partes. Assim, sob a ótica quantitativa, a realidade nacional esboça espécie de judicialização e hipertrofia de demandas que, se não estancadas, levarão o Judiciário à bancarrota.

Mas há, conjuntamente, o fenômeno da judicialização no âmbito qualitativo, ou seja, dos temas encaminhados à avaliação jurisdicional, sobretudo no que diz às instâncias superiores de jurisdição. É o que se dá desde o controle judicial de políticas públicas até a interpretação de normas que resvalam nos costumes, na leitura moral da Constituição, na religião, na política criminal, dentre outros tópicos. Enfim, a judicialização, por si só, não se confunde com o ativismo judicial, mas está a ele profundamente atrelada, já que as posturas ativistas dependem da própria judicialização.⁵ É nesse aspecto que o papel do Judiciário ganha mais destaque no dia a dia da população, pois as demandas em maior quantidade e em diferentes graus de qualidade são a ele levadas. Leia-se, não se trata a judicialização de uma opção política dos juízes. É uma constatação.

Por outro lado, inescapável o fato – ou melhor, a consequência – de o Judiciário sobre ela ter de se pronunciar. Em suma, a judicialização consiste em uma constatação, uma contingência do arranjo institucional brasileiro, ao passo que o

³ Basicamente, devemos procurar entender o ativismo como a postura mais proativa do Poder Judiciário em tomar decisões e ações que vão além de sua alçada primeva. Por outro lado, o germe do ativismo tem como nascedouro, naturalmente, o próprio Poder Judiciário. Enquanto o juiz precisa verificar a constitucionalidade de uma Lei editada ou garantir que os direitos fundamentais estejam sendo colocados em primazia na hierarquia correta proposta pela Constituição, inapelavelmente, toma partido para interpretar o texto constitucional ou infraconstitucional, dado esse que remete a eventual leitura moral não apenas da Carta Magna.

⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília, DF, 2012. p. 448. Desses quase 90 milhões de feitos, em torno de 71% (63 milhões) já estavam em tramitação e outros 26 milhões foram ajuizados ao longo do ano. Foram também baixados no mesmo período de 2011 cerca de 26 milhões de processos, praticamente o mesmo volume ajuizado, bem como prolatadas 23,7 milhões de decisões (sentenças, despachos e interlocutórias).

⁵ Cf. POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. 191 p.

ativismo judicial é uma escolha proativa.⁶ Cumpre dizer, se o Direito lida com conflitos e temas em disputa para formar e reproduzir padrões e expectativas comportamentais definidas, formatadas e generalizadas, a política, por outro lado, explora conflitos para formar e reproduzir decisões vinculantes.⁷ Nessa senda, quando se fala de “politização da Justiça”, quer-se aquilatar que o Judiciário está tentando agir como fazem os outros Poderes, ou seja, explorando conflitos e temas em disputa para reproduzir e formatar decisões vinculantes. Do mesmo modo, ao se falar da “tribunalização da política”, está-se aduzindo ao fator de que o Executivo e o Legislativo estão, ao contrário do imaginado – ou seja, formar e produzir decisões –, voltando suas atenções à edição de comportamentos esperados,⁸ o que se aguarda dos Tribunais, e não do Congresso.

Nesse sentido, é certo que enquanto a delimitação do que seja judicialização não encontra maiores dificuldades, o mesmo não ocorre com a locução “ativismo judicial”. Interessante como nos EUA, diferentemente do que ocorre no Brasil, a questão se desloca mais para a Filosofia Política, já que lá o pomo da discórdia não é a ousadia dos juízes, mas sim sua legitimidade, justamente porque no *common*

⁶ “Desta forma, ativismo judicial se mostra como um fenômeno bem distinto da judicialização. Ele nasce no fim do constitucionalismo liberal e início do constitucionalismo social, cujo marco temporal foram as Constituições de Weimar de 1919 e do México de 1917. Mas ganha espaço após a Segunda Grande Guerra, sobretudo nos EUA, com o advento da Corte Warren, mas, aos poucos, a discussão acerca da legitimidade dessa forma de atuação avançou pelo mundo.” (FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo**. 2010. 312 f. Dissertação (Mestrado em Direito)– Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2010).

⁷ O termo “judicialização da política” fez sentido com os escritos de Tate e Vallinder (VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995. p. 13), por meio dos quais analisaram o conceito e as balizas institucionais para o protagonismo do Judiciário. Para eles, “*Thus the judicialization of politics should normally mean (1) either the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper.*” Ora, nota-se por essas definições sobre a judicialização já uma distinção no interior de seu conceito, mesmo dissociada do ativismo jurídico: tanto se refere ao aumento da esfera do Judiciário em atividades que, anteriormente, eram vistas na cultura geral como sendo da alçada específica do Executivo ou do Legislativo, ou então, sob o mesmo epíteto, um fenômeno distinto, qual seja, os métodos tomados de empréstimo por outros Poderes – a gestualística, rituais, vocabulário etc. nas áreas políticas, onde tal arsenal não se fazia presente. Essa escolha por um vocabulário específico não foi aleatória: atribuiu-se ao fato de que a teoria do direito assimilou (de modo praticamente instantâneo) o perfil ativista do Judiciário, tomando-o como ponto de partida para a composição do cenário jurídico. Cf. também: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ativismo judicial e política. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, v. 13, n. 307, p. 58-60, out. 2009.

⁸ DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso. Behemoth ou Leviatã: quem deve ter poder para tomar decisões. In: _____; DARWICH, Ana (Coord.). **Direito e democracia: estudos sobre o ativismo judicial**. São Paulo: Método, 2011. p. 17-18.

law a observação dos excessos em prejuízo do Legislativo tem padrões distintos de análise.⁹ E isso decorre da importância da figura do precedente no sistema judicial norte-americano,¹⁰ fator que se enxerga com menor intensidade no Brasil, a despeito dos recentes instrumentos de uniformização (precedentes de efeitos impeditivos de recursos, súmulas vinculantes, decisões vinculantes em sede de repercussão geral, de ADIs, ADPFs, entre outras).¹¹ Por outro lado, a discussão sobre o ativismo é relativamente nova no Brasil, tendo a doutrina somente despertado para o assunto a partir da década passada, inexistindo até então um movimento de delimitação do conceito.¹² Com isso, estudiosos têm encontrado dificuldades em definir por aqui seus contornos e estabelecer critérios para identificar posturas e decisões ativistas.

Atualmente, não apenas nos Estados Unidos, berço do ativismo, como também no Brasil, a expressão tem apresentado acepções diametralmente

⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 81. Cf. também SCALIA, Antonin; EPSTEIN, Richard A. **Scalia v. Epstein**: two views on judicial activism. Washington DC: Cato Institute, 1985. 23 p.

¹⁰ A leitura da Constituição e seus graus de interpretação exigem antes uma análise de método. Enquanto a Constituição brasileira bebe da fonte romano-germânica, a americana nasce do Direito consuetudinário – a eterna diferença entre a *common* e a *civil Law* –, fazendo com que as duas tenham leituras obrigatoriamente distintas, pois a última deixa muito mais espaço para a jurisprudência e os Estados federativos determinarem seus objetivos, estabelecendo, ao contrário, diversas proibições que incidem muito mais ao Estado do que aos cidadãos. Vale dizer, o Estado se torna proibido desde princípios mais gerais e abstratos, como impedir a liberdade de imprensa ou de livre associação pacífica (Primeira Emenda) – sem uma definição específica e bem delimitada do que significaria algo como “liberdade de imprensa” (ou sequer de “imprensa”) ou “livre associação pacífica” – até fatos muito mais concretos e esquadrihados, como aquartelar soldados em residências sem consentimento do proprietário (Terceira Emenda). Com isso, temos antes de mais nada espaços bastante distintos para o juiz ter uma postura “ativista” sob o regime romanista ou consuetudinário. Assim, é preciso usar exatamente tal arcabouço teórico de distintas famílias jurídicas e culturas para entender corretamente qual seria, afinal, a diferença entre *ativismo judicial ou judicialização da política*, a saber, a ideia de que o Poder Judiciário toma cada vez mais voz ativa na sociedade, fazendo com que questões importantes antes resolvidas sem a interferência desse Poder agora o tenham sempre em vista – e, naturalmente, como *ultima ratio*, seja enxergado quase sempre como o protagonista fundamental.

¹¹ O Poder Judiciário brasileiro tem-se apresentado como protagonista no cuidado de assuntos sociais, econômicos e políticos, despertando teorias e variadas manifestações sobre o avanço no tratamento de matérias consideradas da exclusiva seara política. De fato, nos últimos anos o STF foi chamado a decidir sobre temas polêmicos, como pesquisas com células-tronco embrionárias, aborto de fetos anencéfalos, Lei de Imprensa, nepotismo, demarcações sobre reservas indígenas, o alcance da lei da “ficha-limpa”, o foro privilegiado para agentes políticos em ações de improbidade, os poderes institucionais do Ministério Público, as competências correicionais do CNJ etc. Verifica-se, ademais, que não somente o guardião da Constituição, mas também instâncias ordinárias tornaram-se atores de mudanças no cenário nacional, apreciando e decidindo questões que, a princípio, seriam da pasta dos demais Poderes republicanos.

¹² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 459.

opostas,¹³ ora positivas, representando o progresso dos Tribunais na atividade de concretizar valores e fins constitucionais;¹⁴ ora negativas,¹⁵ traduzindo o exercício impróprio do poder judicial, com invasão nas esferas de competência do Legislativo e Executivo.¹⁶ Assim, a comunidade acadêmica encontra-se bipartida. De um lado, uma posição conservadora,¹⁷ por meio da qual o ativismo seria espécie execrável de

¹³ Ora, em se tratando de um fenômeno tão multifacetado, é preciso tanto analisar sua história, destringir e jogar luz sobre fatos diversos, quanto analisar seus reflexos que, afinal, só poderiam ter brotado sob a égide da discussão do Judiciário em si, longe ainda dos outros Poderes. Como essa segunda faceta é dependente e surge do próprio fazer jurídico, urge esmiuçar o papel e função do juiz diante da Constituição e da Lei, de modo a encarar como os Tribunais alargam suas funções para ir além de um dócil escaneamento do texto constitucional cotejado ao fato concreto, passando à execução ou legislação de dentro do gabinete propriamente dito.

¹⁴ Estudos apontam que o emprego da expressão *judicial activism* remonta à década de 40, oportunidade em que utilizada pela primeira vez em comentários sobre as linhas de atuação da Suprema Corte dos EUA no período do *New Deal*, na Revista *Fortune*. Já naquela época, o precursor da expressão, o historiador norte-americano Arthur Schlesinger Jr, empregou-a para advertir que a concretização de políticas públicas com base nas concepções políticas dos juízes poderia deixar em perigo a democracia, considerando que somente instituições eleitas teriam legitimidade para decidir sobre a proteção de direitos fundamentais e política social. Tal expressão foi criada com o fim de adjetivar o desempenho à época da Suprema Corte, conhecida por marcantes decisões viabilizadoras de práticas políticas tendentes a implementar direitos fundamentais sem a participação do Presidente da República ou do Congresso. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 386.

¹⁵ Há de se notar que o ativismo não é prerrogativa de atuações progressistas do Judiciário, estando longe de ser uma constante unívoca. Luiz Carlos de Macedo Soares e Lafayette Pozzoli apresentam o mesmo tema sem qualquer aparente discordância: “[...] é possível apontar, na atualidade do direito, para dois caminhos: o primeiro, no qual prevalece a letra da lei e que pode gerar a violência disseminada ou culminar em tragédia, como se viu nas duas grandes guerras do século XX. Outro caminho é o do direito humanista, um direito promocional da pessoa humana, que respeita as culturas, trabalha a favor da inclusão social, e que tem fortes laços com a história moral e jurídica vivida por cada povo, respeitando e promovendo sempre a pessoa humana.” (IGNÁCIO JÚNIOR, José Antonio Gomes; PAGANELLI, Celso Jeffeson Messias; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ativismo judicial: paradigmas atuais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 11). Aqui, em vez de antagonismo com decisões, o ativismo judicial é apresentado não apenas coberto de encômios, com o bonito epíteto de “direito humanista”, em contraposição extrema à possibilidade de gerar a violência institucional, como sendo mesmo o apanágio completo da promoção da pessoa humana a favor da inclusão social, o que aparentemente seria impossível seguindo a letra da Lei. Há de se frisar, curiosamente, que essas defesas do ativismo, ou mais exatamente de um papel específico para os juízes como os grandes promotores da pessoa humana (quicá mesmo os únicos possíveis, pois deixar a confecção da Lei nas mãos do Legislativo pode “gerar a violência disseminada”, o que então seria impossível com o “direito humanista” contraposto), são comumente promovidas com grande valor pela academia, estrutura dentro da qual se julga possível atingir uma verdade maior do que fora dela.

¹⁶ Neste sentido, Eugênio Rosa de Araújo define que o ativismo pode ser mensurado pela retirada, por parte do Judiciário, das decisões das mãos dos cidadãos (ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **Economia & justiça: ativismo judicial na política monetária**. Niterói: Impetus, 2012. p. 3). Já Rogério Montai de Lima e Mayra Marinho Miarelli ponderam que o ativismo corresponde ao papel criativo dos Tribunais nos casos concretos com fulcro na formação de novos precedentes (LIMA, Rogério Montai de; MIARELLI, Mayra Marinho. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 17).

¹⁷ Por outro lado, Alexandre Sturion de Paula conceitua o ativismo como o poder-dever de o Estado-juiz concretizar os objetivos e fundamentos da República por intermédio de uma interpretação sistemática no caso concreto (PAULA, Alexandre Sturion de. **Ativismo judicial no processo civil: limites e possibilidades constitucionais**. Campinas: Servanda, 2012. p. 98).

autorização para que as decisões fossem orientadas por opiniões pessoais ou voluntaristas sobre temas de competência dos demais poderes.¹⁸ E, de outro, uma visão pretensamente progressista, que advogaria um método alegado legítimo de exercício da função jurisdicional para o fim de suprir lacunas decorrentes da omissão geral ou parcial dos demais Poderes. Contudo, a despeito dos acirrados debates, não se chegou a um consenso sobre quais seriam os elementos indicativos de uma postura ou decisão ativista.¹⁹ Nota-se, apesar de tudo, que independentemente da posição tomada em relação aos valores do ativismo judicial, a concentração de poder decisório nas mãos dos Tribunais é aceita como fato consumado e intercorrente ao tema. Em verdade, é essa situação que permite que se verifique as origens históricas e os desenlaces que expandem o fenômeno para proporções mundiais, tanto que a visão da população sobre o Judiciário, mormente as Supremas

¹⁸ LEAL, 2010, op. cit., p. 24. Cf. ainda AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. passim; ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. passim.

¹⁹ Com o escopo de defini-los, Saul Tourinho Leal, fazendo temperamentos às dimensões estabelecidas por Brandley C. Canon, professor do departamento de Ciência Política da Universidade do Kentucky, descreve critérios aptos a identificar comportamentos ou julgados ativistas (LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 33-42), concluindo que podem ser extraídos por meio da análise de seis dimensões, quais sejam, 1) o majoritarismo, 2) a estabilidade interpretativa, 3) a fidelidade interpretativa, 4) a da distinção do processo democrático substantivo, 5) a da regra específica de que a decisão judicial institui formas típicas da discricionariedade dos agentes governamentais; e, por fim, 6) a da disponibilidade de um poder alternativo de criação de políticas públicas. O critério do majoritarismo pressuporia a preservação da legislação vigente, pois sendo a Lei resultado da vontade popular (maioria), não poderia o Judiciário (minoridade) eliminá-la. Todavia, com propriedade Saul Leal adverte que o ordenamento brasileiro contempla o princípio da supremacia constitucional, por meio do qual as normas devem observar rigores formais e materiais impostos pela Constituição. Por essa razão, a conferência de caráter absoluto a elas seria incompatível com o sistema nacional. Já o critério da estabilidade interpretativa traduziria a desejada prudência dos Tribunais quando da alteração de seus precedentes. Esses seriam dotados de eficácia normativa, autoridade e eficácia subordinante. Nesse passo, conduziriam a vida dos jurisdicionados, os quais almejam segurança jurídica. Por conseguinte, alterações aleatórias, repentinas e injustificadas da jurisprudência revelariam a prática de ativismo judicial. Entretanto, Saul Leal, interpretando essa premissa de forma a adequá-la à realidade brasileira, assevera que a falta de estabilidade interpretativa, por si só, não seria suficiente a adjetivar uma Corte como ativista. Isso porque a dinâmica social exige flexibilidade e abertura das normas, de forma a reger comportamentos atuais. Portanto, impossível seria primar pela continuidade como um valor, petrificando a jurisprudência, em detrimento dos clamores decorrentes da evolução social. Por sua vez, o critério da fidelidade interpretativa deduziria a extração dos regramentos constitucionais de forma contrária à vontade do legislador ou ao sentido da linguagem utilizada. Por sua vez, Saul Leal, identificando a postura originalista do autor norte-americano, o qual crê na existência de um único sentido da Constituição, destaca a inviabilidade de aplicação de tal premissa. Para ele, seria impossível identificar a real intenção do legislador, pois a norma seria fruto da atuação de vários indivíduos com convicções, propósitos e crenças distintas. Leal acredita que até se pode alcançar o espírito da Lei, porém mantê-lo durante o transcurso do tempo seria prática intrincada. Os valores sociais vivem em constante mutação, o que inviabilizaria definir a intenção do legislador quando da elaboração do texto legal.

Cortes, mudou radicalmente.²⁰ Se o Executivo e o Legislativo se consagrariam como os recintos privilegiados da democracia para representar o povo, os Conselhos, as Cortes e os Tribunais seriam espaços dos cidadãos, que lhes garantiriam seus direitos sem os representar diretamente.²¹

Não obstante, vale registrar que a autocontenção judicial (*self restraint*) representa a outra face do ativismo. Por ela, haveria uma diminuição da ingerência do Poder Judiciário nas esferas dos demais Poderes, de modo que, dessa forma, limitar-se-ia a decidir questões puramente jurisdicionais, negando justicialidade às políticas. Luís Roberto Barroso,²² por sua vez, argumenta que a distinção metodológica está no fato de o ativismo representar a atividade criativa, com a máxima retirada das potencialidades das normas constitucionais, de forma que axiomas indeterminados passassem a reger comportamentos. Já a autocontenção

²⁰ Outro critério elencado por Brandley C. Canon, conforme nos rememora Saul Tourinho Leal, fazendo temperamentos às dimensões estabelecidas, é o da distinção do processo democrático substantivo. Para o autor americano, citado por Leal, as deliberações judiciais não podem representar um enunciado substantivo, pois têm por escopo resguardar o processo político. Em contrapartida, o autor brasileiro conclui ser inarredável a prática de decisões substancialistas em determinados casos, na medida em que nossa Constituição é analítica e não possuiria disposições vazias, consistentes tão somente em promessas políticas. Prosseguindo no estudo do tema, enquanto o autor norte-americano defende que as decisões judiciais criam normas características do poder discricionário dos agentes públicos, o jurista brasileiro salvaguarda especialmente a atuação do STF, arguindo que o Estado Democrático Brasileiro não admite discricionariedades. Assim, as decisões proferidas aqui traduziriam tão somente a efetivação dos ditames constitucionais, de modo que conceitos jurídicos de conteúdos indeterminados ou fluidos não autorizariam uma interpretação indiscriminada e ao bel prazer do operador do direito. Ao contrário, ainda que a decisão proferida não fosse pautada exclusivamente pelas normas positivadas, deveria ela ser correlata aos valores elencados pela sociedade e passível de fiscalização acerca de sua racionalidade e legitimidade. Por fim, a última dimensão listada para que se possa identificar a efetivação do ativismo judicial é a hipótese em que a decisão acabe por abordar matérias de competência de outros poderes. Nesse tópico, Saul Leal pondera que a Constituição Brasileira regula uma vasta gama de temas, o que inevitavelmente acaba por provocar a intervenção do Judiciário em áreas relacionadas aos Poderes Legislativo e Executivo, concluindo que mesmo sendo atribuído o rótulo de ativista a um Tribunal, é preciso perquirir até que ponto essa prática é necessária. Cf. LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou ativez?** o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 33-42.

²¹ NEVES, Edson Alvisi. Jurisdição Ativa no Estado Democrático. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 71-87.

²² Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 387. Para o autor, a judicialização deriva do paradigma constitucional que se escolheu e não da atuação política. Se de um lado o ativismo resultaria de uma opção, de forma a interpretar os princípios e regras constitucionais conferindo-lhes maior dimensão; de outro a leitura conformada a garantir a previsão de determinado direito constitucional não representaria ativismo. Com isso, pode-se afirmar que na judicialização da política existe deslocamento de decisão ao Judiciário por parte dos poderes Legislativo e Executivo.

visaria a proporcionar maior amplitude às ações dos demais Poderes, de modo que as posturas ativas e passivas devessem ser respeitadas pelo Poder Judiciário.²³

Claro, há termos inúmeros para tal fenômeno,²⁴ como *juristocracy* (Ran Hirschl), *judge-made law* (Christopher Wolfe), *governing with judges* (Alec Stone Sweet), *judicial activism*.²⁵ Contudo, dada a crise do Legislativo também arrostada por tantos autores, as Supremas Cortes passam a virar o centro das atenções – talvez simplesmente porque, afinal, *decidem por último*. Mas é no seio deste fenômeno que se nota que a população passa a atribuir ao Poder Judiciário e à Corte Suprema uma função que a Constituição não lhe dispensou: a de representar. Neste ponto, a população sente que a Justiça é efetivamente realizada, sentimento esse, porém, intrincado sob o contexto da legitimidade.²⁶

O que se percebe, dessa forma, é a resistência em se unificar o sentido da locução ativismo judicial, refletindo-se, de um lado, como a acentuada ingerência do Judiciário (protagonismo judicial) seja em outros Poderes,²⁷ seja na vida dos cidadãos em particular, bem como de outro na apropriação de parâmetros oportunistas e voluntaristas como forma de tomada de decisões.²⁸ Parece-nos que a delimitação conceitual do ativismo, do ponto de vista acadêmico, não pode se confundir com o estudo de suas causas, reflexos e consequências; muito menos se

²³ Cf. TUTUNGI JÚNIOR, Nicola. Discricionariedade judicial: uma análise crítica. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 1., n. 64, p. 258-280, 2009; IGNÁCIO JÚNIOR, José Antonio Gomes; PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ativismo judicial: paradigmas atuais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 159 p; LEAL, Mônia Clarissa Henning; LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 265 p.

²⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 9.

²⁵ É Keenan Kmiec quem apresenta, originalmente, as principais conceitualizações do ativismo judicial: “[...] a) prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros poderes; b) estratégia de não-aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar “da sala de sessões”; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultado pré-determinado.” (KMIEC, Keenan D. apud VALLE, Vanice Regina Lírio do. O ativismo judicial. In: _____. (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21).

²⁶ LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? o outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 159.

²⁷ Alguns destacam o protagonismo devido ao desenho institucional implementado pela Constituição de 1988, especialmente quanto ao trato da implantação de políticas públicas e às garantias fundamentais. O novel comportamento encontraria, assim, explicações oriundas dos conceitos de “judicialização da política” e “ativismo judicial”. Cf. MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia? a relação inter poderes e a judicialização no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 529-540.

²⁸ TASSINARI, op. cit., p. 157.

apoiar em sua reprovação ou aprovação.²⁹ O ativismo judicial deve ser identificado, por assim dizer, como a postura ordinariamente não esperada dos magistrados no exercício de suas funções, tendo como escopo impulsionar os efeitos de suas decisões dentro e fora do processo. Vale dizer, condutas identificadas como arraigadas e disseminadas na magistratura, desde que sem maiores dissensos sejam reconhecidamente legítimas e até disciplinadas no ordenamento pátrio, jamais poderiam ser consideradas ativistas por não se extrair delas qualquer militância judicial.³⁰

Em outras palavras, embora tormentosa a formulação de um conceito hermético a respeito do ativismo judicial, incensurável que a expressão, por si só, faça jus a denotar postura além daquela esperada de agente cuja função elementar é decidir. Leia-se, em sendo a subjetividade inerente à carga decisória do magistrado, quando se fala em “ativismo”, é fato que tal proceder não deva ser considerado nato aos juízes, sob pena de esvaziamento acadêmico da expressão. Afinal, seria uma *contradictio in adjecto* imputá-lo como elemento natural da função jurisdicional se a própria expressão demanda extremar os que agem dos que se omitem, ou melhor, dos que se contêm. Para nós, o ativismo judicial está intimamente ligado à difusão da ideia de que os direitos fundamentais seriam princípios equilibrados. A este respeito, deu-se ênfase à perda da dogmática legal, da coerência e da autocontenção, com conseqüente dissolução de fundamentos racionais. De outra parte, é de se ponderar que, necessitando o julgamento constitucional lidar com princípios, e não apenas com regras, o procedimento seria equilibrá-los de acordo com seu peso, o que é uma metodologia utopicamente racional para se aplicar os direitos fundamentais.

²⁹ Dessa forma, fica-se margeando a perigosa seara – uma pretensa confusão entre o ato interpretativo do juiz obrigatório à sua posição como agente do Direito e uma postura proativa que, bem ao contrário, vá além de suas atribuições. Fica claro, portanto, que o fenômeno do ativismo judicial, tão em voga nos tempos recentes, tem, em verdade, uma raiz histórica que precisa ser investigada, mas também uma base teórica cujas origens não coincidem perfeitamente a algum momento histórico em que tal postura possa encontrar a sua pedra fundamental.

³⁰ De outra parte, Inocência Mártires Coelho advoga que a criação judicial decorreria do *non liquet* imposto aos julgadores, de modo a transformar o direito legislado em interpretado e aplicado. Define, assim, o ativismo como uma questão de grau de criação judicial. Cf. COELHO, Inocência Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do Direito?* In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 475-497.

Fica vago, ou aberto à discussão, portanto, é se são necessários remendos à teoria e à prática dos sobrepesos dos Poderes. Quer-se dizer, o movimento de foco no Judiciário é, de forma quase dialética, resposta a uma maior atuação em questões políticas. Ao diferenciar o processo de judicialização e do ativismo propriamente dito, podemos nos focar no último e entender melhor como definir suas premissas. É preciso, então, compreender que, a despeito de seu movimento histórico, o fenômeno do ativismo – a se considerar um Poder que tenha ganas evidentes de desafiar as decisões de outro, não como contrapeso (como na famosa concepção de *checks and balances* da separação dos Poderes pelos *founding fathers* americanos), – remete à manifesta pouca deferência ou aversão a outro Poder, garantindo uma clara potencialidade lesiva ao princípio da separação.

1.2 Bases norte-americanas do ativismo

Desde o arrazoado “The Supreme Court: 1947”, de Arthur Schlesinger Jr.,³¹ a locução ativismo judicial tem sido lançada por juristas norte-americanos para indicar uma postura dissonante da jurisprudência majoritária.³² É o que se deu, sobretudo, face à Corte Warren (1953-1969), em referência ao seu presidente Earl

³¹ O já referido artigo categorizou os juízes em ativistas, não-ativistas e centristas da Suprema Corte dos EUA, descrevendo que o primeiro grupo advogava uma atuação afirmativa em prol da implementação do bem estar social, vale dizer, a concretização de políticas públicas. O último, por sua vez, votava sempre pela maior participação do Legislativo nas grandes questões nacionais, isto é, priorizava a representatividade e legitimidade das decisões por meio do amparo popular, pouco importando a opinião particular do juiz. Confira-se nesse sentido: SCHLESINGER JR, Arthur M. The Supreme Court: 1947, Fortune, jan. 1947, p. 208, apud KMIEC, Keenan D. **The origin and current meanings of ‘judicial activism’**. California Law Review, 92:1441, 2004, p. 1446; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 20; BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 414; DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 460.

³² É o que se observa em: SALVATO, Nancy. **How Judicial Activism harms the American form of Government**. Virginia Beach: Basicsproject, 2012; SUTHERLAND, Mark I (Org). **Judicial Tyranny: the new kings of America?** Washington DC: Library of Congress, 2007; POWERS, Stephen P.; ROTHMAN, Stanley. **The least dangerous branch?** consequences of judicial activism. Washington DC: Library of Congress, 2002; e LEVIN, Mark R. **Men in Black: How the Supreme Court Is Destroying America**. Washington DC: Regnery Publishing, 2006. 256 p.

Warren, fiador de polêmicas decisões acerca das liberdades civis,³³ bem como seu sucessor, Warren Earl Burger (1969-1986). Após a Corte Warren (1953-1969)³⁴ e a Corte Earl Burger (1969-1986), esta última tendo como destaque as discussões sobre a derrubada de Leis sobre o aborto (*Roe v. Wade*) e as ações afirmativas (*Reitoria da Universidade da Califórnia v. Bakke*), a atribuição de *Chief of Justice* foi dada a William H. Rehnquist (1986-2005), que adotou um comportamento bem menos ativista, de autolimitação (*self restraint*), para quem estariam os juízes vedados de decidir conforme suas próprias conveniências ideológicas, sem respaldo na Carta e usurpando os demais Poderes. Para Rehnquist, seus antecessores foram extremamente ativistas, de modo que adotou o objetivo de restringir essa característica precedente.³⁵ O certo, porém, é que bem antes, quando das origens do *judicial review* norte-americano,³⁶ a semente do ativismo judicial apareceu com a apreciação do caso *Marbury v. Madison*, no esteio da expressão de poder do Tribunal em rever uma decisão política e assegurar a supremacia da Constituição.³⁷

³³ Um dos casos mais emblemáticos da Suprema Corte dos EUA – e que recebeu a qualificação de ativista –, foi o *Brown v. Topeka*, de 1954, quando o Tribunal, já na era Warren, deu azo à absorção, sem discriminação, de crianças negras ao regime educacional da cidade de Topeka, reputando-se contrária à Constituição a segregação realizada nas escolas públicas. Cf. MARTIGNAGO, Gisella. **Controle de constitucionalidade e o ativismo judicial**. 2009. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito)– Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 88.

³⁴ Como asseverou Peter Hogg, famoso constitucionalista canadense, ao descrever a Suprema Corte norte-americana dos anos 50 sob o comando de Earl Warren, o ativismo judicial praticado à época poderia tomar qualquer direção política a depender, em larga medida, das predileções ideológicas dos juízes nomeados. Cf. HOGG, Peter. **Constitutional Law in Canada**. Ontario: Thompson Carswell, 2008, apud CAMERON, Alex M. **Power without Law: The Supreme Court of Canada, the Marshall Decisions, and the Failure of Judicial Activism**. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2009. p. 30.

³⁵ Cf. GRIFFIN, Stephen M. A era *Marbury*: o *Judicial review* em uma democracia de direitos. Tradução de Adauto Vilella. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 224-280.

³⁶ “Recorde-se que o modelo da *judicial review*, se caracteriza pela atribuição a todos os órgãos jurisdicionais da competência decisória sobre a constitucionalidade de uma norma quando da aplicação da mesma a um caso concreto. Daí que se fale em controle difuso, pois este não está concentrado apenas num órgão, mas atribuído aos órgãos judiciais em geral. Também pode ser designado como modelo unitário, na medida em que a justiça constitucional não surge concentrada numa organização autónoma, não se procedendo, assim, à distinção entre jurisdição ordinária ou constitucional. Não obstante, refira-se que a multiplicidade do controle e o perigo de uma excessiva dose de criação judicial são matizadas pelo princípio de fidelidade ao precedente (*stare decisis et non quieta movere*) que vincula os tribunais interiores à jurisprudência dos tribunais superiores, produzindo um efeito unificador e clarificador da jurisprudência.” (BOTELHO, Carina Santos. **A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 27).

³⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 72.

Afinal, naquela época havia enorme incerteza sobre a legitimidade de um controle de constitucionalidade pela Suprema Corte, diga-se, não havia nenhuma disposição constitucional a endossar a revisão de atos dos demais Poderes, a despeito da sujeição de todos a ela, surgindo, a partir daí, as primeiras discussões acerca da legitimidade do Judiciário na apreciação de atos do Executivo e do Legislativo, sobretudo aqueles de natureza política.³⁸ Destacaram-se, assim, dois pontos primordiais na interlocução jurisdicional entre os Poderes: a primazia da Constituição e a atribuição moderadora do Judiciário em sua defesa, isto é, a de afastar as disposições e atos a ela em contrário.

Com isso, vislumbrou-se a assunção de dois posicionamentos ante as opções políticas consignadas pelo Legislativo: o da autolimitação (*self-restraint*), priorizando a escolha parlamentar, ainda que controversa;³⁹ e o da realização do direito aplicável ao caso sensível, resvalando no ativismo jurisdicional, pois colocada a opinião pública – intermediada pelo Legislativo – em prejuízo à primazia da Constituição. Assim, é possível asseverar “[...] que o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é correta leitura de um determinado dispositivo constitucional.”⁴⁰

³⁸ “Ocorre que ambos os resultados deste movimento de constitucionalização não foram previstos pelos *founders*, tanto é que, originalmente, a Constituição não incluía mecanismos diferenciados para sua modificação – o que veio a ser implementado apenas em 1780 –, assim como, nos primórdios, o Judiciário sequer era visto como ramo do Estado, sendo considerado ainda subordinado às assembleias locais.” (Ibid. p. 72). Cf. PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília, DF: Finatec, 2011, p. 65-67 e 153.

³⁹ “Porém, antes da ‘invenção’ do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, houve experiências precursoras de limitação dos poderes políticos com base em normatividade tida como superior. São exemplos o instituto da *graphé paranomom*, existente na Grécia Antiga, que permitia a invalidação de atos tidos como violadores de normas superiores, com a punição das autoridades culpadas; e a doutrina que concebia o Judiciário como guardião da superioridade da *common law* sobre o direito escrito, adotada na Inglaterra no início do século XVII, por influência do Lord Edward Coke, no julgamento do *Bonham’s Case*, mas abandonada naquele país após a Revolução Gloriosa de 1688.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 64).

³⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 89.

⁴⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. O ativismo judicial. In: _____. (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21. É por isso que, considerando a nossa realidade atual, não há de se falar em ativismo judicial apenas pelo simples fato de um juiz singular, quando do controle difuso, ou mesmo o STF, quando do difuso ou concentrado, realiza determinado controle de constitucionalidade. É preciso mais do que isso para discriminar uma postura ativista.

Outro sentido também assinalado ao ativismo norte-americano corresponde ao distanciamento dos precedentes, considerando a peculiaridade do sistema, cuja matriz é o *common law*, tendo como sustentáculo o *stare decisis*, o qual verticaliza, por assim dizer, a jurisprudência. Além do mais, é de se salientar ser da cultura judicial norte-americana a consideração pela Corte dos próprios julgados, sobrelevando a acentuada presença da tradição, sem prejuízo do *overruling*, consistente no afastamento do precedente que perdeu seu caráter vinculante.⁴¹ Nesta ordem, tem-se destaque a prevalência do *case law*, como é chamada a jurisprudência nos EUA, de forma que os juízos e Cortes singulares se veem impelidos a decidir tal como os Tribunais de instâncias superiores (*rule of precedent*), tudo a depender da semelhança e autoridade dos casos (*authority*). A despeito desta influência, é de se rememorar que não se abstrai a distinção (*distinguish*), ampliação ou redução da alçada dos precedentes, tendo em conta a construção jurisprudencial por meio dos casos concretos, de modo que outros juízes e Tribunais não estão impedidos de darem diferentes sentidos aos textos dos paradigmas.

Outra abordagem acerca do ativismo despontada na doutrina norte-americana diz respeito à fuga dos cânones interpretativos por parte de alguns juízes ou colegiados. Em outras palavras, a dissonância dos parâmetros acadêmicos arraigados de interpretação também daria azo à classificação de uma postura ou ato ativista. Nesse sentido, vale evocar a discussão entre Stephen Breyer e Antonin Scalia, ambos juízes da Suprema Corte, sobre o que seria o mais adequado

⁴¹ A chamada horizontalização de precedentes pode ser quebrada quando se aplica o apontado *overruling*, ou seja, quando se encara, já na esfera constitucional, que um caso precedente foi injusto e deve ser revisto para não mais guardar vínculo garantido com casos futuros a partir de então. Nesse aspecto, fica difícil determinar o que seria o ativismo judicial, ou uma postura ativista, tendo-se em conta que, se por um lado é fácil identificar quando um Tribunal *a quo* não se submete aos preceitos editados pelo *ad quem*, bem mais complexo é atribuir a pecha de ativista quando uma Corte superior repensa os seus próprios precedentes – conduta, de fato, proativa, mas que não se encaixa, necessariamente, em nenhuma das outras definições típicas em voga. Afinal, o *overruling* é definido dentro do próprio sistema, sendo técnica permitida. É assim que se determina o chamado “vigor convincente”, ou seja, o grau hierárquico superior de uma instância e de suas ações expressas como autoridade emissora garante, obviamente, o não regresso e revogação por uma autoridade inferior. Uma definição famosa, que rende até apelido jocoso, diz respeito aos juízes legislando da “sala de reuniões”. Ora, o que é mais comumente aceito é que a atribuição das Cortes não é mais inventar, mas extrair o sentido implícito do corpo da norma. Por ora, basta compreender que, afinal, uma Corte ativista pode ser definida como a que supera as fronteiras dadas com norma editada pelo legislador escolhido democraticamente, impondo sobre ele seu próprio sufrágio de fins e meios à disciplina de questões cruciais. Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. O ativismo judicial. In: _____. (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 22.

parâmetro interpretativo da Constituição. Para Scalia, adepto do *originalismo*,⁴² indispensável se faz que a leitura, ou melhor, a extração dos termos da Constituição se dê nos exatos sentidos em que originalmente foram editados.⁴³ O Originalismo tem como mote a negativa aos magistrados do caráter criativo do Direito,⁴⁴ entendido este como a emenda, ampliação ou rejeição dos dispositivos legais, cabendo ao Judiciário, no máximo, declarar eventual inconstitucionalidade das Leis, tendo em conta, sobretudo, a original intenção da Carta de 1787 (*higher law*), bem como as das respectivas emendas.⁴⁵ Vale dizer, em última análise, que para os originalistas não devem ser garantidos aos cidadãos quaisquer direitos não

⁴² Recentemente, em 19 de dezembro de 2012, faleceu o maior expoente do originalismo, o juiz federal e jurista conservador Robert Bork, que teve sua nomeação à Suprema Corte dos EUA rejeitada em 1987 pelo Senado. Para Bork, os princípios, sobretudo os constitucionais, devem ser lidos textualmente, conforme sua intenção e conteúdo originais (e não interpretados). O jurista teve, aliás, ainda tem, como partidários de renome os juizes Clarence Thomas e Antonin Scalia, ambos da Suprema Corte, os quais se filiaram ao originalismo para aferir a constitucionalidade dos feitos submetidos ao Tribunal. Cf. BRONNER, Ethan. A Conservative Whose Supreme Court Bid Set the Senate Afire. **The New York Times**, New York, 19 dec. 2012. Disponível em: http://www.nytimes.com/2012/12/20/us/robert-h-bork-conservative-jurist-dies-at-85.html?hp&_r=1&. Acesso em: 19 dez. 2012.

⁴³ Cf. SCALIA, Antonin; EPSTEIN, Richard A. **Scalia v. Epstein: two views on judicial activism**. Washington DC: Cato Institute, 1985. 23 p; SCALIA, Antonin (Org). **A matter of interpretation: Federal Courts and the Law**. Princeton: Princeton University Press, 1997. 147 p; VALLE, Vanice Regina Lírio do. O ativismo judicial. In: _____. (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 23. O cerne da questão relativa à legitimidade da jurisdição constitucional pode ser explorado mediante o resgate histórico da acirrada disputa, surgida nos Estados Unidos, relativamente ao método mais adequado de interpretação da Constituição. Trata-se do embate entre originalismo e não originalismo. O primeiro, como dito, de cunho conservador, defende a interpretação atrelada direta e inequivocamente ao texto constitucional, ou à intenção dos fundadores da Constituição (*founding fathers / original intent*). O segundo método, de cunho ativista, admite a possibilidade de os juizes aplicarem e ponderarem valores e princípios substantivos, ainda que não derivados diretamente da Constituição. O originalismo ressalta o momento constituinte, prezando pela neutralidade e imparcialidade da função judicial. O desrespeito à “vontade constitucional originária” poderia gerar instabilidade e inconsistência de governo, sendo importante instrumento de combate ao ativismo judicial da Suprema Corte e de despolitização do referido Tribunal.

⁴⁴ Dessa forma, dentre os principais aspectos do originalismo está a definição do poder político democrático como valor fundamental da Constituição. Adotando os cânones da limitação textual e da vinculação à vontade dos fundadores, visa a coibir o subjetivismo dos juizes, impedindo que se arvorem em legisladores. Tenta preservar o direito dos cidadãos de se autogovernarem em relação a todas as matérias não expressamente estabelecidas, conforme as regras democráticas e sem uma interferência judicial com feições políticas. Sob a temática do controle judicial, o originalismo sustenta que a anulação dos atos normativos pela Suprema Corte somente poderá efetivar-se caso vislumbrada afronta a norma diretamente extraída, ou inequivocamente decorrente da Constituição. A atuação da Corte deve ser passiva, mormente no silêncio constitucional, sob pena de alteração de papéis constitucionais. Tal método visa a equilibrar a tensão entre Democracia e jurisdição constitucional. Porém, o originalismo tem perdido sua força, de modo que a possibilidade de manipulação da vontade originária e a existência de conceitos jurídicos abertos impõem uma menor aceitabilidade do método. A legitimidade da Jurisdição Constitucional, desta feita, não se vincula ao subjetivismo dos constituintes ou ao sentido textual atribuído à época. A perspectiva procedimentalista se mostra, nestes termos, mais satisfatória.

⁴⁵ Cf. NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: RT, 2005. p. 170-176.

amparados literalmente na Constituição, sendo do Legislativo este exclusivo papel. Por outro lado, já para Breyer, a Carta Magna norte-americana seria um ente vivo e os intérpretes deveriam se adiantar ao mero conteúdo literal das palavras, sobretudo quando o caso concreto encare valores atuais e dependa de expressões imprecisas.⁴⁶

A discussão do ativismo judicial norte-americano, no que concerne ao tema em particular da judicialização da política, teve também contribuições significativas de Ronald Dworkin, Bruce Ackerman e Jeremy Waldron. Na visão de Dworkin, é indispensável uma prévia interpretação tendo em conta a realidade do caso concreto em vista do alto grau de abstração de regras costumeiras, de modo que os juízes deveriam, seja de modo explícito, seja velado, criar o direito. Desta feita, o poder de criação seria uma resposta da mesma natureza que induziria o Legislativo a promulgar um diploma, podendo-se dizer serem os magistrados também agentes do Legislativo.⁴⁷

Para Dworkin, a política deveria sujeitar-se ao império do Direito, considerando não apenas o Direito positivo, mas, sobretudo, suas balizas morais, dos princípios e da integridade, de forma que os magistrados seriam um instrumento apropriado para sustentar e consolidar o espectro das decisões políticas aos princípios. Leia-se, o autor não refutou o papel do legislador como fiador dos princípios, bem como não negou seu compromisso de editar apenas atos constitucionais. Porém, na visão dele, o meio legislativo não seria o mais adequado

⁴⁶ A abordagem pragmática e interpretativa de Breyer força pelo lado da sensibilidade. Na sua visão, ao se aferir a constitucionalidade duma norma, enquanto alguns membros da Suprema Corte destacam apenas a linguagem e a literalidade da Constituição, ele observa justamente de mais perto as consequências e as propostas do espírito da Lei maior. Cf. POWERS, Stephen; ROTHMAN, Stanley. **The least dangerous branch?** consequences of judicial activism. Washington DC: Library of Congress, 2002. passim.

⁴⁷ Para Dworkin às Cortes caberiam, como dever central, a defesa dos direitos fundamentais. Assim, seriam os “fóruns do princípio”. Já, ao Parlamento eleito, como principal mister, caberia a deliberação sobre políticas públicas (policies). Seriam os “fóruns da utilidade”. Igualmente, refuta as objeções democráticas que atacam a legitimidade do controle de constitucionalidade diante de sua atuação, muitas vezes, contramajoritária. Dessa maneira, em sua ideia constitucional de democracia, o estudioso aponta requisitos e objetivos morais, de cunho substantivo, que não são alcançados mediante um mero procedimento majoritário, mas sim por uma resposta certa acerca dos direitos. Em se tratando de direitos fundamentais, o foco é pelo substrato, advindo de uma construção, não surgindo a promoção desses direitos apenas pela adoção de um procedimento específico, ou majoritário. Cf. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 29; GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin.** Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. 313 p. (Teoria e Filosofia do Direito).

para o debate de temas sensíveis.⁴⁸ Em última análise, Dworkin advogava que não seria o Judiciário mero mandatário ou representante de setores da sociedade, mas sim, de um ente maior, responsável pelo tratamento de todos em igual respeito e consideração.

Já na acepção de Ackerman, os juízes deveriam tão somente afastar atos inconstitucionais, podendo apenas a população, ou melhor, o povo, alterar a Constituição, sendo o Judiciário responsável por impedir que a Lei maior seja violada, devendo respeitar a vontade popular imposta. Por advogar uma ideia de democracia *dualista*, Ackerman crê que a Corte Suprema deva agir tão somente no sentido de acolher meras transformações sistemáticas engendradas. Porém, diferentemente de Dworkin, para quem os direitos fundamentais têm caráter eminentemente substantivo (igual respeito e consideração), na visão de Ackerman a todo cidadão deve ser garantida a participação no processo político de elaboração do conteúdo dos direitos fundamentais, tal como também deliberar sobre seus representantes,⁴⁹ partindo da ideia de que “[...] o primeiro, e mais fundamental, é o direito de cada indivíduo ao reconhecimento dialógico como cidadão com iguais atribuições na conversação política.”⁵⁰ Entretanto, a despeito de Ackerman considerar o *judicial review* suficiente no cenário norte-americano para assegurar os direitos fundamentais, isso não quer dizer que o próprio processo deliberativo esteja

⁴⁸ “Dworkin não admite uma cultura jurídica leniente, segundo a qual o Direito é questão de força e autoridade, e os argumentos baratos, intercambiáveis. É possível buscar o melhor argumento, a resposta certa, ainda que não demonstráveis. Isto é democracia genuína. Juízes arrancam da política ordinária, na qual vigora a regra da maioria, as questões de princípio, pois estas ficam acima de considerações de barganha, de custo e benefício. Há um núcleo moral intangível do qual não se pode abrir mão.” (MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 73).

⁴⁹ O autor diferencia política normal de política constitucional, como uma justificativa para a atuação da Corte em revisão judicial. Haveria, nesse sentido, uma certa dose de superioridade, um simbolismo a privilegiar os temas constitucionais. A administração de rotina seria, dessa maneira, distinta das relevantes definições dos rumos da sociedade. Cf. ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. (Del Rey internacional, 4). Passim; STERN, Ana Luiza Saramago. História e teoria constitucional norte-americana: as interpretações de Edward White e Bruce Ackerman. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria constitucional norte-americana contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1-18.

⁵⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 43. Cf. COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2009. 776 p.

submisso àqueles, de maneira que as mais comezinhas liberdades submetem-se à autoafirmação.⁵¹

Por sua vez, é com Jeremy Waldron – embora neozelandês, desenvolveu a maior parte dos seus trabalhos nos EUA –, que encontramos uma das maiores contribuições, com sua distinção entre a teoria da autoridade e a da justiça, como forma de compreensão, e até mesmo de reconhecimento, do conceito sobre quem tem a última palavra. Vale dizer, a autoridade para ele é imperativo categórico da própria divergência, de modo que o caráter substantivo dos direitos deveria ser ao menos inteirado pela teoria da autoridade.⁵² Em termos mais simples, é de se dizer: alguém deve decidir e, havendo divergências, faz parte do jogo que tenhamos de nos submeter a decisões com as quais não concordamos e até reputamos injustas.⁵³ Assim, temos o Legislativo, que cria o direito com força na premissa da maioria, mas não detém a mesma confiança que o Judiciário para resguardá-los. De outro, a Suprema Corte, com função precípua de garantir a primazia da Constituição, protegendo seus ideais. Para Waldron, não apenas as decisões levadas a efeito com força nas premissas majoritárias podem ser injustas, mas também aquelas carregadas pela ótica substancialista, dada a volatilidade do conceito de muitos direitos fundamentais. Nesse sentido, como elucida Conrado Hübner Mendes ao examinar sua teoria da autoridade:

Seria enganoso dizer que, quando um princípio de autoridade (como o majoritarismo democrático) se chocar com outros direitos, um dos direitos

⁵¹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 212.

⁵² Para o autor, em uma sociedade pluralista o desacordo moral é patente, de modo que a inexistência de hierarquia entre os cidadãos seria violada caso as decisões sobre questões moralmente complexas fossem retiradas dos indivíduos e delegadas aos juízes. Dessa maneira, diante da dificuldade de um consenso, deve-se prezar por um acordo procedimental. A teoria política, assim, deve se propor à construção de um desenho institucional que se fixe sobre a temática relativa a quem vai decidir, e não sobre a discussão a respeito do que será decidido. As instituições são falíveis e o desacordo sobre acerto/desacerto sempre existirá. Em sua visão, não se corporifica empiricamente a promessa substantivista e não há como se designar uma hipotética legitimidade a uma instituição pura e simplesmente em decorrência do mantra de que ela “respeita direitos”. Melhor dizendo, afirmações em contrário poderiam ensejar a conclusão de que decisões judiciais somente seriam exigíveis acaso corretas em seu conteúdo. Portanto, a revisão judicial deveria se pautar por uma perspectiva procedimental (legislador negativo) e, caso haja discordância, o legislador deveria prevalecer. Cf. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, Yale, p. 1346-1406, mar. 2006. passim.

⁵³ O estudioso, todavia, não rejeita a temática da justiça, antes, realoca, pois ela estaria inserida em outro patamar cognitivo. Assim, os elementos substantivos da democracia são transmutados na pauta legislativa como mais uma fonte de argumentos. Não se retiram os princípios do campo da teoria política mas, igualmente, não se permite sua interferência no desenho institucional e nos processos democráticos (quem decide).

deveria sucumbir. “Conflito” não é a palavra para descrever o que está em jogo. É errado tratar o direito à participação e outro direito qualquer como direitos concorrentes no mesmo nível. Se fizermos assim, poderíamos às vezes sustentar que um direito qualquer deva prevalecer sobre o direito à participação. Mas o problema não é de ponderação, e sim o fato de discordarmos sobre o que aquele direito qualquer exige. A constitucionalização dos direitos, reforçados pela revisão judicial, padeceria de uma contradição interna: direitos são concebidos com base no conceito de autonomia individual, de pessoa moralmente responsável, enquanto a constitucionalização desconfia do indivíduo como ator político responsável. Direitos constitucionais retiram dos atores a virtude e a responsabilidade que os direitos, em si, pressupõem. Não haveria consistência em falar que seres humanos são capazes de agir e pensar moralmente de um lado, mas que cometam atos pavorosos do outro.⁵⁴

Percebe-se, assim, que Waldron tem o temor de que a discussão sobre os direitos do ponto de vista substantivo se vicie pelo debate linguístico que possa circunscrever as expressões positivadas, perdendo referência de suas próprias justificativas e desviando a controvérsia para pontos menos relevantes.⁵⁵ Deste modo, e no que concerne à realidade americana, não seriam debatidos com maior afinco temas envolvendo aborto, pena de morte, ações afirmativas, entre outros. Na ótica de Waldron, uma simples prescrição linguística não deveria restringir, significativamente, a dimensão prática dos direitos individuais. Ora, é nesse ponto que veremos estar a realidade brasileira extremamente distante da norte-americana, o que demanda uma leitura distinta de sua análise.

Isso porque o ordenamento pátrio não apenas é caracterizado pela alta inflação legislativa,⁵⁶ como também nossa Constituição é da espécie analítica⁵⁷ e

⁵⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 109.

⁵⁵ Waldron, apesar de aceitar determinados requisitos substantivos à democracia, orienta-se por um procedimentalismo puro. Ao supor um eterno (e irresolúvel) desacordo sobre respostas e soluções, aloca em compartimentos estanques a teoria da autoridade e a teoria da justiça. Dessa forma, ante o inexpugnável desacordo, a maior garantia que poderíamos oferecer é a de igual participação. Assim, a autoridade soberana seria o Parlamento e as decisões seriam justificadas apenas em decorrência da adoção de um procedimento majoritário. Defende, inapelavelmente, um contexto de supremacia parlamentar. Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 108-119.

⁵⁶ Cf. DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional**: aspectos críticos do exercício frequente da atribuição reformadora. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 307-315.

⁵⁷ “[...] ao processo (histórico) de alargamento dos textos constitucionais, pela inclusão de normas consagradoras de direitos, de normas principiológicas e pelo superdimensionamento das regras que cartularmente alcançam a natureza constitucional, pode-se afirmar que segue um processo de vulnerabilização dos textos que, por seu turno, demanda uma ampliação das fórmulas de garantia da integridade constitucional.” (TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38).

disciplina, não raro, regras de caráter eminentemente burocrático, como a do art. 242, § 2º.⁵⁸

Por fim, quando se fala das raízes norte-americanas do ativismo, não se pode ignorar o debate trazido no final dos anos 60, quando juristas na Universidade de Harvard puseram-se a discutir o pensamento de que o Direito sempre se desvincularia da política, ou se caberia esta hipótese apenas à seara teórica. Foi quando nasceu o movimento *Critical Legal Studies* (CLS) – “estudos críticos do Direito”,⁵⁹ que inadmitiu a existência de decisão calcada na mera reprodução da prescrição legal, advogando que juízes deveriam buscar a revelação do preceito contido na norma formando sua ideia de aplicação da mais adequada política pública.⁶⁰ Por essa perspectiva, as decisões seriam sempre política e ideologicamente comprometidas, quer no processo legislativo, quer judicialmente.⁶¹

A par disso, o movimento *Critical Legal Studies* comungou do entendimento de que o Direito possui uma gama de possibilidades de interpretação que constituiria certa indeterminação racional.⁶² Em outros termos, alertavam que o Direito, ou melhor, suas fontes, deteriam um caráter limitado perante as decisões judiciais, viabilizando múltiplas formas de interpretação legítimas. A indeterminação, desta forma, seria potencializada pelas diversas normas convergentes e passíveis de

⁵⁸ Dispõe sobre a localização do Colégio Pedro II no Rio de Janeiro e sua manutenção na esfera Federal.

⁵⁹ Roberto Mangabeira Unger, professor da Faculdade de Direito de Harvard, foi um dos líderes deste movimento, o qual dava primazia à política, argumentando que decisões judiciais seriam meras opções políticas acobertadas por uma pregação de aparente neutralidade. Cf. UNGER, Roberto Mangabeira. **The critical legal studies movement**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. 135 p; DOUZINAS, Costas; GOODRICH, Peter; HACHAMOVITCH, Yifat. **Politics, postmodernity and critical legal studies: the legality of the contingent**. Londres: Routledge, 1994. 241 p; THOMAS, Edward Wilfrid. **The judicial process: realism, pragmatism, practical reasoning and principles**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. 442 p.

⁶⁰ MARTINHO, Helena Gaspar. Indeterminação do Direito e ativismo Judicial. In: HESPANHA, António Manuel (Coord.). **Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo: um conjunto de perspectivas**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 57-77.

⁶¹ A bem da verdade, antes disso, a discussão próxima do mencionado movimento existiu a partir dos *realistas*, que criticavam o formalismo de decisões jurídicas calcadas na mera subsunção automática à norma. Adotavam a ótica de que os julgadores decidiam ao sabor da influência decorrente da maneira com que os fatos os tocavam.

⁶² “Nos Estados Unidos, os *Critical Legal Studies*, também sob influência marxista — embora menos explícita —, difundiram os fundamentos de sua crença de que *law is politics*, convocando os operadores jurídicos a recompor a ordem legal e social com base em princípios humanísticos e comunitários.” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 226).

servirem de esteio à análise do caso,⁶³ distinguindo os processos de descoberta e o de justificação da decisão judicial, de modo que reinaria a ingerência das percepções de natureza sociológica, psicológica e de erudição. Estas, todavia, não seriam exibidas no bojo da decisão, restando o raciocínio voltado ao ambiente da justificação, quando encontraria respaldo no Direito. A corrente, portanto, asseverava que a decisão final dependeria, sobretudo, dos diversos aspectos sociais e psicológicos, perpassando pelo fundamento institucional, da ideologia política até da personalidade do juiz.

Integrante do movimento, Duncan Kennedy estabeleceu que descaberia falar-se em automatismo na justaposição da Lei preordenada e vinculada, embora, por outro lado, não se apregoasse a discricionariedade na escolha pela norma política ou ideologicamente preferível aos olhos do julgador.⁶⁴ Desta forma, as fontes do direito se prestariam a limitar o jurista comprometido tão somente para significar o trabalho a ser desenvolvido, incumbindo ao intérprete a capacidade técnica e a disposição para se valer da flexibilidade da matéria-prima à disposição para alcançar o resultado. Por outro lado, não obstante o rigoroso esforço de alcançar a solução que lhe parecesse mais justa, a decisão fruto do trabalho jurídico intenso não se aproveitaria a qualquer custo a outro caso, pois quanto mais distante a percepção da solução indicada pelo Direito daquela apontada pelo juiz, maior seria o grau

⁶³ “Apesar das notórias diferenças na concepção da esquerda questionadora dos *critical legal studies* e da direita neoliberal de Posner, nesse ponto temos coincidência: ambos são herdeiros do realismo jurídico que considera crucial a preocupação com as consequências sociais da decisão jurídica” (DIMOULIS, Dimitri. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 173. (Direito desenvolvimento e justiça. Série direito em debate).

⁶⁴ Para Duncan Kennedy, as bases jurídicas constituiriam um caminho para se trilhar um projeto, sem determinar a forma de fazê-lo, residindo, neste ponto, a liberdade regrada do jurista, sendo-lhe lícito moldar esses materiais para alcançar o justo. Destarte, para o autor, ao juiz seria possível manusear as fontes do direito para lhes atribuir significados distintos dos inicialmente identificados, sempre havendo a possibilidade de promover a mutação do próprio Direito. Assim, Kennedy diferenciou três tipos de juízes, dando preferência ao *constrained activist judge*, caracterizado como obediente à Lei, mas que se dedica a uma interpretação diferente da visualizada inicialmente, em busca da melhor e mais justa decisão, sem prejuízo de se submeter à norma posta caso não encontre argumentos jurígenos para as refutar. Por sua vez, o *difference splitting judge* seria o controlado pela ideologia alheia, porque se pauta na decisão intermediária. Cf. KENNEDY, Duncan. **Freedom and constraint in adjudication**: a critical phenomenology. Disponível em: <http://duncankennedy.net/documents/Freedom%20and%20Constraint%20in%20Adjudication_A%20Critical%20Phenomenology.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2013. passim.

questionado de legitimidade.⁶⁵ Em outras palavras, no campo em que se questionam o Direito e a Política, a discussão de fronteiras entre eles cederia espaço para o debate a respeito da sobreposição a ser gerida.

1.3 O fenômeno da judicialização da política

Ao contrário do século XIX, em que a *judicial review of legislation* era uma singularidade institucional norte-americana, é inarredável a posterior difusão absoluta de instrumentos de controle de atos dos demais Poderes, e isso tanto em países com regime jurídicos romano-germânicos, quanto nos derivados da *common law*,⁶⁶ tradicionais na supremacia parlamentar, como Inglaterra, Nova Zelândia, Canadá.⁶⁷ Neste sentido, atribuiu-se a expansão do âmbito de intervenção do

⁶⁵ Nesse contexto, a neutralidade dos juízes e a indeterminação do Direito são temas recorrentes no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), destacando-se como instituição extremamente ativista que fixou a primazia do Direito comunitário em relação às leis e Constituições nacionais, evoluindo a doutrina de que o Direito comunitário antecede ao Nacional. Por outro giro, críticas são tecidas no sentido de que o Tribunal, não raras vezes, a pretexto de manejar um princípio legal, mascara a interpretação política e dissimula o alcance das normas dos tratados, o que acaba por refletir na capacidade em salvaguardar sua legitimidade derivada da qualificação de suas decisões. Vale dizer, o Direito assumiria o papel de máscara e escudo ao refugiar e dar guarida a objetivos políticos. Nesse passo, cumpriria ao Tribunal manter-se reto no avanço político, mas aceitando as limitações impostas pelo argumento jurídico, mesmo que tivesse na obediência a visualização de resultados mais rarefeitos. Em síntese, a liberdade política estaria alinhada ao atendimento mínimo do Direito às suas metodologias de persuasão através do raciocínio jurídico. Cf. MARTINHO, Helena Gaspar. Indeterminação do Direito e ativismo Judicial. In: HESPANHA, António Manuel (Coord.). **Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo: um conjunto de perspectivas**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 68.

⁶⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 65.

⁶⁷ “Entre 1982 e 1998, três países da Comunidade Britânica, o Canadá, a Nova Zelândia e o Reino Unido – países que estiveram anteriormente entre os últimos bastiões democráticos da supremacia legislativa tradicional – adotaram declarações de direitos e garantias que se afastavam de maneira autoconsciente do modelo norte-americano e buscavam reconciliar e equilibrar as reivindicações opostas para criar um meio termo entre elas, em vez de adotar uma transferência indiscriminada de um polo para o outro. De modo mais notável, embora concedam aos tribunais o poder de proteger direitos, eles desvinculam o controle de constitucionalidade da supremacia judicial ao dar poderes aos parlamentos de terem a última palavra.” [...] “Na Nova Zelândia, os tribunais aplicam os direitos fundamentais não através da invalidação de leis, mas pela interpretação que dão a elas em consonância com os direitos, sempre que possível. Na Grã-Bretanha, os tribunais fazem o mesmo e, além disso, têm o poder de questionar uma lei conflitante declarando-a incompatível com um direito fundamental e provocando a expectativa (embora não a exigência jurídica) de que a lei será emendada ou revogada pelo legislativo.” (GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica. Tradução de Aduato Vilella. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 163 e 203).

Judiciário ao fenômeno da judicialização da política e de fatos sociais.⁶⁸ Assim, são apontadas como possíveis causas dessa disseminação o reconhecimento de que o Judiciário é pressuposto basilar das democracias modernas⁶⁹ em virtude da sua teórica insubmissão e imunidade políticas, bem como, em menor escala, a prevenção ao majoritarismo decorrente do déficit de representatividade⁷⁰ dos Parlamentos.⁷¹ Também entra nesse rol a delegação de responsabilidade do Poder Legislativo ao Judiciário para a solução de matérias extremamente controversas e

⁶⁸ “O modelo constitucional inglês é hoje francamente recessivo. No mundo contemporâneo, acabou prevalecendo a fórmula baseada na edição de constituição escrita. Como exceções, além da Grã-Bretanha, figuram apenas Israel e a Nova Zelândia.” [...] “O caso de Israel é discutível, já que naquele país, apesar da inexistência de uma Constituição, foram editadas onze ‘leis fundamentais’, sendo que duas delas estabelecem direitos fundamentais. E a Suprema Corte de Israel, a partir da decisão do caso *United Mizhari Bank Ltd v. Migdal Coop. Vill.*, em 1995, entendeu que, mesmo sem previsão expressa em qualquer diploma normativo, lhe assiste o poder de declarar a invalidade de leis que violem essas últimas duas leis fundamentais.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 91 e 116).

⁶⁹ Barroso conceitua tal fenômeno como a transferência do poder decisório sobre elementos importantes da ótica moral, política ou social em prejuízo do Legislativo e Executivo, ressaltando que o fenômeno da judicialização tem ocorrido de forma global, chegando a atingir países que classicamente adotaram o modelo inglês, cujas principais características são a soberania parlamentar e a inexistência de controle de constitucionalidade. Ao versar sobre o tema, o autor menciona precedentes de várias partes do globo, de forma a demonstrar a atual fluidez da fronteira entre a política e a justiça, esclarecendo que não é a todo momento identificável a linha divisória entre a elaboração do direito e a hermenêutica. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 384.

⁷⁰ Em face da atual organização institucional do Estado de Direito, nem sempre as decisões politicamente deliberadas são revertidas pelo próprio canal político. Em muitos casos, a solução final, a “última palavra”, é dada pelo Poder Judiciário, pelos juízes, como se o órgão judicante fosse uma espécie de última câmara. A expressão “judicialização da política” denuncia essa atuação, de modo que o processo discursivo de edição racional da vontade política, apto a legitimar as normas, é restringido em face da atividade judicial. Ainda que o consenso seja determinado de forma precária, não se justifica em estrita e última análise a eleição exclusiva do foro judicial como *locus* competente a deslindar definitivamente a questão. Embora nem sempre essa “judicialização da política” gere efeitos nefastos à prática democrática, é necessário discutir essa práxis judicial. É fenômeno global que atinge diversas sociedades contemporâneas, levando o Judiciário a operar em searas antes exclusivas ao Legislativo e Executivo. Há uma fixação, por assim dizer, de contribuição entre os Poderes, constituindo-se em um efeito do aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. Políticas econômicas, ineficácia das instituições majoritárias, estratégia política, declínio do positivismo jurídico, crescimento do Direito Internacional e garantia de direitos fundamentais são alguns panoramas que impulsionam esse fortalecimento do Judiciário, resultando em um maior ativismo judicial. Em meio a esse fenômeno que ganha escala mundial, urge a necessidade de se definir de que forma ele atuará nas dimensões pública e privada da autonomia dos cidadãos. Será a judicialização da política um processo que logra promover e assegurar a liberdade de ação das pessoas ou, antes, vem enterrar a tentativa de emancipação da cidadania? Será o Judiciário também uma arena política?

⁷¹ “É ocioso enfatizar que esse giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. Mais ainda: como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assumira terminante influência sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo. Inevitavelmente, tonifica-se o paradoxo da democracia, mesmo onde a jurisdição constitucional é objeto de criação expressa pelo poder constituinte.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 69).

com grande impacto político e social.⁷² Tendo em conta essa expansão, é possível descrever um conjunto de variáveis contextuais que tenham favorecido o processo de judicialização da política (remessa ao Judiciário de temas a serem arrematados, antes de mais nada, em outras esferas de poder)⁷³ e de politização da Justiça (ingerência pela indicação de membros por critérios precipuamente políticos).⁷⁴ Partindo da premissa de que o ativismo apontaria a aptidão do Judiciário para assegurar os direitos fundamentais, podemos agrupar, com base em dimensões institucionais, as particularidades atinentes às práticas sociais e eventos conjunturais. No grupo das primeiras se insere a elaboração de uma Constituição que abrigue valores e direitos passíveis de dedução em defesa individual ou coletiva contra lesões advindas da vontade da maioria, bem como a institucionalização de uma ordem democrática.

Da mesma maneira, verifica-se um sistema de orientação vigente na opinião pública – que acaba por emprestar maior legitimidade e respeito ao Judiciário em relação às demais esferas institucionais – e uma consciente transferência de responsabilidade do Legislativo relativamente a questões sensíveis, de grande repercussão social e que demandem altos custos eleitorais e políticos. Já no grupo concernente aos eventos conjunturais, inclui-se a ineficiência das instituições de representação majoritária e de governo como demonstração de inexistência de conjuntura política, fatores esses que também estimulam o processo de

⁷² Parece ser correto entender que os elementos sintomáticos do movimento de judicialização da política são, a bem da verdade, a camada externa justamente do fenômeno de controle de constitucionalidade, se tal controle implicaria, inapelavelmente, num ativismo político das esferas judiciais para dentro da estrutura institucional e normativa do constitucionalismo. Também é notório ver que esse embate e mudança do eixo de discussão se deu com o advento do Estado de Bem Estar Social – que teve como corolários irremediáveis e inescapáveis a inflação legislativa (acabando por tornar inócuas parte de suas Leis) e a positivação intensa de direitos sociais pelo Estado. Cf. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 36 e 51; DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso. Behemoth ou Leviatã: quem deve ter poder para tomar decisões. In: _____; DARWICH, Ana (Coord.). **Direito e democracia**: estudos sobre o ativismo judicial. São Paulo: Método, 2011. p. 20.

⁷³ “Várias são as causas (ou, talvez melhor, os fatores) desse fenômeno. Uma, de ordem técnico-jurídica, é a expansão do controle judicial das políticas e dos atos administrativos, particularmente por meio da aferição de constitucionalidade. Outra, de ordem sociopolítica, reflete o desprestígio dos “políticos”, em face do prestígio dos magistrados como uma “aristocracia togada”, quer dizer, o contraste entre uma “plebe” despreparada e ávida e uma elite instruída, preocupada com o justo. Justo este confundido com o interesse geral. Uma terceira, também de ordem sociopolítica, intimamente ligada à anterior, é a autopercepção dos magistrados como elite, com responsabilidade de trabalhar para o bem comum.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 183).

⁷⁴ Cf. MOTA, Mauricio; MOTTA, Luiz Eduardo (Org.). **O estado democrático de direito em questão**: teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. 385 p.

judicialização.⁷⁵ Em decorrência desse fenômeno de expansão, significativas alterações nas esferas jurídico e político-institucional foram percebidas,⁷⁶ sendo possível notar a confluência dos sistemas da *civil law* com os do *common law*, tornando mais próximas as tradições anglo-saxãs às da Europa Continental.⁷⁷ É de se notar que a politização da Justiça tem revelado a busca por um novo sentido das condições de transição das relações contemporâneas entre os Poderes, tomando-se, assim, um novo marco para pesquisas sobre a história contemporânea do ocidente com a primazia da filosofia política e do Judiciário em detrimento da política e do Legislativo.⁷⁸ Numa ótica substancialista, o tempo de supremacia da política ficou marcado pela distinção entre Justiça e Direito, por revoluções, soluções de conflitos pela força e imposição da tirania da vontade das majorias sobre as minorias. O porém desse enfoque, importa frisar, é correr o risco de romantizar o caráter substantivo dos direitos em cotejo a uma legitimidade quase ilimitada do Judiciário quando reconhecida sua autoridade para dar a última palavra.

⁷⁵ Ainda sobre a separação entre judicialização (em particular da política) e ativismo judicial, polemiza Fernando Vieira Luiz: “No ativismo há a substituição dos juízos institucionalmente (e democraticamente) estabelecidos – através de um ordenamento jurídico construído sob a égide de uma Constituição democrática, ou seja, numa ordem em que há uma filtragem hermenêutico-constitucional das leis – pelos juízos dos próprios magistrados. Em outras palavras, larga-se mão da ordem constitucional e legal democraticamente construída, passando-se à consciência (o subjetivismo) do julgador. A judicialização da política, por outro lado, é um fato que decorre do próprio aumento do caráter hermenêutico do Direito a partir do segundo pós-guerra. À medida que os direitos sociais passam a fazer parte dos direitos fundamentais e, por outro lado, o Estado não os cumpriu sequer de forma mínima, a jurisdição aparece como lugar último ao cidadão para a garantia de tais direitos.” (LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 37).

⁷⁶ Cf. VIANA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 270 p; QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição brasileira**. Curitiba: Juruá, 2011. 194 p; CASAGRANDE, Cássio. **Ministério Público e a judicialização da política: estudo de casos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. 295 p.

⁷⁷ VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. passim.

⁷⁸ Entretanto, Celso Fernandes Campilongo nos adverte que “Só quando o direito procura limitar a política e a política determinar o direito a ‘politização da justiça’ e ‘judicialização da política’ tornam-se problemas relevantes. Sem que se saiba a função específica de um e de outro sistema, não há sentido em fazer as conexões ou sobreposições.” [...] “A ‘judicialização da política’, isto é, um controle judicial não sobre a natureza jurídica da decisão política (o que seria legítimo), mas um controle político, no Judiciário, do mérito exclusivamente político da decisão, é sintoma desse desvio de função. A intromissão oposta, isto é, a pretensão do sistema político em determinar a plástica e o alcance da decisão judicial – a ‘politização do Judiciário’ – é o outro lado do problema, revelador de um sistema jurídico incapaz de manter seus limites e de um sistema político expansionista. Os dois fenômenos são perversos para a democracia.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 24 e 133).

No Brasil, é certo que o fenômeno do protagonismo ou da supremacia judicial ganhou intensidade após a Constituição de 1988,⁷⁹ analítica e abrangente, dispondo do rol de direitos mais benevolente da história nacional – o que acabou por viabilizar a constitucionalização de temas nucleares da política, transformando-os em pretensões potencialmente judicializáveis, fator esse estendido pelo alto grau de produção legislativa.⁸⁰ Além disso, dispõe de uma Corte Suprema prestigiada, de vários legitimados a provocá-la e de uma linhagem de controle de constitucionalidade que compatibiliza a matriz americana – por meio da qual juízes e Tribunais estão autorizados a decretar a invalidade no caso específico – à europeia, assente com o ajuizamento de ações diretas junto à Corte Constitucional. Portanto, o fato de a população bater às portas de tal Poder, especialmente do STF, nada mais é do que uma consequência da constitucionalização de fatos cotidianos. Nesse sentido, a difusão não deixa de ser uma consequência da positivação de direitos fundamentais no bojo das Constituições nacionais e dos tratados internacionais a partir da Segunda Guerra Mundial, bem como forma de limitação do Poder dentro de

⁷⁹ “Supremacia judicial não se confunde com exclusividade judicial. Seus defensores admitem que outros poderes podem participar da construção de sentido constitucional, mas acreditam que um dos poderes precisa ter o papel primordial. Se outros poderes reconhecem essa autoridade da corte, a prática de interpretação extrajudicial não representa uma ameaça à supremacia judicial. No entanto, Whittington questiona esse tipo de hierarquia dos intérpretes e apresenta como alternativa o ‘departamentalismo’ ou ‘construção coordenada’, segundo a qual nenhum intérprete é supremo, mas dotado de igual autoridade. Sob esse enfoque, diferentes acomodações vão surgindo no decorrer do processo político.” (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 140).

⁸⁰ É inegável a constatação de que a Constituição de 1988 prevê um diferenciado rol de direitos. Aliás, o elenco da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, a eficácia imediata dos direitos e garantias fundamentais e sua elevação ao status de “cláusulas pétreas”, o realce normativo dado aos tratados de direitos humanos, bem como a positivação de direitos fundamentais de primeira, segunda, e terceira gerações constituem lista sem precedentes em nossa história constitucional. Assim, a possibilidade de reclamos judiciais em decorrência de direitos expressamente positivados na carta é garantida em largo espectro. E mais: relativamente ao controle de constitucionalidade, alguns fatores são primordialmente determinantes ao alargamento do Judiciário, pois após 1988 houve um notável aumento do número de legitimados para a propositura de ADI. E, em um contexto democrático de alta fragmentação do poder político e pluripartidarismo, muitas questões políticas relevantes acabam, por assim dizer, sendo levadas para o palco definitivo dos Tribunais. Ademais, dada a cultura institucional brasileira das coalizões, o grupo político perdedor constantemente se insurge contra a derrota mediante pretensão deduzida ante a Corte Constitucional. Outrossim, entidades representantes de grupos sociais, políticos e econômicos, valendo-se de sua categorização como “entidades de classe de âmbito nacional”, utilizam-se do Judiciário como uma terceira e nova Casa legislativa, reafirmando posições que restaram vencidas em âmbito puramente político. Leia-se, os atos impugnáveis no controle de constitucionalidade experimentaram progressivo crescimento e o cabimento de ação direta em face de Leis de efeito concreto, a ação de declaração de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental expandiram o objeto de atos estatais passíveis de cognição judicial pela Corte Constitucional.

um Estado amplo,⁸¹ na medida em que, com a disseminação dos instrumentos de fiscalização recíproca, impõe balizas às discricionariedades legislativa e administrativa.⁸²

Por sua vez, é de se notar que a opção de confiar a órgãos de aceção contramajoritária o monitoramento dos direitos fundamentais não foi aleatória. Pelo contrário, foi impulsionada por suas peculiaridades, tais como a teórica independência política de seus membros, a pretensa autonomia financeira e as garantias da magistratura, dentre outras.⁸³ Diante destes predicados, o objetivo seria garantir a imparcialidade necessária a primar pela intangibilidade destes direitos, os quais são considerados pressupostos materiais à democracia.⁸⁴ Nesses termos, a concepção de democracia como norma da maioria (*premissa majoritária*), exercida pela supremacia do Parlamento, seria sucedida pela ideia de democracia constitucional, por meio da qual os direitos das minorias seriam positivados em uma Lei revestida de superioridade e velados por Tribunais imunes à política, por intermédio da jurisdição constitucional.⁸⁵

Assim, envidaram-se esforços na composição de um modelo contemporâneo de arranjo institucional, por intermédio, de um lado, da personificação por agentes políticos eleitos e, de outro, da ideia de limitação de poder e obediência à

⁸¹ “Disso resulta que a inércia do Executivo e a falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. É a judicialização da política, que se dá de forma contingencial. Essa atuação do Poder Judiciário, contudo, deve ser sempre compatível com um ‘sentido’ da (e de) Constituição (entendida como topo normativo e interpretativo) que lhe legitimou a intervir. Nesta conformidade, qualquer ato judicial deverá ser compreendido como um ato de jurisdição constitucional.” (MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 212).

⁸² Tal expansão é interpretada como decorrência de uma conscientização do risco de que instituições dotadas de legitimidade democrática também possam transgredir direitos fundamentais. E um exemplo pragmático disso são os regimes fascistas, que acabaram por fulminar liberdades fundamentais. Assim, a evolução histórica, especialmente a partir do segundo pós-guerra, evidenciou a necessidade de positivação de direitos fundamentais nas Constituições e em tratados internacionais, bem como de atribuir a órgãos contramajoritários a função de velar por sua observância.

⁸³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. passim.

⁸⁴ Cf. HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do controle jurisdicional da motivação das decisões**. Florianópolis: Conceito, 2010. 190 p. (Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

⁸⁵ Não se pode afirmar com veemência que o Poder Judiciário tenha superior conjuntura para o resguardo dos direitos fundamentais face ao Legislativo, inexistindo fatores contundentes a demonstrar que a eficácia das Leis respeitaria menos os direitos individuais do que os veredictos judiciais, a despeito de o controle jurisdicional de políticas públicas refletir dos Tribunais poder decisório sobre conteúdo nuclear da política.

Constituição positivada, incumbindo ao Judiciário não eleito seu resguardo.⁸⁶ De qualquer modo, a pretendida neutralidade institucional, ou seja, sua capacidade de decidir a partir de critérios eminentemente técnicos, não sujeitos a pressões e paixões políticas, constitui, é certo, autêntica utopia, sendo inalcançável a separação rigorosa entre Direito e política. É bem verdade que a formulação de políticas públicas sempre pertenceu à alçada dos Poderes Executivo e Legislativo, incumbindo ao primeiro sua execução,⁸⁷ estando as eleições e formas de implementação diretamente associadas à democracia representativa⁸⁸ e à legitimidade outorgada em suas escolhas políticas. Por outro lado, com a Constituição de 1988, a configuração modificou-se e, ao lado do engrandecimento institucional do Judiciário e da ampliação de direitos e garantias, disciplinou-se uma gama de mecanismos visando à salvaguarda dessas benesses,⁸⁹ sendo forçoso ressaltar que a extensão do acesso à Justiça estimulou o incremento da busca de

⁸⁶ No Brasil, inúmeras situações de grande relevância social, moral e econômica foram e são decididas pelo Poder Judiciário, especialmente, pelo STF. Por isso, a postura do aludido Tribunal tem sido alvo de acirrados debates jurídicos sobre os limites das atribuições da função judiciária, havendo fortes posições, entretanto, no sentido de que a causa fundamental para a expansão seria a reafirmação da democracia. Cf. MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto. STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em: 9 jan. 2013.

⁸⁷ Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 186 p; CANELA JUNIOR, Oswaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. 193 p; DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 385 p; TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. 197 p; BITENCOURT, Carolina Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. 368 p.

⁸⁸ Edinilson Donisete Machado, com apoio em Robert Dahl, elenca os fundamentos que legitimariam a democracia moderna, sendo eles: a) evitar a tirania; b) instituir direitos fundamentais; c) liberdade ampla; d) autodeterminação; e) autonomia moral; f) desenvolvimento humano; g) proteção dos interesses pessoais essenciais; h) igualdade política; i) busca pela paz; j) propriedade privada. Além disso, descreve como arranjos constitucionais para que um país seja democraticamente governado: a) eleições livres, justas e frequentes; b) liberdade de expressão; c) fontes de informações diversificadas; d) autonomia para as instituições; e) cidadania inclusiva. Cf. MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. p. 60-61.

⁸⁹ É de se registrar que para Maria Tereza Sadek a constitucionalização de ampla gama de direitos individuais e coletivos alargou o espectro da área de atuação do Judiciário, vez que foi instituído como responsável por assegurar o respeito amplo ao ordenamento jurídico, ocupando posição de primeira grandeza. Para ela, inexistente, em tese, decisão proferida pelo Executivo, mesmo que aprovada pelo Legislativo, que não seja passível de apreciação judicial, dado esse representante da capacidade de interferência significativa no trato político, na elaboração e execução de políticas públicas. Cf. SADEK, Maria Tereza. **Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da Ciência Política**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1-33.

soluções judiciais,⁹⁰ sem prejuízo da jurisdição constitucional como um dos principais desafios.⁹¹ Há, ainda, de se acentuar o maior destaque dado às demais Instituições, como os Ministérios Públicos e as Defensorias Públicas, voltadas à proteção dos direitos fundamentais dentro de um contexto de desorganização e fragilidade, fomentando o debate junto ao Judiciário em detrimento das instituições político-partidárias, que perderam parcela de sua representação.⁹² Nesse passo, a mudança comportamental dos julgadores para uma ótica mais criativa refletiu não apenas um reencontro do Direito e da moral, como também o movimento que advoga a supremacia constitucional e uma maior atuação do intérprete.⁹³

Colocada a questão em outros termos, fomentou-se o ativismo por intermédio dos denominados conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais,⁹⁴ que embora não sejam novidades jurígenas, passaram a ser utilizados em

⁹⁰ Luiz Eduardo Motta pondera que o fenômeno das relações sociais e da judicialização da política no Brasil originou-se nos anos 90, sedimentado pela busca de soluções à míngua de representatividade na satisfação de interesses sociais albergados constitucionalmente, bem como diante da fragmentação do Legislativo. Anota que se desenhou a elevação do Judiciário ao patamar de “Terceiro Gigante” diante dos demais Poderes. Cf. MOTTA, Luiz Eduardo. Judicialização da política e representação funcional no Brasil contemporâneo: uma ameaça à soberania popular? In: _____; MOTA, Mauricio (Org.). **O estado democrático de direito em questão: teorias críticas da judicialização da política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 51.

⁹¹ Cf. BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 336 p.; DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional: aspectos críticos do exercício frequente da atribuição reformadora**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 341 p.

⁹² Ada Pellegrini Grinover pondera que as instituições seriam meros instrumentos, não se podendo considerá-las de per si, de modo que deveriam ser rompidos os dogmas do Estado liberal no sentido de que a atividade legislativa se sobrepujasse à dos demais Poderes e que o juiz somente representasse a letra da lei. A autora parte da aceção de que, no Estado Democrático, o Judiciário se disporia, como forma de expressão estatal, aos escopos do próprio Estado, não se aceitando mais a neutralização de sua atividade. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: _____; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 128.

⁹³ Cf. PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: _____; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 271-311.

⁹⁴ “[...] verifica-se uma diferença entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. No primeiro caso, a hipótese normativa e a providência a ser tomada pelo intérprete não estão previamente fixadas em lei, havendo, pois, um maior campo para a construção hermenêutica. No segundo caso, a hipótese normativa não está definida previamente, embora a providência final a ser tomada pelo intérprete seja fixada de antemão pela norma legal. Sendo assim, as cláusulas gerais distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois estes, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução. Aquelas, ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao julgador parecer mais adequada, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer numa situação concreta.” (SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 122).

larga escala, fazendo participarem os intérpretes, leia-se, os juízes, do processo de criação, aquilatando a tarefa do legislador.⁹⁵ E é nesse ponto que brota a discussão sobre a chamada discricionariedade judicial,⁹⁶ isto é, se seria viável o manejo que tome rumos distintos e ao mesmo tempo legítimos em casos idênticos. A ideia de correção judicial também é exemplificada através do mandado de injunção para efetivar direitos não dispostos sem que isso transborde em ofensa à separação dos Poderes. Em outras palavras, aduz-se que poderia existir decisão discricionária, ou também rotulada ativista, calcada na valoração dentro da seara antes considerada própria do Legislativo, mas materialmente correta. Daí, certo é que essa ocupação de vácuo pelo Judiciário, inimaginável na concepção originária do sistema tripartite, indica uma espécie, voluntária ou não, de cessão de espaço à chamada expansão judicial. Nesse diapasão, aponta-se ser tarefa das Cortes proteger os direitos fundamentais, ao passo que a legislatura deveria tratar dos direitos e obrigações da maioria. A judicialização da política, nesse cenário, corresponderia à decisão judicial num extremo e à política majoritária no outro.

Desta feita, o ativismo também tende a tornar-se frequente pela expansão das condições que permitem aos juízes promoverem suas preferências políticas às expensas de outro Poder enfraquecido. O que se questiona, porém, são eventuais implicações negativas à *premissa majoritária*, porquanto sustentaria a dominação de elites não representativas (juízes) suplantando a participação popular intermediada pelo Legislativo.⁹⁷ Em última análise, a postura ativista, dada a expansão do Judiciário quando em confronto com aquele, seria meramente *contramajoritária* ou

⁹⁵ Cf. FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial**: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 144-171.

⁹⁶ “É nesse cenário que a própria ordem jurídica vem abandonando, ela mesma, o discurso normativo fechado, permitindo uma concretude judicial mais ampla, como um sistema de legitimidade da lei em sua função social, o que, para tanto, tem criado regras gerais que são manejadas pelo juiz na construção dinâmica de decisões mais justas, pós-positivistas. Essas decisões, a par de poderem representar técnicas avançadas de interpretação, refletem, com destaque, a reserva legal da discricionariedade judicial pelo sistema de cláusulas abertas. A propósito, o termo inglês *judicial discretion* significando, literalmente, ‘o que é deixado à discricção do juiz’ vem implicar um ativismo judicial empregado na busca de uma solução jurisdicionalmente mais correta.” (ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16).

⁹⁷ Tate e Vallinder apontam como condições sistematizadas para a judicialização a democracia e o sistema de separação de Poderes associados a uma política de direitos e a uma oposição conhecedora dos meios judiciais, além de partidos fracos e coalizões frágeis nas instituições majoritárias. Neste sentido, a delegação de autoridade seria também fenômeno decorrente de os juízes decidirem que deveriam participar do processo de decisão política no lugar de serem meros espectadores. Cf. VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 27-38.

pior, além disso, usaria o resguardo das minorias, menos representadas, como pano de fundo para as idiosincrasias ideológicas duma parcela da magistratura.⁹⁸

Não se nega, é certo, a promoção para as condições de instituição e aplicação dos direitos fundamentais. A discussão primordial, porém, diz respeito à crise de autoridade, se essa maneira de agir do Judiciário se instalaria devido à mera retração do Legislativo, decorrente, em especial, de um distanciamento entre a classe política e a sociedade, obstando o atendimento das demandas sociais de forma efetiva; ou se a *premissa contramajoritária* seria marginalizada frente às ideologias políticas dos magistrados. Ilustração desse comportamento é mostrada, por exemplo, pelas decisões do STF sobre nepotismo lastreadas em sua vedação a todos os Poderes. A Corte extraiu a proibição baseada, sobretudo, nos princípios da moralidade e da impessoalidade, visto que inexistia regra de envergadura específica a esse respeito.⁹⁹ Decanta, assim, a ideia de que o ativismo judicial se faria presente na omissão dos Poderes de representatividade coletiva, sendo inegável que a

⁹⁸ Os efeitos das decisões referentes à temática constitucional igualmente vivenciam gradual expansão, sendo imprescindível realçar que a atribuição de eficácia vinculante às decisões em controle abstrato, já dotadas de efeitos *erga omnes*, permitiu a vinculação dos outros órgãos estatais aos posicionamentos da Corte Constitucional. Inclusive, em sede de controle abstrato, a tese da “eficácia transcendente dos motivos determinantes” cuida de estender a obrigatoriedade da decisão para além de seu dispositivo, alcançando-se, outrossim, a fundamentação da decisão. Por conseguinte, ainda maiores as probabilidades de controle dos futuros atos do Legislativo e Executivo, com base no julgamento de outros atos, sem contar que até mesmo o controle difuso, seara de tradicional cultura de efeitos apenas *inter partes*, vem saboreando eventualmente uma elasticidade em seus efeitos. Diga-se, não são raras as oportunidades em que a Corte Constitucional brasileira vem bradando pela ampliação de seu alcance. Trata-se, afinal, de postura atinente a alargar o alcance dos julgados e entendimentos jurisprudenciais emanados do Tribunal que, *a priori*, deveria tutelar apenas as partes postulantes em juízo. Destaque-se, igualmente, as súmulas vinculantes. Tais posicionamentos, embora emanados de controle concreto, ganham status vinculante (tal qual um controle concentrado) após o devido pronunciamento de dois terços do tribunal, ressaltando-se que as autoridades administrativas e judiciais devem seguir o entendimento sumulado. Cite-se, ainda, a regra da retroatividade das decisões em sede de controle de constitucionalidade, que dá maior carga normativa às decisões já dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Por fim, some-se à constitucionalização abrangente dos temas por parte da nossa Carta e será possível encontrar campo fértil à expansão do Judiciário. Lembre-se, ademais, que em um contexto neoconstitucionalista as Constituições não mais se resumem à estruturação do Estado e aos direitos de primeira geração, como outrora; mas, sim, prezam pela ordenação da vida econômica, social, cultural, englobando direitos de segunda e terceira geração em uma panorama denotado pela atribuição de densa carga normativa a princípios e enunciados de caráter ideológico.

⁹⁹ Súmula Vinculante 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.” (STF - DJe nº 162, de 29/8/2008, p. 1, DOU de 29/8/2008, p. 1. Precedentes: ADI 1521 MC, MS 23780, ADC 12 MC, ADC 12, RE 579951).

timidez do Legislativo tem proporcionado o protagonismo do Judiciário nessa direção, judicializando a política por meio da produção de decisões supressoras de omissões. Não raro, renovam a ordem jurídica, com caráter normativo, a despeito de encontrarem espaço, eventualmente, em momentos históricos determinados. Entretanto, não se há de negar que inexistente democracia sólida desprovida de atividade política intensa e saudável.¹⁰⁰

Não é por outros motivos que Jacinto Nelson de Miranda Coutinho adverte acerca da relativização das regras e princípios, fator que precisa ser aquilatado adequadamente, sob pena de albergar interesses antidemocráticos.¹⁰¹ O autor alerta no sentido de que dentro do pacto social, com a criação do Estado para nos proteger, descaberia uma interpretação demasiadamente extensiva sobre as restrições aos direitos fundamentais para o bem comum, de modo que, para ele, jamais se deveria utilizar dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como verdadeiros *coringas* a servirem de muleta “para qualquer argumento infame e pernetá dos mais afoitos”,¹⁰² de modo que, por meio deles, dir-se-ia o que quiser, constituindo uma perigosa artimanha.¹⁰³

¹⁰⁰ Não obstante, vale mencionar a ressalva de Barroso de que as decisões da Suprema Corte brasileira demandam a respectiva provocação, pronunciando-se nos limites do pedido sem possuir a prerrogativa de apreciar ou não das ações (*non liquet*), levando-se em conta o preenchimento dos requisitos de cabimento. O professor conclui que a judicialização realmente existe, mas não decorreria de uma opção idiossincrática da Corte, que teria se limitado a efetivar sua atribuição constitucional de forma estreita, entendendo que o modelo nos tem servido bem. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 384.

¹⁰¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In: _____; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 193.

¹⁰² De fato, a hermenêutica jurídica moderna vem expondo pela impossibilidade de uma mera atuação do juiz como “legislador negativo” em quaisquer hipóteses de controle de constitucionalidade (ainda que o paradigma seja ponto puramente jurídico). É certo que o texto normativo e a norma são realidades diferentes, sendo o texto próprio objeto da interpretação, e a norma o resultado dessa atividade interpretativa. Mas há sempre um caráter construtivo (ou reconstrutivo) e criativo que se desenvolve dentro das balizas pré-fixadas pelo texto. O cerne da problemática, conseqüentemente, não se localiza na existência ou não de atividade criativa (pois ela existe), mas sim, no questionamento acerca dos limites dessa criação. Perquire-se a respeito da distância entre as normas (sentidos criados) e os sentidos literais do texto normativo. Observa-se, diante desse panorama, por exemplo, que a interpretação conforme e a declaração parcial podem ser enquadradas como restrições judiciais (evitam os polos da inconstitucionalidade e constitucionalidade puras) e, em outro viés, podem resultar num ativismo judicial. Tal hipótese prospectiva do Judiciário poderá ocorrer nos casos em que a Corte se afaste demasiadamente do sentido literal do texto normativo, a pretexto da aplicação de um princípio diretamente aberto. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 142-160.

¹⁰³ COUTINHO, op. cit., p. 195.

1.4 Dos protagonismos substancialistas e procedimentalistas

A tensão causada pela interferência das Cortes Constitucionais é trabalhada nas teorias substancialista e procedimentalista, voltadas à limitação da atividade Judiciária dentro dos setores típicos dos outros Poderes majoritários para firmar legitimidade às decisões judiciais dentro do aspecto democrático.¹⁰⁴ Ambas abordam a intervenção judicial nos assuntos políticos, como forma de desdobramento do *judicial review* no controle dos atos do Parlamento, contudo, cada qual possui um prisma. Nesse sentido, a corrente substantiva de democracia constitucional encontrou em Dworkin sua maior representatividade, vez que concebeu a metodologia da leitura moral¹⁰⁵ da Constituição para legitimar a atuação judicial na seara Constitucional.¹⁰⁶ Enfrentou-se o positivismo jurídico com o entendimento de que o Direito não mais se sustentaria como conjunto de normas, mas sim de regras e princípios, estes como modelo padronizado de observação obrigatória na propagação da justiça – sob um panorama de moralidade que aponta o rumo de forma inconclusiva.¹⁰⁷ Agregou-se, desta feita, o método de integração das regras

¹⁰⁴ Cf. FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial**: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 123-133.

¹⁰⁵ Para uma ferrenha crítica à aproximação entre direito e moral, vide: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 167-205 (Professor Gilmar Mendes, 2).

¹⁰⁶ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição**: entre o texto e o contexto. São Paulo: Baraúna, 2011. p. 241.

¹⁰⁷ Dworkin capitaneia essa perspectiva e moldura uma concepção finalista de democracia (como um regime moralmente desejável), não se contentando com os procedimentos formalmente igualitários. Pugna que o ideal democrático é um procedimental incompleto e perseguidor de um ideal de igual consideração e respeito (antecedente ao procedimento). Assim, de nada valeria a deliberação participativa se não valorizadas as exigências prévias do ideal democrático. Em um círculo, em tese, virtuoso, o plano quantitativo da democracia só seria legítimo se emissor de comandos que respeitem as próprias condições de legitimidade da democracia. Vale dizer, um método consequencialista (aferidor de resultados) e instrumental (perseguidor de objetivos). A efetiva diferença reside na abrangência de análise dos direitos pelo Tribunal, pois aqui os direitos fundamentais e a justiça são postos na agenda do Judiciário. Extrai-se das ideias do autor que, dessa maneira, a opção judicial por defender um pressuposto necessário ao procedimento democrático já implicaria, por si só, uma valoração prévia e substantiva sobre uma concepção democrática. Cf. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 572 p; GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. 313 p. (Teoria e Filosofia do Direito); MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. 299 p.

vagas e imprecisas pelos princípios de maneira a interpretar adequadamente os casos concretos.¹⁰⁸

Assim, a qualquer interpretação judicial derivada da imprecisão ou omissão legislativa deveria o Judiciário vincular-se aos parâmetros fornecidos pelos princípios para preferir sua decisão, despedido de convicções pessoais, de modo que a discricionariedade seria regrada, ou seja, a decisão judicial representaria a opção que melhor aproveitaria à justiça após a escolha determinada e orientada por critérios lastreados nos princípios, não obstante pudesse distanciar-se da pretensão do legislador.¹⁰⁹ Nesse passo, o juiz não possuiria a liberdade de escolha baseada em sua subjetividade, pois, se assim fosse, existiria alteração indistinta de normas jurídicas e inexistiria regra obrigatória a ser obedecida. Firmar-se-ia, dessa maneira, a ideia de que o juiz não foi eleito pelo povo, razão pela qual sua pretensão em substituir os demais Poderes, desde que fora do lastro apontado, ofenderia a democracia, haja vista suprimidas ou esvaziadas as instâncias representativas do Poder Estatal.¹¹⁰

A metodologia interpretativa apregoada pelos substancialistas refuta, desta feita, a insegurança jurídica sob o argumento de que o julgador não criou o direito após os fatos, mas se valeu do cotejo de decisões anteriores aliadas à aferição da equidade e justiça, presentes nos princípios edificados na moralidade política reinante na comunidade à época de cominação da norma. Nesse contexto, o Judiciário - por intermédio do *judicial review* - não usurparia o poder democrático,

¹⁰⁸ “Essa distinção entre posições procedimentalistas e substancialistas não é relevante apenas no momento de elaboração das constituições. Ela assume importância também no contexto de interpretação constitucional. No campo hermenêutico, um substancialista tende a buscar respostas para um grande número de controvérsias na Constituição, interpretando-a de forma abrangente, enquanto um procedimentalista adota posição mais cautelosa, no afã de preservar um maior espaço para a política majoritária, a não ser no que se refira aos pressupostos para funcionamento da própria democracia.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 296).

¹⁰⁹ “Uma boa ‘ponte’ para permitir este diálogo é a leitura substancialista de Dworkin, cujo construtivismo principiológico [...] foi acolhido pelo próprio Habermas no sentido de concordar que as normas jurídicas possuem um conteúdo moral que, embora traduzido para o Direito, possibilita ao indivíduo atuar juridicamente por exigência moral, reconhecendo, no entanto, ao Direito e às normas jurídicas especificidades tais que impedem que o Direito seja considerado como um caso especial de aplicação da moral; bem assim, Habermas acredita, com Dworkin, na natureza deontológica e não diretamente axiológica da validade jurídica.” (MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 55).

¹¹⁰ SILVA, Joana Aguiar e. **Para uma teoria hermenêutica da justiça: repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 361.

mas promoveria o conceito de democracia constitucional¹¹¹ ao implementar a tutela dos direitos individuais em proteção à soberania popular.¹¹²

De outra parte, na acepção da corrente procedimentalista, tem-se que a Corte Constitucional estaria sedimentada na proteção da higidez do procedimento democrático e, para isso, fincar-se-ia a supremacia do direito dos cidadãos na igualdade de participação na formação das decisões.¹¹³ O prisma desenvolvido insurge-se contra as teorias interpretativistas e não-interpretativistas, vez que as primeiras apontam as decisões judiciais como pautadas nos limites do texto ou nas declarações claramente implícitas, de caráter vinculante à vontade retratada pelo constituinte originário; ao passo que as segundas admitem ao juiz avançar sobre modelos extrajurídicos para descortinar o alcance da norma constitucional. A crítica funda-se ora na via ampla, ora na estreita de interpretação constitucional, considerando-as insuficientes.

Nesse sentido, por meio da concepção não-interpretativista, ataca-se a permissão substancialista para que juízes façam a leitura moral, porquanto a valoração substantiva não encontraria consenso social e viabilizaria a tomada de funções das instituições majoritárias por órgãos não eleitos, em substituição à vontade popular. Vale dizer, admite a intervenção judicial somente durante a deficiente estrutura do sistema representativo de poder.¹¹⁴ Por esses motivos, a justificação para a eclosão do *judicial review* estaria no vício de formação das condições aptas ao regular procedimento do processo político, que deveria ser sistematizado à adequada representação em geral, incluídas as minorias, de forma a

¹¹¹ Dworkin defende a atuação da Corte Constitucional à medida em que fracassa o dever do Estado em estabelecer a igualdade e acomete o cidadão de desrespeito aos seus inerentes direitos individuais. Depreende-se que as normas editadas pelas instituições majoritárias deveriam espelhar a igualdade e o respeito destinado a cada um de seus integrantes, de modo que eventual violação dessa obrigação, calcada sempre na moralidade política, desaguaria na postura contramajoritária. Cf. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. passim.

¹¹² POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as facas da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 103.

¹¹³ Procedimentalistas como Habermas, Luhmann, Ely, dentre outros, enxergam no Judiciário o manto procedimental da democracia, mas repudiam, por outro lado, o próprio como sujeito ativo de mutação constitucional. Cf. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica democratizante à prática judicial brasileira**. 2010. 312 f. Dissertação (Mestrado em Direito)– Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2006. p. 122.

¹¹⁴ Cf. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 389 p. (Teoria e Filosofia do Direito).

assegurar a igualdade na construção da vontade política no processo democrático. Contudo, tal viés procedimentalista não saiu incólume a críticas, em especial à da afirmação de que ao se aferir a falha do Legislativo na correta participação representativa dos diversos setores comunitários, estaria o Judiciário verificando a justiça ou o *discrímen* realizado que nada mais consistiria do que o desvalor substantivo do caso concreto. Outra vertente da concepção procedimentalista - que visava a assegurar a participação das minorias na discussão política -, exsurge da teoria democrático-procedimental,¹¹⁵ norteada pela qualidade do discurso formador da intenção política a ser legislada, isto é, preocupava-se em racionalizar o processo de produção de normas, aferindo não tão somente a participação das camadas representativas, mas também o grau de formação dos militantes no campo da inteligência e a clareza da manifestação de vontade, a ponto de influenciar e criar a opinião a ser sedimentada.

A par disso, a teoria de Dworkin é realinhada com a integração do princípio do discurso, em que os participantes devem fincar a interpretação da norma jurídica através da noção interna e subjetiva, aprofundando o debate de contradições, momento em que sobressairia vencedor aquele que dispusesse de melhor argumento.¹¹⁶ Para tanto, impõe-se a obediência ao pragmatismo acrescido da riqueza debatida, com todas suas nuances trazidas pelos virtuais membros participantes. Estabelece-se, dessa forma, a segurança jurídica mediante a

¹¹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 298.

¹¹⁶ O pensamento do autor é no sentido de que a democracia não é apenas um mecanismo operado pela regra da maioria, em que indivíduos se juntam para tomar decisões sobre seu interesse (política pública). Antes, é necessária a conquista da “filiação moral” na comunidade política. Vale dizer, para que se reúnam e decidam o produto final, é necessário que se sintam pertencentes à comunidade. Uma espécie de laço moral, que se forma por intermédio de requisitos substantivos, equacionados por um paradigma de igual consideração e respeito. A democracia, dessa maneira, não deve se limitar ao bem-estar geral (política), mas deve, também, respeitar os direitos individuais (princípios). As decisões da dimensão política se legitimam perquirindo sobre quem decide, e como decide. Assim, um Parlamento eleito, e deliberações mediante a regra da maioria (igualdade formal), ensejariam uma legitimidade *ex ante*. Já, as decisões sobre a dimensão principiológica, legitimam-se por seu conteúdo, pela resposta certa, independentemente do emissor, ensejando uma legitimidade *ex post*. Por conseguinte, caso essa atribuição seja outorgada à Corte, não há sentido em se questionar sua falta de legitimidade (não eleição), visto que se trata de um ‘fórum do princípio’, questionável pelo conteúdo apenas. Em acréscimo, ainda que falíveis, e diante de temas tortuosos, os Tribunais, segundo ele, seriam melhores posicionados para a busca dessa resposta substancial. Cf. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. passim; GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. passim; MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. passim.

inclinação do cumprimento de normas coercitivas seguido da compreensão e assentimento de que foram produzidas e aplicadas de maneira racional, dotando-as de legitimidade. Subtrai-se, assim, o modelo apoiado na solidão da decisão do juiz, obstando a substituição do poder majoritário, este legítimo representante do discurso de justificação, com a proposta participativa dos futuros afetados pela decisão, propiciando a consideração dos mais diversos pontos de vista que fluiriam das classes sociais.

Habermas, defensor da teoria do discurso, mostra apreensão na possibilidade de um nocivo ativismo judicial caso sobrevenha a justaposição do discurso de aplicação pelo de justificação,¹¹⁷ momento em que a Corte Constitucional poderia aplicar um viés protetor ao equiparar valores à regras jurídicas, e passar a impor à sociedade um modelo próprio de valores hipoteticamente oriundo da Constituição, derivando a modificação da função típica de Poder do Estado e a mitigação da democracia. Não caberia, deste modo, ao Judiciário desenhar os valores sociais, em homenagem à autodeterminação da sociedade, valendo-se do papel discursivo travado e desenvolvido pela instituição representativa da vontade popular em benefício da democracia.¹¹⁸ Vale dizer, por essa ótica, o consenso sobre o modelo jurídico de grande envergadura não poderia ser inculcado pela Corte Constitucional através da criação originada apenas da interpretação, mas impende resultar da legitimidade popular adstrita ao Legislativo no debate público próprio à complexidade das questões atinentes aos valores da sociedade pluralista.¹¹⁹

Outra fonte de análise que merece menção reside na teoria da democracia deliberativa, visando à demonstração de que o modelo majoritário contrapondo um mínimo de controle judicial acabaria por fortalecer o Legislativo. Basicamente, refuta-

¹¹⁷ BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the Limits of Constitutional Adjudication**: deconstructing balancing and judicial activism. Nova Iorque: Springer, 2010. p. 159.

¹¹⁸ “Na compreensão habermasiana, a Corte Constitucional não pode ‘criar’ o Direito. Seu papel é apenas de aplicação da norma, de concretização, razão pela qual as questões atinentes à fundamentação são deixadas ao processo legislativo. O modelo habermasiano propõe uma justificativa básica da ordem normativa no consenso racional que é obtido de forma comunicativa, dentro de um espaço público ensejador de um debate argumentativo. Habermas rejeitará a ideia liberal de que existem garantias metapolíticas que tornam possível a convivência social, ao mesmo tempo em que igualmente rejeita a tese dos comunitaristas, como Walzer e Taylor, para quem tanto a criação da Constituição como a sua interpretação devem respeitar os direitos fundamentais do cidadão.” (BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 167).

¹¹⁹ Ibid., p. 132.

se a atividade intervencionista da Corte Constitucional no trato de questões relacionadas aos órgãos de representatividade, inadmitindo-se a incursão judicial mesmo nas hipóteses aceitas pelas propostas substancialistas e procedimentalistas, quais sejam, no exercício da atividade contramajoritária da defesa dos direitos individuais dos procedimentos deliberativos.¹²⁰ Nesse ângulo, enfoca-se o *judicial review* como tendente a desanimar a discussão dos desacordos diretamente na seara própria, gerando abalo no autogoverno do cidadão, insuficiência democrática e de legitimidade, visto que os integrantes dos Tribunais não foram eleitos representantes da soberania popular.

Sedimenta-se a ideia de que, não obstante a imperfeição do sistema representativo, ainda ele se perfaz legítimo e democrático, porque atenderia aos reclamos debatidos no seio de toda sociedade, ao passo que ao se alçar a questão levada pela minoria ao Judiciário, este firmaria a decisão sob o ponto de vista dos juízes, moldados em precedentes, interpretações, posições doutrinárias, enfim, acresce-se o risco de serem contaminados por suas idiosincrasias em relação aos assuntos controvertidos gerados pela moralidade política, não estando aptos os julgadores a definirem pontos de alta complexidade social, pois não legitimados a dizer no que consiste a moralidade, sob pena de submissão à juristocracia. O *judicial review*, portanto, ficaria relegado ao controle de constitucionalidade, o que reforçaria o caráter democrático de proteção dos direitos das minorias com incremento na melhoria da deliberação política.

¹²⁰ Waldron, após admitir o cenário de desconfiança que medeia o Legislativo e erigiu o *judicial review* como solução da tensão entre o constitucionalismo e democracia, indica que a decisão judicial neste aspecto apresenta-se como arbitrária, vez que induz ao desprezo do processo deliberativo da instância representativa. Em sua concepção, houve equívoco de Dworkin em desconfiar que a maioria política estaria disposta a expor a perigo os direitos individuais das minorias, sob argumento de que a sucumbência destas na arena política não significa desconsideração e desrespeito a suas opiniões, mas que deflui da característica democrática a cristalização da vontade da maioria, vez que o dissenso é comum no debate de ideias e formação da vontade política e sempre o perdedor tenderia a imputar ato de tirania à maioria vencedora. Isto é, pauta-se na afirmação de que a discussão sobre direitos individuais acarretaria conflitos de ideias em qualquer processo de decisão e os juízes não ficariam de fora desta verdade, o que reflete, de qualquer forma, na aceção de que a suposta tirania legislativa não seja pior que a judicial. A solução encontrada situa-se, por assim dizer, no mecanismo de se assegurar pluralidade equitativa a todos os cidadãos no solo público, quer majorias ou minorias, de tal sorte que a igualdade na participação política redunde na única hipótese vinculativa da decisão alcançada democraticamente. Cf. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, Yale, p. 1346-1406, mar. 2006. passim.

Cass Sunstein,¹²¹ por outro lado, inadmite o *judicial review* e rompe com as formas ativistas, propondo a concepção do minimalismo da ação judicial ao trazer o entendimento de que às Cortes impõe-se a postura moderada, em especial no que concerne à tomada de decisões que perpassem pela leitura política e de ordem moral sobre temas controvertidos e fundamentais para a coletividade, em respeito aos demais Poderes.¹²² Nesse ponto de vista, o minimalismo da decisão pautar-se-ia pela submissão do caso a um juízo restrito e superficial adstrito à questão em análise, de forma a obstruir que o Tribunal firme regras passíveis de manejo para outras causas. Dessa maneira, denota-se um ataque frontal à teoria construtivista de Dworkin, à medida que impugna o projeto ambicioso de permissão do Judiciário para criar direitos como instituição melhor capacitada e apta a extrair a adequada interpretação da Constituição,¹²³ pois os juízes também erram igualmente como os membros dos demais Poderes, situação que poderia atrair perigo e abalo na estrutura democrática deliberativa.

De outra parte, a alternativa que se costuma apresentar busca o estabelecimento de diálogos institucionais entre os Poderes Judiciário e Legislativo

¹²¹ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 112.

¹²² “Cass Sunstein é o autor que conferiu às ideias de Bickel um contorno teórico mais refinado. Batizou sua teoria da revisão judicial de minimalismo: a prática de dizer não mais do que o necessário para justificar o resultado, e deixar o máximo possível não decidido. Essa teoria, em regra, evita o maximalismo: a atitude de decidir, em todo caso, tudo o que pode ser decidido. Ao contrário de Bickel, que investiga ‘as técnicas da não decisão’, Sunstein está interessado em explorar uma faceta mais produtiva das virtudes passivas. Bickel prioriza um exame da corte nos momentos em que ela ‘decide não decidir’. Sunstein prefere olhar para o momento em que a corte decide, mas decide pouco.” (MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 128).

¹²³ No contexto da atuação mais deferente da Corte, Sunstein dirige seus estudos, primordialmente, para os instantes em que o Tribunal, de fato, decide, mas decide pouco. Referido autor não se contenta com a utilização de instrumentos processuais discricionários, que possibilitem a inércia, pura e simples. Em um passo adiante, procura uma atitude resolutória por parte da Corte que, no entanto, será moderada utilizando-se de algo análogo a um *non liquet*. Não há, nessa perspectiva, tanta preocupação com a velocidade das transformações e com as concessões. O foco é o combate à decisão errada, ou mesmo à decisão certa que, no entanto, produza efeitos nocivos. Não há a defesa de uma teoria ideológica específica e a postura minimalista é técnica decisória, forma de autocontenção. Contrariamente às largas e abrangentes teorizações, pugna-se pelo exame das peculiaridades do caso concreto, recorre-se à analogia e atenta-se para os riscos das consequências dos veredictos. Por conseguinte, diminui-se o ônus das deliberações judiciais e, concomitantemente, os erros. Melhor dizendo, na perspectiva formal, a decisão deveria deixar pontos não decididos (deliberação estreita) e tencionar os acordos teóricos incompletos (deliberação rasa). Isto é, o juiz deve restringir os reflexos decorrentes de sua decisão e resolver unicamente o caso posto sob sua análise. É uma técnica de diminuição do desacordo. Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119-124; TAVARES, op. cit., p. 112-116; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 195.

na aferição da visão Constitucional, sob o fundamento de que a arena representativa seria o espaço público adequado à promoção dos valores substanciais insculpidos na Carta Constitucional.¹²⁴ Nesse sentido, como mais detidamente concluiremos, as teorias dos diálogos institucionais pretendem traçar uma rota intermediária para crescer o método de determinação e interpretação da Constituição, bem como minimizam a tensão entre democracia e constitucionalismo.¹²⁵ Múltiplas foram as originadas como subdivisões das teorias dialógicas, todas com o fito de incrementar

¹²⁴ De outra parte, Alexander Bickel buscou uma justificativa democrática para esse ativismo com gênese na década de 60, período de assunção, pela Suprema Corte norte-americana, de um papel ativista e condutor das transformações sociais (mormente em casos de segregação racial). Refletiu, igualmente, sobre a questão da sobrevivência de uma instituição contramajoritária diante de intensa pressão social. O autor, em posicionamento inovador face, principalmente, aos estudos tradicionais de ciência política que atacam os juízes, imputando-lhes caracteres políticos, defendeu a influência política nas Cortes. Todavia, Bickel não se prendeu a eventuais predileções ideológicas pelos juristas, valorizando, sim, a virtude da prudência. É com fulcro nessa qualidade que residiria o comportamento de “animal político”. Para o estudioso, em decisões políticas coexistem duas dimensões: a referente ao princípio e a condizente com a conveniência e oportunidade. Eis a relação entre os valores relevantes e duradouros, prestimosos à unidade da comunidade política e o efeito decisório concreto, em plano pragmático. É a tensão entre o factível e a moral irrenunciável. Consequentemente, haveria necessidade de balanceamento, de modo que o agente deveria ponderar os objetivos principiológicos com as possibilidades reais. Vale dizer, a mudança não deveria ser abrupta, mas gradual e reverente à estabilidade. Nesse panorama, a Corte – com suas habilidades institucionais e a possibilidade do exame em concreto – seria a protetora do princípio. Em outras palavras, a antítese da prudência é o princípio, de modo que, ao optar por não decidir, a Corte reverenciaria o tempo, a maturação do debate e privilegiaria o estímulo dos processos deliberativos na sociedade, em vez de opor, definitivamente, um juízo de princípio sobre a questão. Ademais, o Tribunal deveria buscar a persuasão e não a coação, encontrando a acomodação razoável dentre os polos expostos. Seguir-se, puramente, o fluxo contrário à opinião pública seria crasso ao Judiciário. Igualmente, uma rotineira intervenção principiológica ensejaria uma prática manipulativa da democracia. Quer-se dizer, a passividade poderia alocar, comodamente, as mudanças sociais, aceitando determinados desvios aos enunciados valorativos em prol de uma evolução estável. Uma Corte cidadã, didática e educativa, que ao evitar infligir seus decretos priorizaria o diálogo entre sociedade e poderes. Portanto, a decisão, nesse contexto, é exceção e a atividade legislativa (estimulada) é regra. Cf. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. nd. New Haven: Yale University Press, 1986. passim; WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, Yale, p. 1346-1406, mar. 2006. passim; MENDES, 2011, op. cit., p. 108-119.

¹²⁵ O Canadá, em 1982, inaugurou a previsão de cláusulas de barreira inseridas na Carta, o que permitia ao Legislativo operar a imunização de Leis perante o Judiciário de forma a obstar que este exercesse o *judicial review* dentro de determinado espaço temporal, qual seja, cinco anos. Essa postura incentivou a abertura de diálogo entre o Judiciário e o Legislativo, a respeito de assuntos de ordem constitucional e se prestou a apontar ao órgão de representação a necessidade de criação e modificação de normas jurídicas. A partir disso, a visão de confronto, produto de adversários, sucumbiu para a conduta de cooperação. Cf. SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010. 151 p; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. 351 p; CAMERON, Alex M. **Power without law: the Supreme Court of Canada, the Marshall decisions, and the failure of judicial activism**. Montreal: McGill-Queen’s University Press, 2009. 212 p.

métodos de aproximação institucional entre o Legislativo e o Judiciário.¹²⁶ Assentadas em diferente perspectiva, surgem as teorias da construção fundamentadas no entendimento de que a interpretação constitucional reclamaria um trabalho compartilhado pelos mais diversos órgãos de poder. Entre elas, acomodam-se as dos princípios jurídicos, da fusão de diálogos e de parceria.¹²⁷

O estudo ganha relevância ao se analisar a opção por uma Constituição voltada ao desenvolvimento social mediante utilização de interpretação recheada de valores e princípios que motivam a interferência recorrente da Corte Constitucional, mormente perante o hiato legislativo nas tratativas dos direitos fundamentais, essencialmente os prestacionais. O modelo da movimentação judicial nesse panorama, é certo, encontra consonância com o pensamento de Dworkin por permitir aos juízes uma leitura moral dos valores que melhor se ajustariam à comunidade. Remanesce, de outra parte, a crítica pela margem de arbitrariedade em vista da ausência de legitimidade representativa e do esvaziamento da atividade legislativa, bem como na incapacidade institucional em atender a todos os reclamos da comunidade.¹²⁸

¹²⁶ Por exemplo, a teoria do aconselhamento consistiria no envio de mensagens dos juízes ao Legislativo, desprovidas de vinculação, sobre interpretações acolhidas pela Corte no que tange à constitucionalidade de uma norma. Outra, focada no processo, reclama a intervenção judicial somente no controle de constitucionalidade, instante em que ao Judiciário seria reservada a função de incentivar o Legislativo a corrigir eventual afronta ao texto, mediante uma nova interpretação conforme a Constituição. Não obstante a grandeza da pretensão, haveria o reconhecimento de possível falência de tal sistema, vez que, por vezes, não há agenda política suficiente para a apontada modificação e, noutras, inexistente o mesmo quórum capaz de produzi-la ante a instabilidade representativa para lograr a correção desejada. Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 563.

¹²⁷ Enquanto a teoria do equilíbrio adota o Judiciário como um dos locais de discussão sobre temas constitucionais e se volta para uma solução do *judicial review*, a do princípio jurídico contempla a Corte Constitucional como instituição de valoração de princípios e concebe que caso incida em erro, poderá ser ele revisto na arena política; mas a crítica decorre da posição submissa do Legislativo, por gênese, representativo da vontade popular. Já a teoria da parceira aproveita a capacidade de cada um dos Poderes, Judiciário e Legislativo – este acostumado à criação a partir do espaço público, e aquele proeminente na interpretação dos princípios –, a juntos combinarem suas perspectivas no aprimoramento do texto, sendo essa cooperação mais resistente e aceitável perante a comunidade. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 199.

¹²⁸ Entretanto, é certo que o olhar positivo sobre o universo ativista é retratado pelo estímulo que ele acarreta ao diálogo institucional entre os Poderes, sendo chamada a esfera representativa a se pronunciar ou se manter silente, mas nem sempre lhe sendo possível a substituição da decisão por norma política, albergada pela legitimidade da arena. Destarte, o diálogo, mesmo que formal, permite por outro lado o aprimoramento das decisões pautadas na busca da efetividade dos direitos fundamentais.

CAPÍTULO 2 DA AUTOCONTENÇÃO AO PROTAGONISMO

2.1 Balizas críticas à postura ativista

A problematização do ativismo judicial lida, inequivocamente, com o conceito de Direito e, assim, mais uma vez enfrentamos dificuldades de definição se encararmos o ativismo a partir do afastamento, por parte da Corte, dos cânones aceitos de interpretação. Problemática, diga-se de passagem, gêmea da questão da jurisprudência vertical e horizontal. Ora, se há várias Cortes, cada uma com sua história, e se os padrões de hermenêutica jurídica são, afinal, padrões, no plural, e não apenas uma técnica ou teoria filosófica consagrada (o que, aliás, justifica que tais Cortes sejam colegiadas em busca de uma maior segurança para os casos em que apenas uma visão ideológica pudesse gerar perigo para a parte interessada), fica difícil sequer determinar quais seriam esses cânones hermenêuticos aceitos¹ – ou mesmo como tais postulados que podem e devem ser discordantes entre si podem ser considerados cientificamente como uma massa normogênica partilhada uniformemente pela comunidade de intérpretes com parâmetros únicos, assentados de forma unívoca.²

Contudo, essa Constituição, por certo, pode exigir uma postura padronizada – não como se fosse robotizada do juiz, mas sim de uma crítica e capacidade interpretativa dentro de padrões seguros para manter a norma jurídica. Basta pensar que o juiz ativista deva ir além dos limites delineados pela Constituição, tentando definir novas balizas,³ ou então interpretar os limites outrora aceitos de diferente forma. A questão passa a lidar, então, não com a interferência, e sim com o paradigma de atividade (ou de retenção e, por que não, de redenção) do juiz. Deste modo, uma postura ativa sobre quaisquer dessas questões não implica,

¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. O ativismo judicial. In: _____. (Org.). **Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 23.

² Ora, é ainda em Aristóteles que se difunde a ideia de que as Leis são feitas para a Constituição, e não que a Constituição que é feita para as Leis – ou seja, não haveria um dirigismo central anterior à confecção delas que determinaria sua hierarquia funcional. Cf. MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. p. 64.

³ SOWELL, Thomas. **Judicial activism reconsidered**. Stanford: Stanford University, 1989. passim.

necessariamente, combatividade em relação às outras, ao mesmo tempo em que possa representar posição restritiva e contenciosa em relação às demais. Vale dizer, um juiz favorável à autocontenção diante de um precedente proativo precisa, necessariamente, adotar uma postura proativa, sendo um agente que não tem representatividade para tal, voltando, assim, a decidir juridicamente a partir da “intenção original” do legislador. E é justamente para evitar que os Tribunais precisem assumir tal função (ou seja, um sobrepeso aos outros Poderes que se coloque como o próprio centro da questão)⁴ que é preciso uma ruptura teórica que possibilite a crítica do ativismo judicial.⁵ Nesse sentido também há de se notar que o Direito moderno europeu desenvolveu em forte escala uma Justiça Constitucional, ou seja, tornou-se como legítimo um sistema que possua uma Corte Constitucional (destinada precipuamente a discutir a própria constitucionalidade).⁶ Essa postura desmascara o dogma que trata a Lei como letra sagrada a partir da Revolução de 1789. Este postulado da sacralização da Lei como pura vontade do povo reduzira o Direito à Lei e a sua regularidade à legalidade.⁷

Em outras palavras, a inter-relação entre Direito e Política não permite, por si só, que os Tribunais se autorizem a uma postura permissiva ao ativismo judicial

⁴ Poderíamos, dessa maneira, discutir se o ativismo ou a autocontenção dos juízes se refere: a) à maioria popular, ou ao que a maior parte da população aceita (o que tornaria muitas decisões comuns juridicamente proativas, visto que a maior parte da população tem valores os quais não se concretizam ou se expressam dessa forma dentro da Constituição); b) à legislação que representa essa maioria popular; c) às decisões conformadas pelos juízes, mormente os da Suprema Corte – já garantindo um problema adicional para a definição de democracia com essa questão –, no sentido de que muitas podem ter sido estabelecidas em priscas eras, bem antes dos valores atuais de uma geração, embora ainda compartilhem a mesma jurisprudência e tradição de entendimento das questões do Direito; d) aos atos dos órgãos legislativos e administrativos vigentes ou anteriores (com basicamente as mesmas problemáticas do item anterior reiteradas); e) ao significado das palavras colocadas na Constituição; f) aos princípios ou intenções daqueles que escreveram a Constituição; g) aos precedentes legais das decisões anteriores da Corte que dependeram de reformulações interpretativas da Constituição. Cf. SOWELL, Thomas. **Judicial activism reconsidered**. Stanford: Stanford University, 1989. passim.

⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 35.

⁶ NEVES, Edson Alvisi. **Jurisdição Ativa no Estado Democrático**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 71.

⁷ É exatamente por essa razão que se pode compreender o medo que o ativismo judicial causa seja justamente desvirtuar a balança, com o juiz impondo suas preferências pessoais às suas decisões e ignorando a Carta Magna, bem como aquilo que foi democraticamente definido com respaldo na representatividade popular. Essa distinção é importante, mas ainda esconde perigos dentro de seu bojo.

como se já fosse justificada.⁸ Em todo o mundo se analisa o fenômeno da judicialização de maneira a buscar sua legitimidade, entretanto e obviamente que fora da Constituição, dado que não daria, de per si, direito a alguém dizer se respaldar na própria para ir além dela. É preciso notar, antes de tudo, que a legalidade se transformou, no fim das contas, como padrão da legitimidade,⁹ ou seja, o próprio sistema estabelece quem desempenhará o poder em nome da população. Tal é feito justamente para se evitar que um governo despótico possa se autodeterminar representante do povo, isso sem qualquer Lei editada pelo Legislativo bem representado para lhe conferir essa mesma legitimidade. Afinal, como diz Robert Dahl, “Qualquer um pode chamar de democracia qualquer governo – até mesmo um governo despótico. Isso acontece com frequência maior do que você imaginaria”.¹⁰ Ora, no Brasil a tradição de uma postura ativa do Judiciário já assentou suas bases. O Supremo a utiliza no sentido material¹¹ da realização da

⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 36.

⁹ Habermas procura justificações para a legitimidade do Direito e a resposta, segundo o autor, infere-se do embate entre a realidade concreta e o conjunto normativo a ela aplicado, apontando o *pluralismo* como característica comum às sociedades pós-convencionais (em que o fundamento legitimador da metafísica praticamente inexistente), bem como às diferentes formas de vida, de pensamento, de cultura. Isto é, zonas de convergência são extremamente reduzidas, não havendo mais certezas e as realidades da vida são discutidas publicamente, de forma que o Estado Democrático de Direito é exigido a estabelecer padrões de conduta neutros e imparciais, possibilitando uma “intersubjetividade compartilhada”, constituída pela identidade individual e social, panorama no qual, ao menos teoricamente, cada cidadão deve ter acesso aos canais de produção legislativa e judicial, gerando um significado político e jurídico generalizado. Em outras palavras, os discursos político e jurídico, em nossa realidade, devem atuar com vistas à preservação das diferentes formas de vida. A Constituição, segundo ele, é o lugar por excelência do pluralismo e todos cidadãos possuem um espectro de direitos e deveres e são membros da comunidade política. A integração social faz-se pelo processo democrático, permitindo a diversidade em uma cultura política compartilhada pelos cidadãos, de forma que a institucionalização é da vontade de todos. Em face desse pluralismo social e cultural, o Direito deve comportar as mais diversas concepções que informam a sociedade plural. O controle de constitucionalidade, como faceta do Estado, assume, assim, papel essencial na defesa das formas específicas de vida sem, no entanto, implicar a adoção de uma forma específica predeterminada. Protegem-se as minorias e o direito à diferença através da consideração e discussão de todos os interesses. Cf. BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010. passim; EDGAR, Andrew. **The Philosophy of Habermas**. Acumen: Durham, 2005. p. 102-137.

¹⁰ DAHL, Robert Alan apud MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. p. 59.

¹¹ A esse respeito, é de se registrar que o cotejo com a Constituição americana sempre se faz premente, visto que, além de historicamente ter permitido a iniciativa do ativismo judicial em sua jurisprudência, é também um padrão *ipse dixit* de Constituição já assentada há séculos, que permite um embate duro a respeito da intenção original dos legisladores. Seja qual for o lado escolhido, não é justificável abandonar pura e simplesmente a letra da Lei como critério de aplicação postulada da jurisdição – pelo contrário, a permissão é apenas de uma cega aceitação do produto entregue pelo legislador, tendo para isso como norte a aceitação – e, em termos mais ativistas, a *promoção* – dos direitos e garantias fundamentais, ainda submetidos à Lei maior.

vontade constitucional, abrindo, então, espaço para a discussão possível sobre qual a representação efetiva da vontade expressa pelo legislador.¹²

Ressalte-se que a Constituição ainda é uma Lei, a de hierarquia superior que irá determinar a dialética das outras entre si. Todavia, há de se entender que, não importando qual o sistema adotado, nem a doutrina filosófica escolhida para pautar o ordenamento *à la magister dixit*, temos que nem toda Lei ou ordenamento será permanentemente justo; valendo o mesmo para as decisões judiciais.¹³ Para tal, é preciso ter uma referência padronizada exterior à Lei. Reconhece-se, por assim dizer, como ativista um jurista que tenha delimitações e se baseie em princípios extrínsecos à própria Constituição.¹⁴ O problema, portanto, é compreender que tais decisões possam, afinal, ir contra a vontade popular, violando seus diversos sentidos e manifestações – ou mesmo sua própria representatividade.

Por isso, ainda é desconhecido um sistema jurídico capaz de articular o conteúdo interno das Leis com sua cultura externa que prescindia das normas jurídicas. Com efeito, o *normativismo* ainda mantém primazia como padrão dominante pois, dada a conjuntura democrática e a precedência dos direitos fundamentais como valores político-jurídicos permanentes, não se pode abandonar a norma para a resolução dos problemas jurígenos. E também é a norma jurídica,

¹² NEVES, Edson Alvisi. Jurisdição Ativa no Estado Democrático. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 71. Não é demais refletir que a expansão do Judiciário e o conseqüente processo de judicialização da política não restariam consolidados caso não houvesse a conjuntura dos fatores políticos, institucionais e interpretativos favoráveis a esse quadro. Além da efetiva “entrega” das questões políticas ao Judiciário, este deve, igualmente, sentir-se apto e idôneo a invalidar a escolha do legislador, ou ditar-lhe o comportamento; caso contrário não haveria relevância prática para a análise da questão. Vale dizer, o movimento neoconstitucionalista resta incutido no convencimento intelectual de nossos juizes e, por óbvio, do Supremo Tribunal Federal. Assim, gradual o distanciamento de nossa Corte do paradigma no “legislador negativo”, dos juizes puramente lógico-formais, dos argumentos estritamente jurídicos, entre outros. Ao contrário, percebe-se forte alinhamento de nosso Tribunal à aplicação direta de princípios constitucionais, ao emprego de mecanismos mais fluidos que a subsunção (razoabilidade, ponderação) e à argumentação de cunho político, filosófico e moral. Há, deste modo, um progressivo distanciamento da atenção a interpretações que provenham de órgãos não pertencentes ao Judiciário. Isto é, um avanço “juriscêntrico” sobre as matérias de cunho tipicamente legislativo, tudo isso correlato à pouca cultura por parte do Tribunal de seguimento de seus próprios precedentes, sendo o fenômeno mais curioso de toda essa constatação a utilização em seus decisórios de fundamentação pertinente mais ao debate no âmbito do Legislativo do que no jurisdicional.

¹³ MARMELESTEIN, George. O ativismo dos juizes na perspectiva da filosofia moral. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 16.

¹⁴ SOWELL, Thomas. **Judicial activism reconsidered**. Stanford: Stanford University, 1989. passim.

não exatamente escrita na Constituição, que pode fornecer robusto substrato para a ligação entre a jurídica e norma ética.¹⁵ Colocado dessa forma, o ativismo judicial refletirá, dentre outras facetas, uma maneira de controle de constitucionalidade modelador de regras. Essa distinção é que se faz entre o “Direito do cotidiano” (*Law in action*) e o “Direito estatal” (*Law in books*), sendo o segundo necessária e incrivelmente menos vasto e incapaz de gerar comportamentos sociais previsíveis – o que coloca, imediatamente, em xeque a avaliação sobre o caráter pretensamente pedagógico destes decisórios.¹⁶

Todavia, aqui surge um forte enfrentamento, quando a norma jurídica não está assentada firmemente em um discurso convincente. Isso abre espaço para que normas sociais possam ser reproduzidas à margem do Direito, dado que, em certa medida, assenta-se no comportamento humano, mas se afasta da norma ética. É o que satisfaz as condições para que não seja considerado legítimo, visto que não há norma ética socialmente aceita pela comunidade. Tal tipo de “Direito antiético” não se coaduna nem mesmo quando imposto por uma autoridade estatal – o que implica dificuldades até do ponto de vista multicultural. Mas claro que tal arranjo permite o maior percentual de manobra, qual seja, o comportamento ético dentro de ordens jurígenas não estatais que estejam de acordo com as normas éticas e sejam consensualmente aceitos por todas as partes no processo decisório. Assim, pode-se concluir que sendo o Direito entendido como sistematização de um comportamento previsto ou almejado, portanto, também é dependente da norma ética anterior. Vale dizer, o correto preexistiria aos decretos que, nesse aspecto, também deveriam se assemelhar ao Poder Judiciário, apenas dando materialidade e substância à norma ética e social.¹⁷

O que juristas favoráveis ao ativismo judicial geralmente digressionam é que juízes com postura mais restrita, ou seja, circunscritos aos termos claros do texto

¹⁵ MARMELSTEIN, George. O ativismo dos juízes na perspectiva da filosofia moral. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 17. Nesse ponto, a Ética tem um papel muito maior do que a Lei ou o Direito em si. Obviamente, a maioria sequer conhece as Leis e normas jurídicas sob o jugo das quais vive, mas nem por isso praticam atos de agressão a seus pares porque, quase por instinto, conhecem as normas éticas – que também são normas sociais. Assim, fica claro que o fundamento para a conduta também está pautado na norma ética, restando à jurídica, secundariamente, e após fria análise do ator social perante as possíveis consequências jurídicas de seus atos, o que pouco ou nada pode ter de relação com a Ética.

¹⁶ *Ibid.*, p. 18.

¹⁷ *Ibid.*, p. 19.

legal podem, por outro lado, ser ativos, ainda sem o perceber, contra indivíduos, grupos, instituições e políticas quando diante de fatos objetivos que estejam além do alcance do que foi pensado pelo legislador.¹⁸ Basta refletir, por exemplo, que a Constituição de 1988 incluiu logo no começo de seu texto uma singularidade, que é o objetivo de consolidar mudanças sociais.¹⁹ Desta feita, essa Constituição busca trilhar novos rumos, estando voltada à efetivação dos escopos constitucionais, tanto que a consolidada acepção de dirigente relaciona-se à disposição de guinada da realidade pelo Direito. Entretanto, diga-se de passagem, o termo “Constituição dirigente”²⁰ já passa a ser utilizado com o aparente desapontamento para descrever

¹⁸ SOWELL, Thomas. **Judicial activism reconsidered**. Stanford: Stanford University, 1989. passim.

¹⁹ Até 1988, preponderava a análise da compatibilidade entre norma infraconstitucional e constitucional por um viés estritamente formal (competência e procedimento). Em outras palavras, aferir-se a constitucionalidade através de parâmetros imprecisos (princípios) ou por juízos fáticos (ponderação) era tida por prática ilegítima e atentatória à separação dos Poderes. Enunciados de direitos em sede constitucional eram classificados como normas diretivas, dado que suas concretizações ficariam ao alvedrio do Executivo. Limitava-se, assim, a atividade de interpretação a um silogismo (subsunção), decorrendo-se, dessa maneira, a versada neutralidade incondicional do juiz e a completude da ordem jurídica. É certo, portanto, que a lógica formal da subsunção imperava frente à ponderação e análise principiológica, tanto que antes de 1988 o Brasil era marcado por uma espécie de “minimalismo constitucional”, ou seja, havia limitação da jurisdição constitucional a um juízo técnico de compatibilidade entre Lei e regra geral. Na prática, persistia a supremacia da Lei e não da Constituição, sendo os Códigos sistemas normativos completos e fechados. No entanto, a partir do processo de transição democrática, o constitucionalismo brasileiro ganhou contornos relevantes para o plano da eficácia, atentando-se para a afinidade entre realidade fática e normativa. A partir de então, pode-se falar até numa espécie de “positivismo constitucional”, pois as normas constitucionais são também jurígenas e gozam de imperatividade. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 89; TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 37.

²⁰ “Para a Teoria da Constituição Dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a Constituição Dirigente é uma Constituição estatal e social. No fundo, a concepção de Constituição Dirigente para Canotilho está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito. O sentido, o objetivo da Constituição Dirigente é o de dar força e substrato jurídico para a mudança social. A Constituição Dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade. Essa visão, talvez, cause a principal falha, ao nosso ver, da Teoria da Constituição Dirigente: ela é uma Teoria da Constituição centrada em si mesma. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria ‘auto-suficiente’ da Constituição. Ou seja, pensa-se numa Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, dessa forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Conseqüentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política. E é justamente por meio da política e do Estado que a Constituição vai ser concretizada. Será essa maneira totalizante (e, paradoxalmente, excludente) de compreender a Teoria da Constituição, sem política e sem Estado, ao lado do poder crescente dos tribunais constitucionais, que vai favorecer, na expressão de Boaventura de Sousa Santos, a manutenção da ‘Constituição sem Estado’.” (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. **Lua Nova**, São Paulo, v. 1, n. 61, p. 5-24. 2004, p. 12).

a experiência que levou Canotilho a rever sua tese,²¹ de modo que podemos, então, perceber que não se trata,²² necessariamente – correlacionando essa figura constitucional ao ativismo – de uma postura individual e pontual que entra em questão, mas sim em qual base se assenta essa postura (ou seja, qual a norma ética, extrajurídica e extrínseca por natureza).²³ Ou, colocando em termos simples, saber se o juiz está agindo de acordo com os limites que enxerga para tal atividade ou tentando ir além desses postulados reconhecidos.²⁴

Quando se lança mão da expressão “ativismo”, a primeira forma de postura que nos vem à mente é a proativa. Porém, não apenas esse senso comum é o que deve circunscrever a análise do que seja e quais os reflexos do ativismo judicial. Afinal, omissão e ação nem sempre são antônimos. Nesse sentido, urge compreender a distinção entre a) tentativas de decidir casos com base em critérios

²¹ “A Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, pois define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população.” (BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 1, n. 142, p. 35-51, abr./jun. de 1999. p. 35).

²² Vale dizer, as construções teóricas a respeito de Constituições Dirigentes apresentam-se com ares de autossuficiência, logrando a concretização da Constituição como atividade puramente jurídica. Nesse contexto, o Judiciário ascende a um papel destacado na concretização dos valores e direitos constitucionais, podendo-se falar numa espécie de “positivismo de combate”. Houve - mediante esse constitucionalismo de efetividade - um avanço civilizatório, mas essa redução constitucional a uma norma jurídica sem a consideração de sua dimensão política resulta, certamente, em equívoco. E tal postura de colonização da política pelo Direito desconsidera o papel fundamental da própria política, a despeito de, mais recentemente, após o primeiro impulso a um pendor judicialista propugnado também pela formulação teórica do dirigismo constitucional, haver com mais intensidade a adesão por nossa cultura jurídica dos ideais pós-positivistas. Alterou-se, por assim dizer, o enfoque e, em vez da primordial busca da efetividade dos enunciados, primou-se pela argumentação moral, calcada em valores. Tal é o contexto do neoconstitucionalismo, de forma que, a despeito dos inúmeros trabalhos e correntes, há pontos de confluência relacionados a esse movimento. Leia-se, restou firmada a possibilidade de aplicação de princípios constitucionais abertos pelos juízes e houve uma crescente argumentação acerca da teoria dos princípios (principalmente por Robert Alexy), mas pouca atenção, destaca-se, aos métodos para a limitação desse poder judicial crescente. Quer-se dizer, as embrionárias tentativas de limitação teórica a esse engrandecimento da discricionariedade judicial são dotadas de caráter juriscêntrico (como se o poder de autodeterminação de seus limites também fosse jurisdicional). Em últimas instância, com o nominado neoconstitucionalismo, persistiu uma espécie de positivismo jurisprudencial em que o verdadeiro Poder Constituinte aparenta ser o Poder Judiciário. No fim das contas, apresentaram-se, portanto, as condições interpretativas favoráveis à expansão do Poder Judiciário. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. passim; TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 42; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. passim.

²³ SOWELL, Thomas. **Judicial activism reconsidered**. Stanford: Stanford University, 1989. passim.

²⁴ Cf. AFONSO, Orlando Viegas Martins. **Poder Judicial**: independência in dependência. Coimbra: Almedina, 2004. 218 p.

intrínsecos definidos nem sempre com muita clareza pelo texto constitucional, por mais difícil que se possa conseguir notar a diferença dessa atividade diante de princípios gerais e objetivos constitucionais pouco claros que norteiam Leis hierarquicamente inferiores;²⁵ e b) tentativas de uso de normas extrínsecas, tratadas durante o julgamento como de valor igual ou mesmo maior do que o próprio texto constitucional. Assim, pode-se partir para o problema de que, no fim das contas, o Direito também é um instrumento de política e, sendo um mecanismo de poder, dever-se-ia atentar para o fato de que uma das funções da política é justamente a conquista do poder. Ou, em outras palavras, a grande diferença, no que respeita ao denominado ativismo, corresponde à posição em que o juiz se coloca na condução do poder que lhe foi investido. O substantivo “ativismo” serve de destaque às diferentes formas de alinhamento enxertadas nos decisórios, todas elas em contraposição não apenas à conduta de equidistância ou neutralidade do juiz, diga-se de passagem, mas muito mais aos limites da atividade jurisdicional.²⁶

Desta feita, podemos visualizar uma faceta do ativismo não necessariamente como um ataque, mas uma postura que trata o Poder Judiciário como centro, e não como Poder contraposto para balancear a atividade democrática.²⁷ Nesse sentido é que, em vez de pensar no Direito como objeto autônomo, enxerga-se justamente como um instrumento para alcançar fins sociais, políticos, econômicos etc., o que torna o papel do juiz muito mais amplo, sendo também promotor de políticas públicas²⁸ e mais uma engrenagem em um grande sistema proposto para a consecução de tais objetivos. Desta feita, o Direito passaria a ser também *instrumento e função*, e não apenas entidade autônoma.²⁹

²⁵ SOWELL, Thomas. **Judicial activism reconsidered**. Stanford: Stanford University, 1989. passim.

²⁶ Cf. MARTINS, José Renato Silva. **O dogma da neutralidade judicial**: sua contextualização no Estado brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 185 p.

²⁷ Vale, então, lembrar que mesmo Kelsen, radical defensor de uma ciência jurídica “purificada” da política, reconhecia que o Direito sequer poderia ser da política desagregado, pois seria crucial instrumento dela, embora ressalvasse que a ciência do Direito pudera e devesse ser apartada. Cf. CORTÊS, António Ulisses. **Jurisprudência dos princípios**: ensaios sobre os fundamentos da decisão jurisdicional. Lisboa: Universidade Católica, 2010. 397 p.

²⁸ Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. O ativismo judicial. In: _____. (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 33-40.

²⁹ MARMELESTEIN, George. O ativismo dos juízes na perspectiva da filosofia moral. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 19. Cf. DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy, 2002. 282 p.

No entanto, é nesse ponto de imbricação que se deve entender que o Direito deve sua própria existência a uma ética anterior, e que apenas tal ética permite a segurança e a justiça – o que costuma ser confundido com os direitos fundamentais, embora sua mera exposição em forma de Lei não dê conta do manancial confuso de possibilidades de complicações da realidade, as quais acabam por sempre exigir do juiz uma postura de risco, abarrotada de perdas e conflitos de escolhas obrigatórios. Ora, é preciso que um conceito não se desvincule do outro – o que não é possível apenas expressando uma lista de direitos fundamentais sem definição clara.

2.2 Da perspectiva jurídica à política

O conceito de Estado de Direito parece assentado no apanágio de um fato consumado, tendo-se em conta que isso se dá justamente pela força histórica com que surgiu. Isto é, pensa-se no Estado de Direito como algo quase natural de tão defendido pela sociedade que vive sob seu jugo. O instrumento de crítica em relação às bases da Filosofia Política e da Teoria do Estado, sobretudo do Estado de Direito que dá solidez à questão do ativismo judicial precisa de um alicerce histórico para ser compreendido. O Estado de Direito, por assim dizer, está umbilicalmente ligado à ideia do constitucionalismo moderno.³⁰ Porém, é na Revolução Inglesa que surgiu o fato propulsor das Constituições, pautando, principalmente, o modelo europeu e norte-americano.

Essa ideia associa de maneira inquebrável o conceito de Constituição ao de governo (ou seja, é impossível, ou ilegal e ilegítimo, qualquer ato de governo que vá além do que determina e permite a Constituição, mesmo que não escrita).³¹ Mas depois da Revolução Inglesa, o evento que mais contribuiu para uma mudança geral da concepção do Estado de Direito foi, definitivamente, a Francesa. Conseguiu-se

³⁰ COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 48.

³¹ O conceito de Estado de Direito surge porque substituiu um Estado anterior, a saber, aquele em que o rei tem o poder incontestado e central até então. Este Estado, ou estado de coisas, é que passou a ser questionado e, por conseguinte, respaldado não num poder supraterrâneo ou de sangue, mas nas Leis. Com essas mudanças surgiram a estruturação das divisões entre os Poderes e princípio da legalidade, ponto nevrálgico para o que viria a se tornar o ativismo judicial séculos depois, sob o fundamento (nem sempre acurado) de defesa dos direitos fundamentais. *Ibid.*, p. 49.

realizar o que não foi alvo da Revolução Gloriosa: tornou os direitos e garantias fundamentais universais. É, aliás, seu grande legado.³² A mudança consegue ficar ainda mais chocante usando-se termos pouco usuais para declará-la. Se depois das duas Revoluções vivemos no império do Estado de Direito, o que foi rompido foi o Estado de Política. Se antes quem preponderava era o “governo”, ou seja, os governantes e suas manobras para definir quem conseguiria poder; é depois das Revoluções que quem passa a ter preponderância, em certa medida, é o Direito, ou seja, a Lei e a definição dos litígios pelos Tribunais.³³

O ativismo judicial surge, então, no momento em que as Cortes precisaram definir suas decisões por critérios que não estivessem exclusivamente nas Leis. Sucinta que a Constituição norte-americana é, não surpreende que por lá se tenham dadas as primeiras análises do fenômeno em todos os seus detalhes.³⁴ O ativismo nasce, desta feita, com uma matiz conservadora, embora tenha sido posteriormente reconhecido muito mais por atuações proativas e nominadas progressistas.³⁵ Todavia, também é preciso notar um fator aparentemente óbvio, ainda que escondido pelos defensores da postura proativa do Judiciário, qual seja, na prática,³⁶ o jaez da posição aclamada ativista acaba, por assim dizer e, por si só, como uma justificativa de implementação de medidas, de modo que o sustentáculo de qualquer crítica feita nada mais seria do que a desconstrução de uma corrente de condutas travestidas de pretensa legitimação. É oposto a uma Constituição com supremacia, em que todos precisariam mostrar sua carga de respeito, até mesmo aqueles que

³² COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 50.

³³ Cf. DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional**: aspectos críticos do exercício frequente da atribuição reformadora. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 33-68.

³⁴ Sem transbordar de outras definições já transcritas, mas com distintas nuances, afirma-se que então que “[...] o ativismo judicial é uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação dos valores constitucionalmente estabelecidos, ou seja, uma maior atuação do Judiciário em um espaço que, em um primeiro momento, está reservado a outros poderes.” (COSTA, op. cit., p. 52).

³⁵ Assim, não é demais registrar que vemos o ativismo judicial se diferenciar em correntes como a do “direito achado na rua” (expressão cunhada por Roberto Lyra Filho), por se escorar na concretização de objetivos fundamentais já predeterminados pelo texto constitucional através dos princípios que a própria Carta Maior determina como sua égide. Ou seja, refere-se a uma atuação do Judiciário em ações que geralmente são tomadas por outros Poderes. Já as tendências de criação de direitos *ad hoc* para fins sociais do direito achado na rua e afins são sempre definidas por uma postura de viés esquerdista, em que os direitos são definidos por objetivos políticos específicos de uma agenda partidária.

³⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 37.

exercem os poderes.³⁷ É essa interpretação que é limada pelo constitucionalismo: os aplicadores não podem se outorgar o direito de atribuir à Constituição um significado arbitrário, oposto aos enunciados linguísticos utilizados para as disposições constitucionais, sem antes penetrar a fundo e com rigor investigativo no conteúdo semântico, sob auspícios do que foi dito pelo legislador constitucional. Essa atividade de sujeito cognoscente promoveria uma ruptura bruta com o objeto cognoscível, o que teria como conclusão, da maneira mais explicitamente paradoxal, negar a própria Constituição.³⁸

É um medo inquietante, pois ao impor preferências pessoais às suas decisões, o juiz pode muito bem acabar por negar o próprio sentido da Lei como um corpo de normas de condutas gerais.³⁹ Desde meados do século XX, afinal, que a expressão ativismo judicial é usada com a intenção de atacar a postura dos magistrados que intervêm, com critérios elásticos, em questões polêmicas as quais mereciam ser resolvidas pelos Poderes eleitos.⁴⁰ Na prática, ao menos, tanto os apoiadores do ativismo quanto seus críticos concordam que essa situação é problemática, tendo como diferença apenas que seus defensores negam que isso ocorra, enquanto seus críticos apontam para os riscos dessa contingência.⁴¹

Por outro lado, também se tentou encarar o ativismo como uma proposta de, justamente, aplicar-se o texto constitucional, ou seus princípios gerais, os quais não estariam sendo devidamente atingidos. É como se insurgisse uma obrigação constitucional.⁴² De outra maneira, há que se entender que o foco da problemática inevitavelmente recai sobre a possibilidade de abertura para a discricionariedade judicial, o que, na prática, significa ignorar a Constituição. Diante desses fatos, claro que o maior perigo não apenas para a democracia, mas para a própria ideia de Estado de Direito recai na abertura à discricionariedade do ato jurisdicional.⁴³ Ora,

³⁷ COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 54.

³⁸ *Ibid.*, p. 55. Cf. APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006. 175 p.

³⁹ SOWELL, Thomas. **Judicial activism reconsidered**. Stanford: Stanford University, 1989. p. 4.

⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. passim.

⁴¹ SOWELL, loc. cit.

⁴² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 41.

⁴³ Cf. LEITE, Luciano Ferreira. **Interpretação e discricionariedade**. São Paulo: RCS, 2006. 171 p.

ignorando-se a Constituição, regride-se ao anterior Estado de Polícia, que não se escora – como o Estado de Direito – na Constituição e nas Leis. Tal forma de fazer político partindo dos Tribunais gera também uma sorte de problemas que merece destaque diante de uma perspectiva democrática. O controle de Constitucionalidade banalizado em si, ainda que não seja uma tendência completa como a judicialização ou tribunalização da política, permite erros em decisões que não seriam considerados apenas de juízes específicos, *in procedendo* ou *in judicando*, mas do próprio sistema democrático.⁴⁴ Claro que podem ser pontuais e não uma tendência geral, mas essa onda de atuação já se percebe em nível global. Podemos aprofundar a questão, com o apoio de Bárbara Lou Dias, nos seguintes elementos:

a) o exercício pelo Poder Judiciário de atribuições que não são tipicamente suas; b) independência do Poder Judiciário a ponto de agir contra os outros poderes; c) as decisões judiciais que passam a ter também força normativa, antes exclusividade do legislador; d) a abertura hermenêutica do direito que invalida o argumento de que os juízes são neutros, imparciais e, portanto, mecânicos aplicadores da lei; e) a apreciação das “questões políticas” pelo Poder Judiciário; f) a judicialização de conflitos sociais (isto é, a apreciação pelo Poder Judiciário de lides sobre interesses coletivos, difusos e individuais massificados); g) o efeito normativo das decisões judiciais; e h) a posição dos tribunais constitucionais como controladores dos atos de outros poderes.⁴⁵

Ora, há de se entender que a judicialização da política precisou trazer algo de conceitualmente novo para merecer destaque apreciativo, não podendo significar apenas o controle político pelo Judiciário, ainda que tais controles tenham ganhado um grau de complexidade muito maior com o advento, durante o *Welfare State*, das Constituições repletas de metas sociais impostas ao legislador. O que tal novo cenário gerou foi uma espécie de agenda em que ao chefe do Executivo se outorgou

⁴⁴ Pretender anular leis que suscitem divergentes interpretações da Constituição – ou sejam objeto de desacordos razoáveis – através do controle concentrado, com caráter vinculante e definitivo, acarreta, evidentemente, a judicialização da política. A sobreposição ao discurso legislativo de justificação pelo discurso do judiciário, resta inevitável, já que, em face da inexistência do fato concreto e de novas razões a serem discutidas, o discurso judicial termina por desenvolver os mesmos argumentos controversos do processo político-legislativo. O discurso judicial, assim, passa a ser desenrolado com feições de discurso de fundamentação legislativa implícita, o que lhe é vedado no arranjo da divisão discursiva de poderes. Porém, deve se evitar a banalização do controle concentrado, pois traz consigo o desprestígio do processo político de formação da vontade política. Inclusive, no julgamento da ADI 2.797-2/DF, o Supremo terminou por afirmar que até o Legislativo vincula-se aos seus dizeres, pois a sua interpretação seria equiparada à autêntica, de forma que modificá-la acarretaria usurpação de sua competência de guardião último da Carta. Ainda que tal posicionamento não seja uníssono, denota, com certeza, falta de cultura democrática por parte de nosso Tribunal.

⁴⁵ DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso. Behemoth ou Leviatã: quem deve ter poder para tomar decisões. In: _____; DARWICH, Ana (Coord.). **Direito e democracia**: estudos sobre o ativismo judicial. São Paulo: Método, 2011. p. 18.

papéis muito mais concentradores,⁴⁶ aumentando o poder de determinado partido político e suas políticas de alcance social tendo, por outro lado, criado um ambiente mais propício para a instituição duma certa atribuição de controle aos órgãos judiciários, o que caracterizou tanto a crítica do Legislativo aqui percebida quanto também o alcance do Judiciário vir a ter a luz jogada sobre si, tornando-se protagonista de tantas políticas e debates acalorados, relegando ao Legislativo menor confiança popular.⁴⁷

Com efeito, diante desse fenômeno, uma postura proativa é considerada a própria solução para os problemas sociais (muitos deles criados pelo esvaziamento das Leis), ou ao menos como uma etapa necessária ou indispensável na consecução de objetivos político-sociais.⁴⁸ Na verdade, o Estado-providência tem limites intrínsecos, dentro dos quais sofreu diversas modalidades de fracasso regulatório. Confundindo Direito e sociedade, a Lei se torna ineficiente (e, a bem da verdade, a própria noção de Estado inchado e ultrarregulador gera a confusão de seus limites), ameaçando a produção, que fica ainda mais dependente do Estado – ou seja, de um Estado que tenta imiscuir-se à própria ideia de sociedade,⁴⁹ com a desintegração do sistema jurídico pela hipersocialização do Direito – o que não deixa de ser conclusão e corolário inescapável dos fatores anteriores.

⁴⁶ Acerca da nossa realidade, é necessário pontuar que o panorama pós-88 está inserido em um movimento de redemocratização do país, sendo a Constituição Federal o principal marco jurídico desse processo. Assim, a positivação de um Estado Democrático com viés moderno contribuiu para um avanço significativo na consolidação da democracia, da separação dos poderes e dos direitos fundamentais. Nesse contexto, os mecanismos institucionalizados foram aptos a solucionar os conflitos surgidos no seio de nossa convivência democrática sem a necessidade de apelo a recursos extraconstitucionais. Deste nodo, relativamente à arquitetura institucional proposta pela Magna Carta, destaca-se não só o regime presidencialista, mas o sistema eleitoral proporcional com lista aberta para o Legislativo das três esferas (afora o sistema majoritário aplicado aos senadores). Porém, os mencionados instrumentos direcionam o poder político a uma fragmentação. Leia-se, a clara divisão de competências entre Legislativo e Executivo, a postura individualista dos legisladores, que captam seus votos em intercâmbio direto com o eleitor (listas abertas) - em detrimento de um vínculo estritamente ideológico de suas candidaturas - e o pluripartidarismo (oxigenado pelo federalismo, dada a necessidade de composição de maiorias nas três esferas), implementam, é certo, um contexto de conflitos institucionais. De mais a mais, em adaptação a essa conjuntura dialética, o Brasil se trilhou por um presidencialismo de coalizão, com práticas de confecção de alianças e bases aliadas e contínua deferência de atribuições ao Executivo.

⁴⁷ DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso. Behemoth ou Leviatã: quem deve ter poder para tomar decisões. In: _____; DARWICH, Ana (Coord.). **Direito e democracia: estudos sobre o ativismo judicial**. São Paulo: Método, 2011. p. 19. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. passim.

⁴⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 26.

⁴⁹ Cf. BARROS, José Manoel de Aguiar. **O partido dos justos: a politização da justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

Essa hipertrofia legislativa não deixa de ser reflexo do próprio conceito de Estado gestor, com uma sociedade fragmentada e lutando por direitos específicos de um grupo, e não mais dela como um todo. Dessa forma, os atores sociais não mais são agentes desinteressados frente ao Direito, mas, sim, concorrentes em um espaço de soma zero (espaço que, dado a um, é perdido por outro), buscando uma proteção jurídica específica cada um para seus interesses materiais.⁵⁰ Além da crítica ao Estado de bem estar social que daí decorre, há de se entender que esse arranjo institucional minou de dentro, e obrigatoriamente, a supremacia constitucional sobre o Legislativo, bem como da primazia de interpretação que a Corte faz sobre a Constituição. Foram valores substantivos colocados no texto que redefiniram conceitos sobre a tomada de decisões pelo processo democrático, o que traz um novo papel proativo – mas também confuso – para a Suprema Corte.⁵¹

Vale dizer, há uma nova complicação, pois como determinar que esse amontoado de decisões políticas que têm a constitucionalidade, ou valores constitucionais consagrados, cheguem à Corte sem o embate entre a autoridade dos juízes e a de legisladores eleitos democraticamente?⁵² Com esse arranjo, por mais chocante que seja, é necessário duvidar com bastante ênfase da disposição assim preposta só pelas boas intenções de ter “objetivos sociais” determinados, afiançados e perseguidos pelo Estado, uma entidade que age por obrigação ao invés de convencimento. Entenda-se, o controle de constitucionalidade não é nem poderia ser um desdobramento obrigatório, necessário e inapelável da própria ideia central de constitucionalismo, ideia assim pensada por ter sido, historicamente, planejada

⁵⁰ Cf. MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais: a dimensão política da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais**. São Paulo: LTr, 2013. 168 p.

⁵¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 44.

⁵² Mark Tushnet, lastreado por influxos radicalmente democráticos, chegou a sugerir extinguir o controle de constitucionalidade norte-americano por meio de emenda. Dentre os críticos a esse posicionamento extremo está Waldron, que vislumbra o que se tem denominado de “controle constitucional fraco”. Seria o meio-termo entre o mundo da supremacia judicial e o da extirpação do controle de constitucionalidade. O problema com o controle judicial forte (*strong-form judicial review*), predominante no Brasil e nos Estados Unidos, consiste na incapacidade desse modelo satisfazer as condições de extenso e aberto diálogo sobre o significado da Constituição. Nesse sentido e em contraposição ao caráter vinculante e irreversível da interpretação constitucional, o controle judicial fraco trabalha em favor da democracia, do não monopólio da Constituição ou sua “doação” a algum órgão, resgatando o papel do Legislativo na interpretação constitucional, o que, de certa forma, significa o resgate da interpretação pelos próprios cidadãos. Cf. TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Oxford: Princeton University Press, 2003. passim; WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, Yale, p. 1346-1406, mar. 2006. passim.

para ser encarada por uma geração futura de pensadores. Tampouco se deve pensar em conflitos de autoridade diante do mesmo texto constitucional, por se presumir a qualidade dos juízes dados os seus cargos técnicos sobre o legislador democraticamente eleito. Afinal, por que supor que em conflitos deste jaez a autoridade última deva caber irrestritamente aos juízes?⁵³ Na realidade, é costume se pensar isso apenas pela confusão mais básica feita a partir da separação dos Poderes: os juízes não necessariamente decidem melhor, mas certamente decidem por último, assim como também não são escolhidos por mera tecnicidade, sem correlação nenhuma com a política vigente e com os políticos que fazem parte de uma corrente partidária muito maior do que suas personalidades, além dos cambiantes valores culturais de curto prazo que direcionam eleições e demais humores do eleitorado.

Ora, a despeito das cláusulas pétreas da Constituição de 1988, as paixões e impulsos mais básicos podem determinar toda uma gama de cargos públicos considerados técnicos (como ministros de Estado sendo forçados a renunciar sem apoio popular, que acabam atingindo o Executivo e, a depender do tempo de crise frente à população, também o Legislativo), como influem decisões cada vez mais políticas em que o Judiciário passa a ser protagonista, incluindo as perigosas que exigem a formação de “supermaiorias”.⁵⁴ Em verdade, o Brasil não age sozinho e desassociado de qualquer contexto histórico (ainda mais na América Latina, que passou um século inteiro premida por ditaduras militares, muitas a um só tempo). Nesse sentido, como o Legislativo é o Poder considerado apagado (ou, ao menos, de popularidade e confiança seriamente abaladas),⁵⁵ chega-se a uma importante constatação de crise muito mais séria: ora, não há questão pública relevante que não envolva alguma alteração na Constituição – e, justamente, o Legislativo é o menos identificado pela própria população que o elege como representativo de seus interesses. Nesse aspecto, parece em certa medida que o povo prefira a tutela não de uma autoridade eleita, mas de juízes que chancem as decisões da maioria; e,

⁵³ DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso. Behemoth ou Leviatã: quem deve ter poder para tomar decisões. In: _____; DARWICH, Ana (Coord.). **Direito e democracia**: estudos sobre o ativismo judicial. São Paulo: Método, 2011. p. 26.

⁵⁴ Ibid., p. 27.

⁵⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 37. Cf. LIMA, Fernando Machado da Silva. **Jurisdição constitucional e controle do poder**: é efetiva a Constituição brasileira? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. 296 p.

por outro lado, que esses mesmos juízes façam parte de uma corrente partidária franca com respaldo no que pensa e sente a maior parte da população, cada vez mais informada das manifestações do Judiciário.⁵⁶

2.3 A teoria da crítica e a crítica da prática

De tudo o até agora exposto, fica claro que há muita teoria de ambos os lados do fenômeno do ativismo, tanto para defendê-lo quanto para criticá-lo. Ora, uma teoria adequada deve partir também da realidade e não apenas de outras formulações sem que se analise o seu resultado factual em atuação. Disso podemos deduzir que é necessário demonstrar se os fundamentos propostos para a prática do ativismo judicial (da crise do Legislativo até aos danos irremediáveis na democracia) nos permitiria, com uma visão ampla, quiçá até identificar seu contexto valorativo.⁵⁷ E é aqui que se encontra a já mencionada crise do Legislativo. Devemos lembrar que a ética, afinal, também faz parte do Direito,⁵⁸ e como se imbrica com a Lei, abre-se brecha para a postura ativista (e legisladora) do Judiciário. Afinal, hoje temos uma tendência ideológica nos Tribunais de encarar a própria Lei como o objeto principal de discussão judicial, além de termos uma razão menos formal e mais utilitarista - ou mais interessada em se preocupar com o resultado prático da decisão judicial do que com o caráter formal da Lei. Enquanto, por um lado, vemos que a norma ética mais fundamental é o respeito ao outro, também fica claro que a função do Direito é causar uma consequência comportamental na sociedade.

⁵⁶ DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso. Behemoth ou Leviatã: quem deve ter poder para tomar decisões. In: _____; DARWICH, Ana (Coord.). **Direito e democracia**: estudos sobre o ativismo judicial. São Paulo: Método, 2011. p. 27. Também deve ser ressaltado que o Poder Judiciário, em seu corpo completo, não é quem mereça tal consideração, mas sobretudo a Suprema Corte, na qual se constata em larga medida o cidadão depositar suas esperanças não de criação de Leis, mas de justiça – e, por conseguinte, de uma ética não necessária para a mera criação, se as Leis são vistas justamente como emanações das elites. Decidindo por último e sendo poucos juízes, passíveis de serem memorizados pelo imaginário popular (ao contrário do inflacionadíssimo Legislativo), a Suprema Corte acabaria por ter garantida sua aprovação junto ao público. É com este cenário em vista que se pode partir para uma postura crítica do ativismo, escorando-se nos debates promovidos os quais, mesmo quando tentam apresentar argumentos favoráveis, oferecem subsídio para uma postura de dúvida em relação à prática.

⁵⁷ MARMELESTEIN, George. O ativismo dos juízes na perspectiva da filosofia moral. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 18.

⁵⁸ Ibid., p. 22.

Esse proceder permitiria ver o ativismo como a adoção de critérios éticos exteriores à norma jurídica para tomar suas decisões.⁵⁹ Mas como crer que o juiz, sozinho, tenha uma capacidade de entendimento de ética e de aplicação das normas sociais melhor do que o Legislativo escolhido pela sociedade, se não conhecemos os critérios que usará para pautar as suas decisões? Em verdade, é justamente esse o perigo da postura ativista: enquanto se crê possa ser uma espécie de contraponto ou apanágio para mudanças sociais, ocorre de afetar a um grupo específico momentaneamente no poder lançando mão de critérios exteriores à Constituição. Essa visão finalista ou utilitarista precisa também levar em consideração a contraposição da postura de seguir a letra da Lei e aferrar-se a ela à da constrição judicial, que seria uma visão aparentemente voltada a preservar o *status quo*.⁶⁰

Ora, a cultura constitucional brasileira é ainda fraca ou carente, e é daí que se dá margem e circunstância para caminhos que buscam alguma justiça mais rápida do que a legislativa à força, dando poderes maiores ao juiz do que a norma jurídica.⁶¹ Diante dessa postura, não se pode, evidentemente, escorar-se na própria Constituição para tentar denegrir o seu valor e se outorgar poderes vedados a si. Resta, então, usar de toda forma uma fácil artimanha retórica que acaba por seguir o caminho perigoso do vilipêndio constitucional gratuito.⁶² Nestes termos, observa-se um paradoxo. Se por um lado se quer chegar ao âmago mesmo da norma ética com o ativismo judicial, a própria norma ética (e não a jurídica) precisa ter seu conteúdo amoldado para caber no que querem esses juízes. Essa manipulação retórica que fazem os defensores da postura ativista em nome de uma pretensa igualdade, ou implementação de programas constitucionais vagos, é uma luta de talentos de Tribunal em que, paradoxalmente mais uma vez, sobressai-se o mais forte em convencimento. É nesse ponto que o discurso da relativização de regras e princípios, como uma panaceia, pode ser caracterizado nos últimos tempos no

⁵⁹ Cf. CAENEGEM, Raoul Charles Baron van. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. 155 p. (Teoria e filosofia do direito).

⁶⁰ VITOVSKY, Vladimir Santos. Ativismo Judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 92.

⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In: _____; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 191.

⁶² *Ibid.*, p. 192.

Brasil, verdadeiramente, como uma epidemia.⁶³ Isso tanto é válido para aqueles que buscam uma justiça social e um abrandamento das responsabilidades dos cidadãos perante as consequências de seus atos, quanto também para os que parecem se sentir pessoalmente responsáveis pela criminalização de qualquer comportamento hostil ao que julga ser aceitável em sua particular sociedade justa de normas éticas desconhecidas de todos, além do próprio juiz. Esse perigoso discurso solapa os direitos e garantias devidos ao cidadãos pela Constituição (a começar por suas liberdades políticas), além de esbarrar no óbvio fator de sua dimensão contramajoritária, o que garante uma posição não possa ser, necessariamente, considerada legítima apenas receber maior adesão.

Em outras palavras, tal como as normas éticas são muito mais abrangentes do que as jurídicas, feitas para fins específicos, também a verdade é maior do que a capacidade humana de apreendê-la, e sobretudo de trabalhar com ela no escopo de algo falível como o Direito (se é possível que alguma atividade possa ser mais falível do que, justamente, trabalhar e aplicar a justiça). Neste cenário, é de se ponderar que a relativização excessiva de regras e princípios aponta para o perigo da subjetividade sem limites. Para piorar, sabe-se muito bem que o uso da relativização vem acompanhado de caráter ideológico (como não poderia deixar de ser). É o que se entende como a justificativa para cobrar renúncia geral de liberdade para outro ser soberano da aplicação de Leis. Entretanto, não é demais raciocinar com o Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que é daí que o Estado surge, para proteger estes bens preciosos.⁶⁴ Em suma, o Estado também deve deixar claro qual o seu espaço de atuação e, mormente, saber como vai penetrar no direito de um cidadão perante o outro, delimitando um campo justo e impedindo qualquer ação além deste limite demarcado. Assim, podemos ver que pode dialogar com os princípios

⁶³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In: _____; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 193. O problema com essa transposição decisória das questões da comunidade reside no caráter contramajoritário do controle de constitucionalidade. As normas que regulam a vida em comunidade são aquelas objeto do discurso de justificação, aptas a obter legitimidade devido à racionalidade do processo discursivo de formação da vontade política. A dificuldade contramajoritária reside no fato de que a declaração de inconstitucionalidade por uma Corte Suprema em certa medida priva a manifestação de vontade dos representantes ensejando um posicionamento não em favor da maioria, mas em detrimento dela, dado que correção dos atos legislativos vem “de fora”, e não dos caminhos ordinários/políticos.

⁶⁴ Ibid. p. 192.

fundamentais e normas éticas que vão muito além de uma única norma jurídica simples desprovida de contexto ou cultura inserida, ficando claro que é a exceção que gera complicação de trabalho para o jurista. Aqui, chega-se ao cume de onde se pode ter uma vista muito mais ampla de toda a problemática que envolve a atuação legisladora do Judiciário. Por óbvio, o juiz cria jurisprudência, mas o caráter de exceção é o que dá maior visibilidade a ser discutida por uma decisão de algum juiz, mormente em Tribunais Constitucionais (que servem, afinal, para encaixar a exceção, ainda que à força, na própria Constituição).

Porém, como se pode querer que a exceção deva ser levada em consideração como jurisprudência sem ser, justamente, por seu caráter de exceção sempre dado peso maior à regra? Em termos de jurisprudência, como não notar que a regra é excepcional e, portanto, não pode ter interpretação demasiadamente elástica? Ora, é exatamente assim que se sustentam as posições defensoras de uma atuação legislativa do Judiciário favorecendo a relativização exagerada de regras e princípios,⁶⁵ com justificativas meramente retóricas e nada lógicas.⁶⁶ Dessa forma, consegue-se inverter, de fato, um princípio fundamental do Direito, a saber, a interpretação lata dos favores e estrita das limitações. Destroem-se, então, os princípios fundamentais, agora relativizados, da razoabilidade e da proporcionalidade,⁶⁷ já que, longe do uso de referenciais semânticos claros, inescapáveis e inapeláveis, pode-se passar a se defender qualquer postura sob qualquer argumento.⁶⁸ Todavia, a Constituição serve como mestra justamente para que haja um guia anterior, ulterior e superior às exigências de juízes que conquistam

⁶⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In: _____; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 194.

⁶⁶ Cf. CORTÊS, António Ulisses. **Jurisprudência dos princípios**: ensaios sobre os fundamentos da decisão jurisdicional. Lisboa: Universidade Católica, 2010. p. 127-145.

⁶⁷ COUTINHO, 2011, op. cit., p. 195. Mesmo o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau dá uma curiosa interpretação sobre o valor inalienável e colossal de tais sagrados princípios: “[...] proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios – porque não reproduzem as suas características – porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito.” [...] “E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos.” (Extraído do voto no HC nº 95.009-4, em julgamento de 06/11/2008). Cf. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 213-246.

⁶⁸ Cf. NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O problema da razoabilidade e a questão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. 559 p.

o seu cargo em altas esferas, usualmente, através da indicação política de algum membro de outro Poder com interesses e objetivos claros diante das cercanias da atuação democrática.⁶⁹

Assim, tem-se, pela própria estrutura das Cortes, que a politização da Justiça não é um evento tão separado do ativismo judicial como se quer fazer crer, talvez sendo apenas a sua faceta menos convincente.⁷⁰ De fato, uma Corte dificilmente tem, entre todos os seus juízes, opiniões completamente distintas, sem nunca haver concordância alguma. Com efeito, a concordância parcial é o que garante, ou ao menos gera uma aparência de garantia de justiça sendo feita.⁷¹ Quando juízes organizam-se em grupos visando a uma política distinta, ou se seus próprios princípios confluem para atuar de acordo com uma orientação específica pré-estabelecida, temos uma clara situação de retração do poder Legislativo. Se há, realmente, tendência de inatividade do poder Legislativo face a questões urgentes da sociedade, também a própria atuação judiciária torna qualquer ação legislativa de menor importância.⁷²

Por outro lado, o arranjo das Cortes, ainda mais da Suprema Corte, estabelecido através de indicações políticas, favorece que os juízes já cheguem organizados em grupos (não costuma surpreender que, indicados por um determinado Presidente, votem em bloco, por exemplo), e por mais que atuem de maneira individual em políticas específicas, tendem a seguir uma consideração prioritária dentro do grupo.⁷³ Leia-se, é a própria estrutura de nossa democracia que acaba por causar esse afastamento da classe política. Todavia, também há um enorme vazio entre a ideia de objetivos e valores constitucionais declarados os quais, estando na Constituição, devam ser atendidos por fins judiciários, solapando a alçada do Legislativo.

⁶⁹ VITOVSKY, Vladimir Santos. *Ativismo Judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica*. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 92.

⁷⁰ NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: RT, 2005. p. 186-194.

⁷¹ Cf. SANTOS, Ana Catarina. **Papel político do Tribunal Constitucional: o Tribunal Constitucional (1983-2008): contributos para o estudo do TC, seu papel político e politização do comportamento judicial em Portugal**. Coimbra: Coimbra, 2011. 438 p.

⁷² VITOVSKY, op. cit., p. 93.

⁷³ *Ibid.*, p. 94.

Com isto em mente e arrimo em Bradley Cannon, podemos esboçar algumas críticas um pouco mais incisivas sobre tal cenário,⁷⁴ tendo-se em conta que essa postura: a) lesa o majoritarismo, ou seja, o Tribunal negaria políticas adotadas através de um processo democrático representativo, agredindo e regredindo as instituições; b) agride o processo substantivo, ou seja, elabora políticas substantivas (que afetam diretamente a vida da população) sem ter representatividade para tal; c) destrói a especificidade da política – não apenas se imiscui nas atividades dos Poderes, como também estabelece políticas dos juízes em oposição às de outras agências dentro do mesmo Poder; d) centraliza a decisão final (o papel do Judiciário por definição), fazendo com que o Tribunal passe por cima de um princípio existente; e) desrespeita a estabilidade interpretativa, um dos principais mananciais do Direito além da própria Constituição (já violada), criando jurisprudência *ad hoc* para casos específicos, conforme a doutrina dos juízes, e solapando a legislação; e, por fim, f) afasta a fidelidade interpretativa, a saber, a perspectiva de previsão constitucional contrária às claras intenções do Constituinte e respectiva linguagem.⁷⁵

Em cada um desses casos, há um elemento comum: a usurpação judicial. Todavia, existem dois fundamentais para tal axiologia: a agressão tanto ao aspecto institucional e também à dimensão *normativista*, ou seja, a mudança de jurisprudência, a insegurança jurídica, o aumento da latitude interpretativa.⁷⁶ Já outra

⁷⁴ CANON, Brandley C. apud LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 33-42.

⁷⁵ VITOVSKY, Vladimir Santos. *Ativismo Judicial: só pecados e virtudes?* Contribuições para uma teoria sociojurídica. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 111.

⁷⁶ Outras críticas arroladas são propostas por William P. Marshall, que apresenta *sete pecados* do ativismo judicial: a) é uma postura contramajoritária – os Tribunais relutam em chancelar decisões tomadas por grupos democraticamente eleitos; b) emite uma interpretação da Constituição não-original, fazendo com que os Tribunais sigam uma interpretação forjada e posterior da Constituição; c) causa a instabilidade dos precedentes (o que, como vimos em Cannon, afeta a jurisprudência e a fonte legítima do direito); d) extrapola a competência atribuída ao Tribunal – que falha em aderir aos limites jurisdicionais de seu próprio poder; e) fomenta uma estranha criatividade judicial, quando, de estro próprio, os juízes participam da criação de novas teorias e novos direitos no âmbito da doutrina do Direito Constitucional; f) fomenta medidas judiciais corretivas, verdadeiros remendos que fazem uso do Poder Judiciário para impor obrigações afirmativas a outros campos do governo, ou então a tomar instituições governamentais sob supervisão judicial (concentração de poder) como parte de um remédio imposto judicialmente; e, por fim, g) partidarização ou parcialidade, um perigo maior quando partidos fazem uso logo do poder da *ultima ratio* para atingir seus objetivos exclusivos. Qualquer um destes fenômenos, isolados, sentenciam na prática a morte da democracia e dificilmente se poderia afirmar que o ativismo judicial não cause todos eles, unidos (apud VITOVSKY, op. cit., p. 111).

tipologia desenvolvida é de Keenan Kmiec,⁷⁷ que caracteriza o ativismo judicial pelas decisões que: a) derrubam as ações constitucionais de outros campos; b) ignoram precedentes: os Tribunais atuam como Poder Legislativo; c) afastam-se da metodologia de interpretação; d) envolvem resultado orientado de julgamento.⁷⁸ Apesar da última ser até então inédita, e um belo resumo de toda a problemática, há de se perceber que essa categorização não dá conta de abranger todas as dimensões do ativismo judicial sem conseguir problematizar todas as nuances dessa atuação. Obviamente, uma leitura crítica precisa contemplar todos os aspectos, teorias e lados de uma questão. Para se poder fazer uma crítica adequada, podemos analisar as próprias defesas dessa postura. Geralmente, o ativismo é defendido virtuosamente como um remédio de longo prazo para perturbações sociais – ou seja, o uso de um centralismo judicial para se tentar atingir objetivos declarados na Constituição, sem que esta mesma Carta permita ao Judiciário solapar outros Poderes para atingir esses objetivos. Há, afinal, modelos propostos tanto observando como uma postura benéfica quanto como um mal necessário. Ora, é preciso haver um ponto substantivo que determine quando e por que pode ser benéfico ou tolerável.

É de se ponderar, no fim das contas, que a enumeração dos direitos na Constituição não teria sido construída para sonegar outros implícitos retidos, portanto, por isso, poder-se-ia averiguar a subsistência de direitos e princípios não explicitados e arrolados. Além disso, há a confluência da defesa dos direitos das minorias pela crença de que existem déficits de representatividade para alguns grupos, os quais as tornariam afetadas pela via majoritária. Outro ponto são as medidas judiciais corretivas, ou seja, outorga-se aos Tribunais a discricionariedade para corrigir injustiças e essas medidas são pautadas especialmente através das chamadas ações afirmativas,⁷⁹ isto é, providências políticas de inclusão jurídica para parcelas da população que visam a solucionar problemas com alegadas origens

⁷⁷ KMIEC, Keenan D. apud ANDERSON, Gary L.; HERR, Kathsyn G. **Encyclopedia of Activism & Social Justice**. Londres: Sage Publications, 2007. v. 2, p. 787.

⁷⁸ Ainda outro modelo proposto é o de Canotilho que, mais sucinto e compacto, aborda o ativismo sob três aspectos: a) comparação jurídica; b) nacionalismo e globalização e c) concernente aos direitos dos pobres. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O ativismo judiciário: entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 51-65.

⁷⁹ Cf. APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 133-138.

históricas. Ademais, há sempre o enfoque no Direito Internacional e Comparado – assim, as decisões tomadas não seriam locais nem pontuais, encontrando-se sempre no bojo de um contexto global, fazendo com que a jurisprudência de um país sirva como uma nova metodologia e exerça certa deferência para o alcance internacional.⁸⁰ Ora, tais modelos⁸¹ podem até chamar a atenção por terem grande

⁸⁰ Habermas também discute o problema da legitimação do Direito com base no exame do conceito de “paradigmas” (realizações científicas universalmente reconhecidas) do Estado de Direito, relacionando-o ao tratamento a ser conferido à tensão entre autonomia pública, que é o exercício do direito político de criar o Direito, e a autonomia privada, que se refere à característica da portabilidade de direitos fundamentais (ambos integrantes da autonomia jurídica do cidadão). Os paradigmas fornecem uma “imagem implícita” da própria sociedade, orientando o projeto de realização de uma comunidade de pessoas livres e iguais sob o Direito. São inferidos dos critérios das decisões judiciais paradigmáticas e da observação dos próprios juízes. Nesse sentido, o paradigma procedimental procura entender o Estado de Direito pelo embate entre a dimensão pública e privada, as quais se complementam. Assim, apenas após assegurada uma gama mínima de direitos fundamentais (autonomia privada), torna-se empiricamente possível o exercício da cidadania, da participação na vida pública (autonomia pública). À proporção do incremento da liberdade, dos direitos fundamentais, há a progressiva construção do consenso racionalmente motivado, gênese das normas jurídicas. À luz do princípio do discurso, no paradigma procedimental, não há predeterminação do conteúdo da Lei, mas, sim, o estabelecimento do *iter*, apto a estabelecer a legitimidade normativa. O princípio do discurso, ao retomar as condições de comunicação, converte-se no princípio democrático, gerando legitimidade ao processo criador de leis. Cf. INGRAM, David. **Habermas: introduction and analysis**. Cornell University Press: Ithaca, 2010. p. 153-189; BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010. passim; EDGAR, Andrew. **The Philosophy of Habermas**. Acumen: Durham, 2005. passim.

⁸¹ Nesse sentido, interessante enriquecer o debate com a conhecida concepção de *sociedade aberta de intérpretes da Constituição* de Peter Häberle, que nasce da premissa de que o pluralismo é posto como fundamento básico e essencial da Carta Constitucional, de forma que a Constituição abrir-se-ia em toda sua plenitude à potencialidade de parâmetros (sociais, econômicos, jurídicos) para diferentes releituras contextualizadas de seu texto, que permitiriam tanto ao cidadão comum, quanto aos juristas e juízes, sentirem-se participantes de sua interpretação. A Carta Magna, desta feita, é inserida em um ambiente análogo a um grande fórum, aberto à discussão pelos mais variados intérpretes que, retirados do seio da opinião pública e dos próprios órgãos estatais, sentir-se-ão ao mesmo tempo autores e destinatários das concretizações constitucionais, porquanto terão suas pretensões discutidas publicamente. A teoria de Häberle fixa bases em um pensamento possibilista, pressupondo que todo tipo de compromisso está sempre aberto às mais diversas possibilidades. Vale dizer, as diferentes visões de mundo, de cada um dos componentes da comunidade, encontrariam valorização e eco. Nessa realidade, não seriam válidas apenas as interpretações firmadas nos órgãos estatais, nos Tribunais, mas também aquelas surgidas no âmago do Legislativo, do Executivo e de qualquer outra fonte existente na sociedade. Desta forma, o não enrijecimento da interpretação, não a concentrando em um único órgão, asseguraria a autodeterminação, emanciparia a cidadania e garantiria o exercício das dimensões pública e privada de cada pessoa. A esse respeito, na visão do autor, a Constituição seria criada, transformada e desenvolvida em processos abertos de formação da vontade, de modo que a perspectiva pragmática da Carta Constitucional apontaria que ela não se compusesse apenas dos processos correntes, ou melhor, dos processos ventilados nos Tribunais, mas com relevante abrangência a fim de englobar todos os participantes na sua prática. É nesse ponto, pelo pensamento do renomado autor, que estaria a relevância da dimensão pragmática da Constituição, construída e definida no exercício da cidadania, complementando a insuficiência da dimensão semântica, que exauriria suas possibilidades no exame do texto. Cf. HÄBERLE, Peter. **Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2012. passim; VALADÉS, Diego (Org.). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Traduzido por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. passim.

apelo para a população, mas por outro lado são ainda muito propagandistas e parciais a respeito das vantagens do ativismo.⁸²

Essas visões encaminham a dois modelos distintos: um no qual se objetiva a justiça social e outro em que é a sociedade aberta, de ordem espontânea. A este conceito fundamental do nome *ipse dixit* do liberalismo moderno, Friedrich Hayek traz uma nova visão sobre a questão do ativismo judicial frente a expectativas progressistas de cunho focado no discurso anticapitalista para angariar simpatizantes. De acordo com o autor, uma economia é um sistema muito complexo para ser planejado de modo centralizado, devendo evoluir espontaneamente (a liberdade de mercado, ou de atuação econômica livre do Estado, que é defendida pelos liberais e atacada pelos progressistas de diversos matizes).⁸³ Todavia, Hayek aplica essa mesma visão de como uma sociedade capitalista progride e adquire sua tecnologia e seus avanços ao Direito. Assim, considera que um sistema legal que seja produzido pela interação entre os Tribunais e casos específicos é superior, por dar mais conta da realidade, do que um sistema legal planejado *a priori* pelo Parlamento com centralização de poder. Desta forma, Hayek encara o papel do juiz como uma entidade dentro da ordem espontânea criadora do Direito. Essa ordem de criação perante a complexidade da realidade é sempre mais legítima, por ser dedicada a problemas concretos e factuais, e não ser dependente apenas da interpretação sobre fatos, inclusive históricos, e da antevisão e ideologia do legislador *a priori*.

De forma clínica, Hayek enxerga o papel do juiz como o de um guardião de expectativas legítimas.⁸⁴ Entretanto, tem uma responsabilidade particular que o coloca num papel de comportamento estranho aos agentes econômicos da sociedade – seu trabalho implica que não deva se deixar afetar pelos seus

⁸² Cf. MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do poder judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?** Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 248 p; LIMA, Rogério Montai de; MIARELLI, Mayra Marinho. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 208-212; FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 789-799.

⁸³ VITOVSKY, Vladimir Santos. **Ativismo Judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica.** In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Ativismo judicial.** Curitiba: Juruá, 2010. p. 118. Cf. HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política.** Tradução de Anna Maria Capovilla et al. São Paulo: Visão, 1985. v. 1, p. 137.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 119.

sentimentos ou preferências particulares. Como um agente da ordem espontânea, seu objetivo sempre é o de melhorar uma disposição de atividades dada, estabelecendo uma nova regra, a qual tem o dever próprio de respeitar.⁸⁵ Para tanto, é necessário haver regras de justa conduta, independentes de todo objetivo, que concorram a formar uma dinâmica espontânea por oposição às de organização centradas num fim específico. Isso se deve ao fato de que, dentro dessa distribuição de regras sempre mutável, o juiz tem como material de trabalho uma ordem existente previamente, porém, sendo essa norma sempre abstrata e imperfeita, não tem como finalidade servir a escopos particulares, por mais que se elenquem objetivos gerais e indeterminados na letra da Lei.⁸⁶

A respeito da questão da criação, Luhmann alerta que o Direito é um princípio de seleção estrutural, resvalando na exploração de perspectivas conflitivas, assim formando e reproduzindo expectativas generalizadas, ao passo que a política lança mão de conflitos para formar e reproduzir decisões vinculantes.⁸⁷ Já para Hayek, por exemplo, a expressão “justiça social” não merece sequer ser alocada na categoria do erro, mas na do absurdo.⁸⁸ Desta maneira, temos uma situação perigosa quando o Executivo e o Legislativo voltam as suas atenções tão somente a produzir comportamentos pré-determinados. Nesse sentido, e tendo-se em conta a questão da justiça social – um dos principais eixos de atuação do ativismo –, Hayek diz que ela própria se tornou uma regra centralizadora e, portanto, um juiz não poderia conduzir-se pelos seus chamados.⁸⁹ Vale dizer, toda a concorrência que gera a ordem espontânea é uma forma de conhecimento, por se pautar antes na realidade das necessidades e capacidades de cada um.

Todavia, a realidade é muito mais multifacetada, sendo preciso ter a experiência para se descobrir como funcionam as técnicas, habilidades, preparo e

⁸⁵ VITOVSKY, Vladimir Santos. *Ativismo Judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica*. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 120.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 121.

⁸⁷ LUHMANN, Niklas apud DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso. *Behemoth ou Leviatã: quem deve ter poder para tomar decisões*. In: _____; DARWICH, Ana (Coord.). **Direito e democracia: estudos sobre o ativismo judicial**. São Paulo: Método, 2011. p. 17.

⁸⁸ HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. Tradução de Anna Maria Capovilla et al. São Paulo: Visão, 1985. v. 2, p. 82;

⁸⁹ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 290; HAYEK, op. cit., v. 2, p. 82.

competência num ambiente livre de coação e centralismo, ou de justiça dada *a priori*. Desta maneira, a justiça social, para Hayek, trata os jogadores no campo da realidade em condições desiguais – o que supostamente a justiça social visaria a acabar. Hayek trata sem pejo da questão da justiça social porque destrói o caráter espontâneo e, portanto, inescapavelmente, opõe-se radicalmente à ideia de liberdade – sendo, assim, incompatível com a de uma sociedade livre e justa. Então, podemos compreender o ativismo judicial de Hayek de maneira ligeiramente (porém, substantivamente) distinta: ao contrário do centralismo das decisões nas mãos de juízes bem intencionados na melhoria da sociedade, temos um processo contrário de implementação de um plano mais amplo de limitação das atribuições do Estado e do avanço das funções do juiz como prelado das regras de boa conduta. Quando há perturbações na ordem, situação na qual é chamado o poder coercitivo do Estado para atuar na posição do juiz, este acidente na ordem espontânea, que não foi organizada por quem quer que seja, o juiz passa a ser uma instituição de liberdade. Para tal, dispõe não somente da ordem anterior e de objetivos factuais a serem corrigidos, mas, desta mesma dialética, possui critérios que fundamentam suas decisões.

O juiz, sendo guardião de condutas, é assim um agente da equidade jurídica e da liberdade do indivíduo perante o centralismo e a dominação de um grupo aparelhador. Apenas com equidade jurídica, e não uma forçada igualdade de resultados, poder-se-ia acreditar na justiça absoluta entre jogadores numa ordem mutável. Essas expectativas são arroladas por uma visão filosófica de justiça muito anterior ao desenho da Constituição. O juiz, agente de uma ordem que é sempre escrita e reescrita, sendo aperfeiçoada por intermédio duma jurisprudência que busca a uniformidade olhando para o passado, tem a obrigação fundamental de definir as expectativas legítimas de proteção, objetivando esse resultado global.⁹⁰ Desta maneira, toda decisão jurídica é uma decisão universal, ou de caráter universalizante: não é um ato pontual desconectado de toda a história e apenas uma aplicação fácil e metódica de uma letra morta tornada viva no Tribunal e, sim, a concretização de uma expectativa de justiça que tenha caráter global, além de trazer em seu bojo a perspectiva de que um número cada vez maior e possível de

⁹⁰ VITOVSKY, Vladimir Santos. Ativismo Judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 118. p. 122.

previsões de justiça se confirmem.⁹¹ Esta produção parte da mentalidade de que os cidadãos apareçam com um projeto comum, buscando um consenso entre si, ou ao menos entre um grande número de pessoas que justifique e dê legitimidade para que se crie uma nova norma jurídica. Aqui, surge a ideia de que a globalização é um fato policêntrico, e como os protagonistas e autores são diferenciados neste sistema, enxerga-se a passagem de um anterior Direito imposto para o negociado.

Com essa distinção, vemos que há uma oposição fortíssima entre essa forma de ativismo, que encara o juiz como parte de uma ordem espontânea, livre e sempre mutável, mas procurando melhorar essa própria ordem; do ativismo judicial típico, com quebra da separação dos Poderes e, também, pela substituição do legislador pelo juiz em um cenário globalizado. O ativismo judicial, neste ponto, pode ser encarado como um processo no qual os juízes agressivamente direcionam seus poderes para a função de adjudicação de conflitos contra a divisão constitucional tradicional de Poderes.⁹² Entretanto, é mister encarar que, apesar do belo funcionamento teórico desse modelo, a prática denota uma rudeza de resultados

⁹¹ VITOVSKY, Vladimir Santos. *Ativismo Judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica*. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 118. p. 123.

⁹² Habermas também elenca a “esfera pública” como relevante instrumento no cenário da legitimação do Estado Democrático de Direito. O sentido mais costumeiramente empregado à essa expressão é o de *opinião pública*, revestindo-se, assim, de grande potencial de integração social, pois inauguraria a racionalização pública da discussão política dos assuntos que envolvem os interesses da sociedade. Diante da rede de comunicações disponíveis, a opinião pública se tornaria um formidável instrumento de pressão a ser utilizado na resolução de problemas. Questões sociais poderiam ser reguladas em parâmetros de racionalidade no interesse comum das pessoas envolvidas. Este fenômeno poderia ser estendido à interpretação constitucional, pois o processo democrático de gênese do Direito teria por pressuposto que os cidadãos também vivam a Lei Maior, interpretando-a e aplicando-a. Logo, a estrutura de controle de constitucionalidade deveria objetivar preservar os aspectos comunicativos e a discussão ampla em torno da Constituição na esfera pública. Dessa maneira, a Democracia, em questão normativa, não se utiliza apenas de processos institucionalizados de formação da vontade política no seio dos Parlamentos, mas também de processos de comunicação que se formam de maneira livre e assimétrica no ambiente da sociedade civil. A esfera pública, em argumento final, reveste-se de importante mister relativamente à confecção de legitimidade às normas jurídicas, “plasmando” legitimidade na legalidade. Frise-se que a formação da vontade formal e democraticamente estruturada dependeria, nesta leitura, do afluxo de opiniões públicas que se editam no espaço público, emanado dos fluidos comunicativos surgidos no multifacetado seio social, com grande aptidão para representar os anseios populares. Cf. INGRAM, David. **Habermas**: introduction and analysis. Cornell University Press: Ithaca, 2010. p. 153-189; BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010. passim; EDGAR, Andrew. **The Philosophy of Habermas**. Acumen: Durham, 2005. passim.

bem pouco mais animadora.⁹³ A bem da verdade, deve-se considerar que nunca houve um equilíbrio e harmonia entre os Poderes, mas, como disse Vladimir Santos Vitovsky, uma relação de competição, de disputa e de ressentimento.⁹⁴

Por outro lado, uma brecha permanece inalterada: o princípio da legalidade e outros fundamentais à plenitude e legitimidade do Estado de Direito são partes conflitivas – como o próprio caráter democrático – e, portanto, jamais acabados do ordenamento. O ativismo, assim, insere-se nesta forma de compatibilizar a regra da maioria com a democracia e a própria questão teórica da democracia enfrenta problemas quando a Lei (votada pelo Parlamento, que nasce, ou pelo menos é aparelhado de acordo com a vontade da maioria) é declarada inconstitucional. Mesmo em casos de determinação pela Corte de que a Lei é inaplicável à espécie ou interpretada de forma restritiva, tem-se o caso de uma Corte não representativa abalizando os rumos de uma maioria.⁹⁵ Essa representatividade, ou falha da representatividade da maioria, pode ser visualizada como extremamente problemática em questões de decisão apertada. E a única solução aparente para tal seria criar mecanismos de escolha democrática para questões de formatação e anatomia do próprio Estado, em que a regra da maioria seja relativizada para que não haja um resultado de soma zero, ou seja, de que cada espaço conquistado da maioria surja tendo sido tomado da minoria. Neste aspecto, fica enaltecido um grande enfoque da elaboração jurídica que vai contra o senso comum, ou ao menos a uma análise sem profundidade da questão, a saber: o afastamento dos juízes em relação à vontade popular dá azo ao Judiciário efetivar, com mais afinco, a da Constituição, vista como documento dinâmico e mais elaborado do que os matizes de ânimos momentâneos e manipuláveis por grandes vozes. É aqui que se pode redescobrir um lastro de legitimidade dos poderes dos juízes, pois se os parlamentares tiram a sua do sufrágio, os juízes têm a sua da deferência suscitada pela pretensa autonomia e insubmissão.⁹⁶

⁹³ VITOVSKY, Vladimir Santos. *Ativismo Judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica*. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 118. p. 123.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 131.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 126.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 118.

2.4 Da releitura constitucional na perspectiva ativista

Voltando nossa atenção a Gomes Canotilho, podemos digressionar sobre a compreensão do que existe entre o fenômeno da leitura da Lei e a sua aplicação por parte do juiz. Para ele, a ação do sujeito cognoscente não pode implicar ruptura com o objeto cognoscível, não sendo permitido, ao se tentar interpretar, negar justamente a Constituição.⁹⁷ Assim, obriga-se ao juiz que atue de maneira edificante exercendo a capacidade interpretativa, sem que, por outro lado, tenha a possibilidade de invadir a competência de outros Poderes prescrevendo políticas públicas.⁹⁸ Não é uma posição oposta à de Hayek, visto que, para o autor austríaco, o juiz é guardião de uma postura,⁹⁹ materializando-a na aplicação de Lei que gere jurisprudência

⁹⁷ COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 54. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1208-1209; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In: _____; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 191-196.

⁹⁸ Habermas distingue os discursos proferidos para a criação do Direito (discurso de justificação), daqueles manejados para sua aplicação (discurso de aplicação), critério valoroso para separar as legítimas atividades do Legislativo das do Judiciário. A justificação, como espécie de discurso de validação das normas, desenvolve-se com a abordagem de razões de um amplo espectro. Abrem-se aos mais diversos aspectos, identificados globalmente como questões pragmáticas, éticas, e morais. As questões pragmáticas remetem a um juízo de adequação racional entre meios e fins; as éticas envolvem questionamentos e debates acerca das forma de vida intersubjetivamente compartilhadas e os ideais a serem projetados na vida em comum. Por fim, a fundamentação normativa se perfaz suficientemente, no discurso de justificação, a partir da abordagem das questões morais. O discurso moral traz à tona aspectos de justiça e reside num plano superior de abstração, exigindo-se que as normas sejam submetidas a um exame de universalização, a fim de se averiguar o resultado que assegure a regular convivência. Dessa constelação de debates, presentes nas deliberações políticas, parte a formação discursiva da vontade política coletiva. Desse feixe de atos, presume-se agregada a racionalidade do processo legislativo, a “dignidade democrática da lei”. Entretanto, não se trata de uma fonte irracional de normas, pois o processo político parte das conquistas do sistema normativo assecuratório dos direitos dos cidadãos. Dessa maneira, o que separa, do ponto de vista da teoria do discurso, a competência dos Poderes, são as respectivas formas de comunicação e os correspondentes potenciais de razão. Ao Legislativo, cabe valer-se das diversas e amplas razões existentes, ao passo que aos Poderes Executivo e Judiciário há limitações discursivas e funcionais. Consequentemente, a tensão entre Democracia e Jurisdição Constitucional reflete o choque entre essas disposições de razões e argumentos em que uns são ferramentas do legislador; e outros, dos juízes. Cf. INGRAM, David. **Habermas: introduction and analysis**. Cornell University Press: Ithaca, 2010. p. 153-189; BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010. passim; EDGAR, Andrew. **The Philosophy of Habermas**. Acumen: Durham, 2005. passim.

⁹⁹ Ibid., p. 55. Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. O ativismo judicial. In: _____. (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 89-94; CANELA JUNIOR, Oswaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96-99

adequada, e não um criador de normas da “sala de reuniões” (o que vai contra a própria ordem espontânea, vantajosa por partir da problemática da realidade).

Para se compreender tal crítica, deve-se relacionar que os princípios demandam ser extraídos da sociabilidade, ou seja, dão fundamento às atividades jurídicas que concernem à pessoa e devem ser encontrados na sociedade lida em seu todo (como normas, e não apenas como fatos repetidos ou vontades comuns de um grupo). Vale dizer, considerar o Estado como meio, não como fim,¹⁰⁰ sendo indevido que o Judiciário se sobreponha ao Administrador para fazer incorrer sua vontade em prejuízo da Constituição, a despeito de nela se ancorar com o subterfúgio de prescrições vagas.¹⁰¹ Assim, uma análise do ativismo judicial precisa olhar para a sociedade não apenas pelo viés jurídico (ou além dele) no qual se insere. Leia-se, em um sistema que tem por base a Lei, a percepção do ativismo assemelha ser um mal maior, mas parece surgir como um efeito com mais naturalidade ou, ao menos, com mais legitimidade para existir em sistemas com profundo desprestígio pela Lei, em que a falência das instituições favorece o caminho para uma crise do sistema político.¹⁰²

Com este cenário, não é demais tentar trilhar limites de atuação para se distinguir o campo do *gubernaculum* do da *jurisdictio* – o campo do governo do campo do Direito.¹⁰³ O juiz não entra em questões políticas sozinho. A política, ao menos em tese, deve respeitar o espaço do Direito. Ambos, e cada um, possuem autonomia delimitada e o Estado, além de ser de Direito, é de política. O ativismo judicial insere-se exatamente nesse ponto: o juiz transpassa o campo do Direito e ingressa na seara da política, como o fato de ser agente político lhe permitisse tal

¹⁰⁰ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 62.

¹⁰¹ COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 58.

¹⁰² REVERBEL, op. cit., p. 69.

¹⁰³ Ibid., p. 71. Essa conjuntura também é compartilhada por Laurence Tribe que, visando a entender melhor a relação da democracia com a justiça e o Direito, traça alguns pontos de confluência: a) a democracia é o governo do povo; b) o governo é das Leis, não dos homens; c) um governo em que estamos comprometidos com o Estado de Direito; d) um governo em que as Cortes não devem automaticamente acatar o que as autoridades eleitas decidem sobre o significado da Constituição; e) o governo não pode torturar para forçar informações; f) um governo reconheça na vida privada seus limites; g) um governo em que o Congresso não pode chefiar Estados como se fossem agências ou departamentos do governo federal; e por fim, h) um governo em que nenhum Estado pode se separar da União. Cf. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 86; TRIBE, Laurence. **The invisible constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008. passim.

proceder quase ilimitado.¹⁰⁴ Assim, acredita-se que resolve problemas políticos por critérios jurídicos. O juiz decide juridicamente um problema de política pública e, novamente, vê-se que, em vez de procurar ser um agente da ordem espontânea e levar a um novo patamar a Lei,¹⁰⁵ acaba apenas por fazer um remendo eternamente emergencial e provisório a um problema muito maior, cuja atuação judicial trata apenas de piorar, talvez com vias a provocar uma pressão sobre o órgão público responsável com o fito de, supostamente, induzir uma justiça maior que a da Lei.¹⁰⁶

Outra proposta de análise é a de Ran Hirschl, que pretende ir além do conceito tradicional, concluindo que a própria acepção de contemporaneidade jurídica é marcada pela passagem de uma transposição ao Poder Judiciário do que era anteriormente decidido ou criado por outros Poderes – logo, a era atual é marcada pelo que pode ser chamado de *juristocracia*.¹⁰⁷ Há, ainda, visões que se

¹⁰⁴ Segundo Frank Michelman, há busca incessante pela harmonização entre o ideal do autogoverno do povo e o ideal do governo limitado por Leis. Um e outro, restringir-se-iam mutuamente na tentativa de encontrar a fórmula conciliadora para configuração e institucionalização do Estado de Direito. No entanto, essa relação paradoxal apoia-se em uma premissa tomada praticamente em termos absolutos. Na esteira de Fioravanti, considera-se que o autogoverno do povo se realiza e se institucionaliza no Poder Legislativo e, de certa forma também no Executivo, sendo que o constitucionalismo, com a conseqüente proteção dos direitos individuais, corporifica-se no Poder Judiciário, sobretudo no Tribunal Constitucional. Toma-se o Legislativo como emanante de ameaças à Constituição; e o Judiciário como guardião da vontade constitucional. Cf. MICHELMAN, Frank I. The constitutional essentials of political liberalism (justice as fairness, legitimacy, and the question of judicial review: a coment). **Fordham Law Review**, New York, v. 72, p. 1407-1420, 2003; FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

¹⁰⁵ REVERBEL, op. cit., p. 73. A proposta teórica do Estado Democrático de Direito apresenta-se como alternativa para integrar legitimamente a sociedade, não obstante o pluralismo nela enraizado. Diante desse contexto de pluralismo, e de sociedade pós-convencional, onde fundamentos baseados unicamente na religião, tradição ou carisma de um líder não se sustentam, surge o questionamento acerca da busca da legitimidade do direito posto. E, na esteira de Habermas, a positivação das normas só se legitimaria por via de uma fundamentação discursiva. O Direito, como pretensão de aceitabilidade racional, dotado de coercitividade, apresenta-se como um estabilizador. Ainda que sujeito a maus influenciadores (como o mercado e o poder administrativo), é elemento concretizador da solidariedade social. Ao Direito competiria, então, a responsabilidade principal pela integração social. Vale dizer, a práxis da autodeterminação é inerente ao processo de integração, o que traz para dentro do Direito, na sua acepção moderna, um ideal democrático. No pensamento do autor, direito legítimo é direito democrático, eis o cerne do princípio democrático, que se denota em importante arma apta a justificar a legitimidade do Estado de Direito. A premissa democrática derivaria, portanto, do princípio do discurso, que reside em um grau ainda maior de neutralidade e abstração, satisfazendo-se, dessa forma, o interesse de cada um em cada situação particular. O princípio democrático destinar-se-ia à fixação de procedimentos de produção legítima de normas jurídicas, que só poderão pretender validade legítima caso se submetam a um processo discursivo de opinião e da vontade política em que todos os membros da comunidade jurídica possam expressar sua vontade. Cf. INGRAM, David. **Habermas**: introduction and analysis. Cornell University Press: Ithaca, 2010. p. 153-189.

¹⁰⁶ Ibid., p. 74.

¹⁰⁷ Cf. HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, maio/ago. 2009.

unem à ciência política para estudar o fenômeno do ativismo.¹⁰⁸ Por exemplo, Robert Dahl assevera a ficção que é acreditar na Suprema Corte como uma instituição que delibera questões políticas, registrando o papel exercido pela intervenção judicial, ou seja, o contexto em que tal fenômeno surge nos Estados Unidos e a forma como é encarada a postura proativa do Judiciário acaba por denotar o impasse retroalimentado por essa postura.¹⁰⁹ Posicionamento digno de nota também é apresentado por Mark Tushnet, que propõe uma Constituição afastada das Cortes e próxima do povo. Na verdade, não uma *nova* Constituição com tais características e, sim, uma interpretação atual dela. Tal conceito precisa ser entendido e amoldado à luz do postulado de ordem constitucional.¹¹⁰

Desta maneira, vê-se que o ativismo, na busca por uma solução miraculosa, acaba não apenas por arrostar a separação dos Poderes,¹¹¹ tornando o juiz até mesmo um legislador *ex post facto* e destruindo a própria noção de justiça, como até

¹⁰⁸ No âmbito da jurisdição constitucional, o discurso tem caminho mais estreito. Limita-se, em princípio, às questões jurídicas, e diz-se em princípio, pois ao julgador é permitido revolver os fundamentos de justificação para o fito de impor a Lei ao caso concreto. Desse modo, infere-se que o Parlamento é o local mais adequado para o tratamento normativo das pretensões surgidas na comunidade, dada a riqueza de argumentos na busca da formação racional do consenso. Ao final do discurso de justificação, raramente o consenso é alcançado e, para solucionar esse impasse, o processo legislativo é institucionalizado pelo princípio majoritário (regra da maioria) em face da inviabilidade da eternização do debate. Todavia, a presunção de racionalidade do processo legislativo não é afetada por essa limitação. O discurso de justificação permanece indene, todos tem direito à participação, à exposição da pretensão. E mais, aqueles derrotados no processo legislativo possuem o direito de trazer à tona, a qualquer momento, novas questões, provocando novo debate, nova deliberação pública. Não são compelidos a converter suas convicções. ¹⁰⁸ Cf. HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, maio/ago. 2009.

¹⁰⁹ Cf. DAHL, Robert Alan. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, set./dez. 2009; TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 91.

¹¹⁰ TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Oxford: Princeton University Press, 2003. passim. Cf. SILVA, Kelly Susane Alfien da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. 459 p; FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 490 p.

¹¹¹ Neste sentido, Habermas expõe que na democracia deliberativa a satisfação não se dá com a mera expressão das posições dos grupos, mas sim com o efetivo enfrentamento das questões através do processo público de reflexão coletiva, gênese da legitimidade das Leis. Por isso, em sua teoria, a proteção das minorias não é núcleo central na temática do controle de constitucionalidade. Importa muito mais a qualidade discursiva que as Leis alcancem dentro do processo comunicativo de gênese normativa. Frise-se que não há desconsideração pela causa da minoria, pois a deliberação pública é fundada na racionalidade da argumentação e da discussão em torno das questões nascidas na esfera pública. O imprescindível é que todos os interesses sejam submetidos ao processo de formação da vontade, prevalecendo o melhor argumento racionalmente reconhecido, proveniente da maioria ou da minoria. INGRAM, David. **Habermas**: introduction and analysis. Cornell University Press: Ithaca, 2010. p. 153-189.

seus supostos resultados emergenciais podem se mostrar desastrosos.¹¹² Daí decorre o fato de que o ativismo judicial investe ao Estado Democrático¹¹³ em troca de fazer parecer instaurar o Estado de Direito, ou seja, remonta à juristocracia.¹¹⁴

¹¹² REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 74; BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010. passim; EDGAR, Andrew. **The Philosophy of Habermas**. Acumen: Durham, 2005. passim.

¹¹³ Um dado a ser pontuado é o direito de não discriminação das minorias. Não há problema teórico em fundamentar a atuação dos juízes como garantidores dos direitos de participação e do funcionamento do processo democrático. Entretanto, ao arvorar-se da atribuição de policiamento a não discriminação das minorias, fatalmente os juízes transcendem ao papel de árbitros. Nessas hipóteses, segundo Ely, seria necessária elevada atenção, convidando os juízes a imporem um teste estrito a fim de aferir se a desigualdade estabelecida pela maioria se justifica, ou se acarreta algum prejuízo à minoria. Essa proposição de Ely contém uma incompletude intransponível. Afinal, o juiz, necessariamente, ingressará no campo das valorações sobre questões substantivas, extrapolando o papel de árbitro do processo político. O modelo neutral converter-se-ia em um modelo de valores, ou numa teoria da decisão judicial sobre os direitos fundamentais. Ely, ao desenvolver o modelo de Constituição procedimental, admite válida a regra da maioria, ao mesmo tempo em que reconhece a sua falibilidade, derivada do caráter interessado dos representantes e do risco de eles oprimirem parcelas mais desfavorecidas da sociedade. Porém, na democracia deliberativa, não importa que haja o equilíbrio entre grupos de interesses ou de pessoas. O que efetivamente importa é dar prevalência à deliberação pública, ao processo de comunicação, ao melhor argumento. Almejar equilíbrio político, sem a valoração dos interesses, parece conduta não racional, gerando a possibilidade de ofuscação de impulsos legitimamente gerados no seio da sociedade. Há, na teoria de Ely, errônea vinculação de pretensões e interesses distintos a diferentes grupos, como se houvesse no seio de cada um deles um congelamento de aspirações. Cf. ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980. passim.

¹¹⁴ A bem da verdade, não é possível solucionar a tensão entre Democracia e Jurisdição Constitucional apenas através de uma fixação de métodos de interpretação constitucional em nível meramente semântico. Ao nosso sentir, não há como ignorar as dimensões pública e privada da autonomia dos cidadãos, que têm o direito de participar do processo de concretização e aplicação da Constituição, construindo criticamente o futuro. Relembre-se que o discurso jurídico tem dupla dimensão: lógico-semântica e pragmática. A nova perspectiva que se abre na interpretação da Constituição é a pragmática, tema faltante nos usuais debates sobre interpretação constitucional. Em outras palavras, a interpretação é menos determinada por regras lógicas do juiz singular que por processos de comunicação dos participantes da comunidade política. Há intrínseca relação entre as condições de comunicação e a legitimidade da interpretação constitucional, que fica mais clara com a consciência do dever de participação dos membros da comunidade. A função pragmática da Constituição, assim, mostra-se ligada à atitude prospectiva dos intérpretes, assumindo papel fundamental na estabilização das relações. Sendo os cidadãos autores e destinatários das normas, a legitimação da interpretação da Magna Carta apenas se verificará na proporção da crescente participação das pessoas por ela abrangidas. Todos os destinatários têm direito à voz, pretensão, e opinião acerca dos temas constitucionais. Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do Direito: aproximação à metodologia discursiva do Direito**. São Paulo: Landy, 2003. 246 p.

CAPÍTULO 3 O ARQUÉTIPO DA SUPREMACIA JUDICIAL

3.1 As epistemologias da restrição e do ativismo

As tradicionais teorias de hermenêutica jurídica postulam o empreendimento de posturas interpretativas a partir de enunciados abstratos. A título de exemplo, a proteção das condições democráticas (teorias procedimentalistas de John Hart Ely) e o tratamento de todos com igual respeito e consideração (teoria do Direito como integridade de Dworkin). Entretanto, o problema desse posicionamento decorre do fato de que os teóricos fixam-se na hipotética figura de um juiz questionando-se como decidiria; ou, em melhor visualização, como um juiz Hércules (Dworkin), com todo o tempo necessário e conhecimento, decidiria um caso complexo e controvertido. Desconsidera-se, assim, dois aspectos essenciais para a determinação de um método interpretativo.¹

O primeiro reside na capacidade das instituições e agentes, havendo extensas limitações no plano fático relacionadas, principalmente, ao tempo e ao conhecimento. Dessa maneira, é de se questionar como as instituições deveriam interpretar os dispositivos legais. O segundo relaciona-se aos efeitos sistêmicos de determinada interpretação, ou melhor, às suas consequências para os atores públicos e privados. Vale dizer, a confecção de uma decisão ampla, profunda, que não se limite a decidir o caso concreto, mas, igualmente, aborde inúmeras situações elencando densas teorizações em vez de regras preexistentes e claras (sobretudo quando dotadas de eficácia *erga omnes*) tem a potencialidade de produção de consequências não antecipadas pelo emissor da decisão que podem ser ruinosas.²

Tal postura maximalista pode abranger, irrefletidamente, outras situações, contrariando o próprio propósito teleológico da decisão. Adicione-se que o desacordo moral é uma característica das sociedades pluralistas, de modo que a necessidade de um consenso mínimo exige a compatibilização do reconhecimento de visões opostas. Assim e, de outra parte, o minimalismo surge como alternativa

¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 183-187.

² Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40-49.

que, jungida à presente (e talvez perene) realidade da limitação institucional e humana, sirva de parâmetro à confecção de decisões mais modestas, porém legítimas e aptas a dar uma satisfatória resposta à sociedade.³

Neste cenário, não é demais ponderar que Waldron enfrentou um aspecto fundamental à temática da supremacia judicial, estudando a relevância do desacordo na interpretação e na aplicação de princípios.⁴ Em consequência, objetou o posicionamento liberal consistente na ideia de que a deliberação das majorias fosse restrita à política, enquanto os princípios devessem alocados à margem da deliberação destas mesmas majorias.⁵ Afinal, para o autor neozelandês, tais posicionamentos seriam – de fato – inexecutáveis, pois dentro da própria Corte Constitucional haveria inegáveis divergências e, assim, havendo desacordo quanto às tomadas de decisão, a ideia da autonomia individual (de feição liberal, traduzida na impossibilidade de interferência estatal), deveria conduzir ao posicionamento de que todas as visões contrastantes tivessem semelhante peso e influência. Leia-se, o indivíduo não atuaria como simples destinatário das normas, mas também autor e, portanto, juiz.⁶

Tais reflexões remetem, em oposição, a uma espécie de aclamado “constitucionalismo popular”, que prega a retirada da interpretação e da aplicação da Constituição das Cortes Constitucionais com uma conseqüente restituição ao povo.⁷ Dessa forma, a carta não seria visualizada apenas como uma norma jurídica, mas

³ Rodrigo Brandão, com apoio em Sunstein e Vermeule, registra que, em casos sobre matérias de grande complexidade, como questões morais ou científicas, o tribunal se depara com falta de informações, circunstâncias mutáveis e desacordo moral razoável e irremediável. Tais fatores incrementam, por assim dizer, os custos de decisão e de erro, de modo que a postura, portanto, que teoricamente deveria ser adotada, é a de cautela e humildade. Inclusive, dado que a formação jurídica e a natureza do processo judicial não forneçam as informações aptas à construção de regras amplas e profundas, a deslindar todas as questões, deveria o juiz adotar uma postura minimalista. Isto é, emitir decisão experimental, em caráter progressivo, permitindo que a mutação constitucional não tenha seus efeitos cerceados por uma prévia decisão judicial abstrata (ainda mais se tal decisão for incluída num aclamado “bloco de constitucionalidade”, apenas superável por emenda), evitando-se a polarização de uma única visão (BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 183-187). Cf. LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 129-135.

⁴ Cf. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, Yale, p. 1346-1406, mar. 2006. passim; _____. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. 221 p.

⁵ BRANDÃO, op. cit., p. 190-198.

⁶ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 166-185.

⁷ TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Oxford: Princeton University Press, 2003. passim.

primordialmente, como documento acessível à população e seus representantes para além do momento constituinte. A concretude de seu sentido permaneceria, em tese, com o povo (figura retórica vaga, porém encarada como unidade real).⁸ Vale dizer, a imagem de um possível controle político atentaria – para essa visão – o Tribunal à realidade de uma autoridade pretensamente superior, o povo, que não se quedaria inexistente, nem se resumiria a uma entidade abstrata legitimadora meramente do poder constituinte originário.⁹

Nota-se, enfim, que os teóricos da supremacia judicial e da supremacia parlamentar digladiam-se pelo propósito da vitória final, consistente na adjudicação da última palavra sobre a Constituição. Todavia, utilizam-se de um arsenal em comum: ou veneram apenas os pontos favoráveis aos juízes, e desfavoráveis ao legislador (supremacia judicial); ou cultuam aspectos positivos ao legislador e desfavoráveis aos juízes (supremacia parlamentar). Ambos os enfoques, entretanto, caem na vala comum de não enfrentar os posicionamentos contrários às suas teses, idealizando sua posição como se houvesse apenas uma resposta idônea aos reclamos das relações entre as instituições e as entre estas e a população. Ou melhor dizendo, a supremacia judicial apoia-se na crença de que o Judiciário possui capacidade institucional superior à do Legislativo para o fito de interpretação da Constituição. Elenca, basicamente, como premissas a essa conclusão o insulamento

⁸ O constitucionalismo popular possui em Larry Kramer uma de suas colunas. Elaborando uma crítica à interpretação “juriscêntrica”, procurou examinar a história do constitucionalismo, sobretudo o norte-americano, reavaliando a “judicial review” e terminando por concluir que não haveria suporte científico apoiado na vontade dos constituintes originários ou nos debates da convenção da Filadélfia, ou mesmo na história política dos EUA, que permitisse a conclusão necessária consistente no tratamento da Constituição como exclusiva norma e na interpretação definitiva por juízes. Para ele, o período da fundação - época em que a “judicial review” era embrionária, resultou em uma Constituição silente sobre o controle de constitucionalidade e, a despeito disso, o período constitucional inicial teria sido caracterizado por elementos substancialmente democráticos. Tushnet, também teorizador do “constitucionalismo popular”, por sua vez, pontua como premissa fundamental, o fato de que a interpretação judicial da Constituição não seria superior à empreendida por outros órgãos. Para ele, em democracias constitucionais estáveis, as interpretações não judiciais seriam rotineiras e tencionariam o consenso sem a necessária intervenção judicial. Vale dizer, o hipotético domínio dos juízes sobre a Carta Constitucional encobriria, na verdade, um receio dos liberais, correspondente a eventuais tiranias das maiorias. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 183-187; TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Oxford: Princeton University Press, 2003. passim.

⁹ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 271-276.

político deste Poder e o dever de fundamentação constitucional.¹⁰ Acresce-se que o legislador seria suscetível a *lobbies*, a pressões das minorias bem organizadas e aos interesses pessoais (reeleição, prestígio, entre outros), além do fato de um natural distanciamento do eleitor após o fim das eleições. E mais. Alega-se inexistir uma correlação imprescindível entre Lei e vontade da maioria pois, dadas as suscetibilidades a que estaria sujeito o legislador, a sua vontade não seria necessariamente a mesma do eleitor. Eis, basicamente, o panorama, digamos, “róseo”, da figura do juiz.

Por sua vez, a opção pela supremacia parlamentar enumera que o desacordo não é apenas político, podendo atingir também a esfera dos direitos. Isto é, todos os processos deliberativos (não só o parlamentar) poderiam incorrer em erro e, a despeito disso, o Parlamento, de cunho policêntrico e estruturado a fim de compor interesses, possuiria maior capacidade para conciliar posições, evitando o aprofundamento de antagonismos. Ademais, o retraimento político do juiz seria um mito face aos métodos de pressão: corte de orçamento, prerrogativas, opinião pública (e publicada), fatores que influenciariam os juízes. Denota-se, entretanto, que o recurso aos pontos favoráveis é presente, por óbvio, em ambas as facetas; mas se nem juízes ou legisladores são os perfeitos intérpretes da Constituição e dos anseios populares, a quem deve ser concedida a última palavra?

Para as teorias dialógicas das instituições, o sentido da Constituição a ser construído não resultaria apenas de uma origem fixa.¹¹ Ao contrário, seria produto de uma interação dinamizada entre os Poderes tanto entre si quanto face à sociedade. Todas as instituições públicas e políticas, é certo, são falíveis, ao contrário do que preceituam as teorias da supremacia judicial e parlamentar. Rejeita-se, dessa forma, qualquer pretensão no sentido da superioridade institucional de algum dos Poderes relativamente à leitura da Constituição.¹² Quer-se dizer, uma justiça procedimental exata, com métodos infalíveis, mostra-se utópica em casos de interesses inseridos em contextos de fundo principiológico. Assim, a premissa dos diálogos institucionais busca contribuir para o tratamento desta tensão entre a forma

¹⁰ Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 79-81.

¹¹ SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 91-100.

¹² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 199-210.

(quem interpreta),¹³ e a substância (como interpreta), que é inata às democracias constitucionais.¹⁴

Nesse contexto, a ideia de democracia deliberativa ganha relevância, permitindo-se, com ela, uma harmonização entre desacordo moral e estabilidade social em um contexto de reciprocidade. A primeira característica consiste na necessidade de justificação das decisões tomadas pelos cidadãos e seus representantes, não havendo espaço para a “decisão crua” das majorias. O cidadão não é mero destinatário das normas, mas, sim, coautor, agente autônomo. As decisões deveriam ser tomadas à luz de princípios aceitos em uma disposição de cooperação. O segundo aspecto deduz que as decisões devem ser tomadas em público e mediante razões públicas. Não basta a forma pública, o conteúdo deve ser dotado de verdades claras e aceitas (busca do consenso) pelos cidadãos, valorizando-se o pluralismo e a estabilidade. O terceiro ponto trata da vinculação apenas momentânea dos resultados dos processos de deliberação. A deliberação, como tal, necessitaria de um momento decisório. Todavia, como consequência lógica dessa terceira característica surge a quarta, o dinamismo do processo deliberativo. Vale dizer, há permanente abertura à crítica e à reversão, abrindo-se possibilidade de periódica correção de erros em mais uma valorização dos diferentes pontos de vista.¹⁵

Enfim, deve-se levar em conta fundamentações que minimizem as diferenças, inexistindo, porém, a obsessão pelo consenso. No entanto, indispensável uma séria perspectiva de busca pelo respeito do outro, considerando-se pontos meritórios ou não dos diversos aspectos da questão controvertida. Há, ademais, um aprendizado coletivo, pois é pouco prudente a aposição de uma ideia particular como solução necessariamente eficaz, nascendo, assim, o melhor apontamento pelo cotejo e compreensão das ideias de todos. Diante desse panorama, percebe-se que o caráter juriscêntrico das decisões do Supremo Tribunal Federal pouco agrega à democracia deliberativa. A ideia de que o judiciário apenas interpreta e não cria, somada à proibição da contradição de sua jurisprudência por meios legislativos

¹³ Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord). **Audiências públicas e ativismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. passim.

¹⁴ Cf. SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 57-60.

¹⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 211-217.

ordinários entrava a existência de um diálogo aberto sobre a Constituição. O contexto, então, é de diminuto aprendizado coletivo e de insuficiente compreensão dos temas.¹⁶

Em outras palavras, o “entrincheiramento” dos temas na jurisprudência e as decisões maximalistas, que englobam de maneira abrangente temas futuros, bem como a atribuição da última palavra ao Tribunal acabam por negar qualquer abertura à população sobre pretensas garantias contramajoritárias. As Supremas Cortes, nesse contexto, são poderes praticamente soberanos que produzem conteúdo constitucional constantemente. Há um verdadeiro estímulo à confusão entre o sentido dado às normas e as concepções particulares (idiossincrasias) do tomador de decisão (juiz), atuando o Tribunal guardião como um superego da sociedade, em uma postura paternalista. Leia-se, não se postula pela delegação da última palavra às maiorias de forma vazia, mas, sim, por um julgamento refletido da comunidade, permeando-se as concepções do presente com as tradições constitucionais sem a necessidade de um desenho institucional infalível e pré-moldado.

3.2 O paradigma da separação dos Poderes

O ativismo judicial induz discussões panorâmicas sobre a realidade da separação dos Poderes, pois no modelo clássico de divisão as Constituições previam primordialmente normas de procedimento e competência. Os juízes se limitavam a invalidar Leis que contrastassem frontalmente com normas claras (regras) e atuavam de maneira estritamente vinculada (vontade do legislador), exercendo um juízo de pura subsunção. Já o legislador exercia a política através do processo legislativo ordinário, com rígida distinção entre Direito e política. Não havia, portanto, confusão relevante, pois a atuação jurisdicional era meramente de aplicação sem atividade de feições criativas.¹⁷ Por sua vez, as questões puramente

¹⁶ Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 94-95.

¹⁷ Cf. NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: RT, 2005. p. 147-168.

políticas eram campo livre de parâmetros jurídicos e não regulados de forma precisa pela Constituição.¹⁸

Nesse contexto, acaso o Legislativo verificasse um desacordo com as decisões judiciais prolatas, bastava a alteração legislativa para que os juízes, diante de novo parâmetro, também passassem a alterar suas decisões. Era uma espécie de ingerência legítima e compatível com a independência judicial.¹⁹ Outrossim, os juízes não emitiam enunciados maximalistas a ponto de ditar comportamentos futuros dos outros Poderes.²⁰ Era o modelo orgânico-funcional de separação. Entretanto, o fenômeno recente do protagonismo judicial acarretou um afastamento desse panorama positivista-liberal. A conjuntura, agora, é de avanço do Judiciário sobre os sentidos indeterminados previstos na Carta com intensa valoração das atitudes do legislador. Torna-se inegável, no fim das contas, o caráter criativo exercido pelos juízes. E mais, a nossa Corte maior se transubstanciou em verdadeira arena política na qual os derrotados buscam a reversão do resultado,²¹ tudo sem contar a extrema dificuldade de superação dos entendimentos jurisprudenciais, dotados de complexas abstrações e teorizações acerca de princípios abertos.²²

Entretanto, é certo que, atualmente, todos os Poderes se consubstanciaram em fóruns políticos superpostos e diferentemente representativos,²³ cuja interação pode proporcionar um processo de deliberação mais qualificado, tornando mais legítima a regulação de determinada situação. Desta feita, o Legislativo deveria acentuar a típica característica de composição de interesses, de resolução de conflitos policêntricos, enfim, de aproximação de diferentes segmentos. Ademais, os legisladores, acaso atentos à produção de políticas públicas eficientes e abrangentes, poderiam utilizar as decisões da Corte Constitucional como um

¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 129-138.

¹⁹ Cf. AFONSO, Orlando Viegas Martins. **Poder Judicial**: independência in dependência. Coimbra: Almedina, 2004. p. 63-88.

²⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 117-140.

²¹ Cf. LIMA, Rogério Montai de; MIARELLI, Mayra Marinho. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 167-172.

²² Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 49-56.

²³ Cf. APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 110-112.

importante elemento de debate (mas não como elemento impeditivo).²⁴ Portanto, *prima facie*, o Legislativo teria uma prioridade em questões de políticas públicas. Já o Judiciário, com seu relativo distanciamento da política, possuiria uma condição privilegiada para,²⁵ mediante um juízo de razão prática, decidir sobre direitos moralmente controversos em contextos concretos. Leia-se, o Judiciário teria uma espécie de prioridade em questões de direitos fundamentais.²⁶

Frise-se que o registro duma competência *prima facie* não denota um monopólio, ao invés, confere inovação relevante, inexistindo compartimentos estanques, mas deferência ao sistema de freios e contrapesos. Sem monopólios, ou “última palavra”, o singelo protagonismo em dadas situações incrementaria um panorama de diálogo e não de exclusivismo. Tal perspectiva alinha-se à tendência das Constituições dirigentes e analíticas, que não se limitam a temas estruturais.²⁷ Antes, preveem um largo espectro de direitos e políticas públicas. Afinal, o excesso, a ilegitimidade a ser combatida é a que defere a apenas um órgão o poder de interpretação e aplicação de toda a Carta constitucional. Portanto, diante desse panorama, resta inegável que há certa fragilidade institucional do Judiciário, primordialmente quando houver coincidência entre os atores responsáveis pela implementação da decisão e os inconformados com o seu teor. Assim, de fato, a não implementação de suas decisões é uma ameaça concreta que tende a realçar uma postura de prudência nos juízes, sendo então, eventualmente, mais deferentes a realizações com amplo suporte na opinião pública.²⁸ Melhor dizendo, há um contexto de limitação à ideologia e ao Direito inspiradores da decisão.

Tal consideração, referente ao estímulo da prudência dos magistrados é importante, porém, o empirismo desenvolvido não considera um dado relevante: o malefício causado pela não implementação. Embora seja um instrumento de

²⁴ BOTELHO, Carina Santos. **A tutela directa dos direitos fundamentais**: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional. Coimbra: Almedina, 2010. p. 21-41; CANELA JUNIOR, Oswaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 161-169.

²⁵ Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75-79.

²⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 217-225.

²⁷ Cf. FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial**: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 133-137.

²⁸ Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. O ativismo judicial. In: _____. (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 34-38.

possível interação, a não implementação daquilo que é, digamos, abraçado pelo Poder Judiciário pode ser extremamente prejudicial ao Estado de Direito e à separação dos Poderes.²⁹ Vale dizer, como Poder e importante ator institucional – e a despeito da análise de seus avanços ilegítimos –, não deve ser fulminado pela inexecutabilidade de seus posicionamentos.³⁰ Assim, nessa perspectiva instituída de possível diálogo, as relações entre os Poderes tangenciam os opostos e os mecanismos de reação a decisões judiciais indesejáveis, bem como a influência de grupos propiciam uma razoável sintonia entre a jurisprudência da Corte Suprema e a opinião pública (primordialmente em casos que despertem o interesse da sociedade).³¹ Isto é, os limites fornecem uma forma de ponderação à atuação do Tribunal havendo, conseqüentemente, um horizonte de diminuição da força da crítica relacionada à dificuldade contramajoritária,³² sobretudo no controle de constitucionalidade.³³

Entretanto, diante desse espectro de influente participação de movimentos, grupos e outros Poderes na atuação judicial, pode-se concluir, equivocadamente, que o movimento neoconstitucionalista – caracterizado pela atuação em defesa dos direitos das minorias e dos estigmatizados – restaria esvaziado, principalmente no ponto do controle de constitucionalidade.³⁴ Não é o caso. Afinal, o Judiciário possui papel institucional importante e, deveras, essencial, de forma que numa atuação transparente e não negligenciadora das realidades política e social, a Corte poderá, sem receio de perda de força institucional, emitir decisões contramajoritárias. O fundamental, porém, é a conexão com a realidade e não a subserviência cega aos impositivos do mundo. Eis um cenário mediado, em que trabalha-se por uma Corte que não apenas homologue interesses, mas, ao revés, construa um controle incrementador do caráter deliberativo dos debates constitucionais.

²⁹ Cf. NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: RT, 2005. p. 133-137.

³⁰ Cf. CAENEGEM, Raoul Charles Baron van. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 89-118.

³¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 225-232.

³² BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 57-75.

³³ Cf. LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2012. p. 42-43.

³⁴ POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy, 2006. p. 79-99.

Com a nova ordem constitucional, que implementou uma fragmentação política (multipartidarismo, sistema proporcional de lista aberta) e uma democracia mais sólida, criaram-se condições favoráveis à expansão do Judiciário. No entanto, para além de tal progressão, a Carta também estipulou mecanismos de controle, de freios e contrapesos. Mencione-se, por exemplo, a competência do Parlamento para aprovar o orçamento do Judiciário e a nomeação dos ministros pelo Presidente seguida da sabatina pelo Senado. Tais instrumentos podem, ainda que indiretamente, exercer influência sobre as decisões da Corte, conferindo-lhes, na feliz expressão de Rodrigo Brandão, certo grau de *accountability*.³⁵

De mais a mais, a incompreensão das decisões da Corte guardiã também guarda relação com sua implementação. A linguagem jurídica não é de fácil compreensão, de modo que a *ratio decidendi* resta fluida, inibindo-se uma efetiva percepção pelo público e Poderes do real pensamento incrustado.³⁶ Assim, o método público e individualista de exposição dos votos (apesar de privilegiar a transparência) dificulta, igualmente, a conferição de uma unidade ideológica e pedagógica. É de se pontuar, inclusive, que não há um mecanismo célere e efetivo que garanta o eficaz monitoramento de juízes e autoridades administrativas face às decisões da Corte, bem como resta evidente que a interpretação perpetrada pelo Supremo é influenciada não só pela ideologia de seus membros mas, igualmente, pelos limites políticos e institucionais.³⁷ Leia-se, a autorrestrição judicial não é o único constrangimento à atuação contramajoritária, de forma que, dada a relativa facilidade do processo de emenda, o ativismo judicial pode ser facilmente combatido por um ativismo legislativo.

Em uma análise realista da nossa Suprema Corte, apesar do maior ativismo – primordialmente em questões de grande relevância –, é de se dizer que tende a antecipar eventuais reações contrárias com o fito de preservação de sua legitimidade. Em outras palavras, diante de todo esse filtro, há, sim, uma razoável sincronização com a opinião pública e a constitucionalização de determinados

³⁵ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 221. Cf. LIMA, Fernando Machado da Silva. **Jurisdição constitucional e controle do poder**: é efetiva a Constituição brasileira? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 64-67.

³⁶ Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 108-119.

³⁷ LIMA, Rogério Montai de; MIARELLI, Mayra Marinho. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 172-175.

posicionamentos pode lograr um caráter messiânico ao Judiciário, sem prejuízo de atentar a população para o debate em questão. É certo, porém, que o reconhecimento dessa fragilidade do Judiciário não lhe retira o caráter de pilar do Estado de Direito. Valendo-se de sua legitimidade, apoio popular e dever institucional, o Tribunal pode, entretanto, adequar o comportamento dos outros Poderes às visões majoritárias e, outrossim, atuar, quando necessário, contramajoritariamente em proteção à minorias estigmatizadas.³⁸

3.3 O dogma da última palavra

Ao defender que a última (e mais importante) palavra sobre a Constituição pertence exclusivamente à Corte Suprema - como se tal atribuição fosse uma mera decorrência do constitucionalismo – acaba-se por ferir os preceitos de uma democracia deliberativa.³⁹ Atribui-se, dessa maneira, uma legitimidade *ex ante* ao

³⁸ Cf. MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do poder judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?** Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 143-175.

³⁹ Acerca dessa visão tradicional, pontuam Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto: “Não compartilhamos dessa premissa, que, em nossa opinião, é equivocada tanto sob o ângulo descritivo como prescritivo. Sob a primeira perspectiva, não é verdade que, na prática, o Supremo Tribunal Federal dê sempre a última palavra sobre a interpretação constitucional, pelo simples fato de que não há última palavra em muitos casos. As decisões do STF podem, por exemplo, provocar reações contrárias na sociedade e nos outros poderes, levando a própria Corte a rever a sua posição inicial sobre um determinado assunto. Há diversos mecanismos de reação contra decisões dos Tribunais Constitucionais, que vão da aprovação de emenda constitucional em sentido contrário, à mobilização em favor da nomeação de novos ministros com visão diferente sobre o tema. Há formas de reação mais ou menos legítimas. Algumas são absolutamente incompatíveis com a lógica do Estado Democrático de Direito, como cortes no orçamento do Judiciário de caráter retaliatório, ameaça de impeachment ou de cassação de juízes ou até a simples recusa ao cumprimento das decisões judiciais. Outras são legítimas, como a mobilização da opinião pública, com o objetivo de influenciar os magistrados a reverem o seu posicionamento em caso futuro sobre a mesma questão. Uma decisão do STF é, certamente, um elemento de grande relevância no diálogo sobre o sentido de uma norma constitucional, mas não tem o condão de encerrar o debate sobre uma controvérsia que seja verdadeiramente importante para a sociedade. Sob o ângulo prescritivo, não é salutar atribuir a um órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. Definitivamente, a Constituição não é o que o Supremo diz que ela é. Em matéria de interpretação constitucional, a Corte, composta por intérpretes humanos e falíveis, pode errar, como também podem fazê-lo os poderes Legislativo e Executivo. É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição — nem do Judiciário, nem do Legislativo — o “direito de errar por último”, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão mais tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 561).

Tribunal, privilegiando a origem da interpretação e não a qualidade.⁴⁰ Há um contexto de desengajamento natural dos outros Poderes em decorrência dessa concepção juriscêntrica que, aliada à uma supremacia em sentido material, engessa o debate, e polariza a Corte, decidindo as questões relevantes unilateralmente, sem um controle efetivo. Em ordenamentos regradados por uma Constituição analítica, o deferimento da última palavra exclusiva à Suprema Corte acarreta, invariavelmente, uma polarização ilegítima, com tal perspectiva construída para contextos de Constituições em que se prevê não apenas a organização do Estado, mas, outrossim, fins a serem buscados.

Inclusive, argumentos em defesa da supremacia judicial acerca de uma eventual maior estabilidade institucional não procedem. Se mesmo nos EUA, onde os precedentes têm maior poder de vinculação sobre a Suprema Corte e demais Tribunais,⁴¹ tal estabilidade é questionada;⁴² que dirá no Brasil, onde o modelo é primordialmente casuístico, de não vinculação em regra. Com efeito, maior estabilidade é garantida, deveras, pela legislação ordinária e, ao revés, a flexibilidade dos entendimentos, em detrimento de uma estabilidade hipotética incrementa um diálogo sobre o melhor sentido das normas.⁴³ No fim das contas, torna-se mais relevante buscar a melhor decisão do que simplesmente existir uma decisão. A primazia atribuída à estabilidade possui um caráter ao menos conservador, contrário à transformação da realidade (objetivo constitucional).

⁴⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 250-272.

⁴¹ Cf. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 49-57.

⁴² “Nesse sentido — descontado o que na frase é pura e refinada ironia —, merece louvor o juiz Robert H. Jackson, da Suprema Corte dos Estados Unidos, quando diz que os seus integrantes desse venerável tribunal não têm a última palavra porque são infalíveis, mas que são infalíveis porque têm a última palavra.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26).

⁴³ “[...] a concepção deliberativa de democracia abre caminhos para uma nova interpretação sobre o papel dos Juízes e Cortes na efetividade dos direitos sociais. Contra uma inação jurisdicional (geralmente fundada na separação dos Poderes) é possível, sim, conceber um papel ativo ao Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais, pois a adoção de medidas tomadas por juízes para efetivar esses direitos ajuda a promover a deliberação democrática ao dirigir a atenção pública a interesses que, de outra forma, seriam ignorados na vida pública diária. Além do mais, contra um ativismo judicial exacerbado, a teoria da democracia deliberativa apresenta uma série de medidas alternativas à última palavra, em geral, dada pelas Supremas Cortes. Por fim, mostra-se como a democracia deliberativa pode, e deve, servir de fundamento para que os movimentos e atos de protestos realizados por aqueles que sofrem sistemáticas violações de direitos fundamentais e encontram dificuldades para se expressar sejam livremente exercidos como direitos aptos a ser defendidos (e não punidos) pelo Poder Judiciário.” (GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29).

Por sua vez, a teorização de uma extrema igualdade entre os Poderes, a desaguar na possibilidade de simples não vinculação do Executivo e do Legislativo às decisões do Judiciário possui caráter erosivo ao Estado de Direito. Com efeito, a obrigatoriedade das decisões judiciais é pressuposto fundamental para a efetiva limitação dos poderes e dos atores privados aos ditames constitucionais. Preza-se pelo equilíbrio entre as forças, conforme arquitetado na Carta.⁴⁴ Tratar-se-ia, assim, de medida autofágica à própria ideia de separação dos Poderes. Outrossim, o retorno a um sistema de efeitos apenas *inter partes* retrogradaria o nosso já incipiente modelo, que não se cultua pelo vínculo aos precedentes. Não sendo razoável, dessa maneira, relegar o Direito Constitucional a um corpo normativo desconexo e incoerente.

É de se registrar, ainda, que a obrigatoriedade das decisões judiciais não transforma os demais atores em marionetes. Ao revés, as autoridades políticas (e a população) podem reagir às decisões indesejadas. Dentre alguns instrumentos reacionários, relembre-se os ataques institucionais, as retaliações, a não implementação de decisões, entre outros. Todos ofensivos à independência judicial e ao Estado de Direito. Nesse contexto, a superação legislativa tem sensível vantagem em relação aos demais instrumentos de reação. Primeiro, porque eventual negação ao disposto pelo Tribunal via ato administrativo (emanado pelo Executivo) conferiria perigoso caminho à falta de controle das autoridades executoras de relevantes desígnios. Segundo, porque a atuação legislativa é relativamente transparente e acessível. Todavia, não se pugna pela imposição de uma supremacia parlamentar, em que o completo poder de revisão, construção e superação, via legislativa, de qualquer decisão judicial, logre transformar o Legislativo em um Poder soberano. Ao revés, assevera-se pela construção de um modelo dialógico,⁴⁵ construtivo, interativo.

Nesse sentido, ao Judiciário cabe, sim, a última palavra sobre o sentido da Constituição para o passado, pois dadas as suas características aptas ao julgamento dos fatos ocorridos e da proteção de minorias ofendidas, a Corte tem primazia no

⁴⁴ Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 165-170.

⁴⁵ Cf. SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 101-112.

apontamento das soluções nessa hipótese.⁴⁶ Ao contrário, ao Legislativo cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição para o futuro, igualmente dadas as suas características de maior conexão com a população, pois o Parlamento deve ter primazia na definição dos rumos constituintes.⁴⁷ Todavia, frise-se o aspecto de prevalência e não o de monopólio. Os papéis são principais, não excludentes. A realização do Estado Democrático de Direito fundamenta-se em um desenho institucional no qual o caminho é fixado em um diálogo livre entre Poderes e atores privados, em que nenhum é supremo, mas antes, construtor. Portanto, não se persegue um enfoque improdutivo, enumerando-se reiteradamente as vantagens e desvantagens de cada ator político. Ao revés, numa perspectiva dialógica, procuram-se os variados pontos de acesso ao debate constitucional disponíveis aos interessados, permitindo-se, assim, que atuem influentemente em face das instituições políticas, primordialmente o Judiciário e o Legislativo (que são diversamente representativos), em promoção à democracia.⁴⁸ Igualmente, combate-se o unilateralismo por parte de qualquer Poder, frisando-se o mecanismo de freios e contrapesos.

Dadas as prevalências apenas em um primeiro momento, permite-se que um Poder fiscalize permanentemente o outro e, diante de um acerto técnico-jurídico da Corte, opõe-se, pelo Legislativo, medida apta a minorar os seus efeitos práticos desagradáveis. Ou mesmo o oposto, dada uma correção no procedimento legislativo emanado pelo Parlamento, conserta-se eventual vício mediante a atuação do Judiciário. Consequentemente, há cenário propício ao diálogo interinstitucional, sem prejuízo das capacidades típicas de cada um e possibilita-se, a ambos os Poderes, uma construção interativa da melhor exegese constitucional em que cada um contribua com sua respectiva aptidão. Denota-se uma busca pela melhor interpretação *ex post*. Uma aferição de compatibilidade constitucional pelo seu conteúdo (e não origem) e, pontualmente, possibilitando-se novas análises por ambos Poderes. Registre-se que, em respeito a uma construção dialógica do

⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 258-259.

⁴⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 279.

⁴⁸ Cf. APPIO, Eduardo. **Discrecionalidade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 139-141.

conteúdo constitucional, o debate não deve cessar, antes, deve ser renovado, até o encontro da melhor solução.⁴⁹

Dessa maneira, a interpretação, por exemplo, das cláusulas pétreas deve ser restringida em benemérito somente das condições procedimentais e não procedimentais da democracia. Não se trata de concepção minimalista da atuação judicial. Não se inibe o controle. Ao revés, a postura ativista deve se posicionar frente à contenção aos avanços antidemocráticos e o controle abstrato é meio idôneo para a construção do futuro em um cenário de autogoverno do povo, ou melhor, da população, e não um fim em si mesmo destinado à defesa de modelos pré-determinados, ou à petrificação de relações. Vale dizer, não se deve confundir democracia com tirania das majorias, de forma que a demasiada interpretação extensiva dos direitos e garantias fundamentais leve a uma constante judicialização da política, ocasionando-se a sacralização de privilégios, devendo primar-se pela construção legítima e interativa de um futuro pluralista e democrático.⁵⁰

3.4 Da reserva jurídica de justiça

À primeira vista, enquanto a democracia teria por diretriz um autogoverno do povo, o movimento neoconstitucionalista se direcionaria por enquadrar limites a esse Poder, ainda que emanado dos cidadãos. O panorama é de delicada ponderação,⁵¹ ajuste entre posicionamentos de cunho procedimental e de cunho substantivo.⁵² Percebe-se, assim, que discussões sobre última palavra a respeito do conteúdo da constituição são mais abrangentes, não envolvendo apenas um conflito institucional entre Parlamentos e Cortes, mas, sim, entre ideologias políticas diversas. Neste sentido, Conrado Hübner Mendes argumenta pela recusa da tradicional, e

⁴⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 273-300.

⁵⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 193-202.

⁵¹ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 159-163.

⁵² POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as facas da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 106-120.

ambiciosa, justificação para o controle de constitucionalidade.⁵³ Trata-se da ideia relacionada à tese de que o Tribunal, sendo o “fórum do princípio”, seria mais apto que o Parlamento para proteger direitos fundamentais de estatura constitucional. Essa ideologia amplamente difundida imagina a Carta como um centro de gravidade único, com um guardião privilegiado. Outros atores institucionais, assim, acabam por tender a uma abdicação da busca pelo correto argumento constitucional. Dessa maneira, esse papel messiânico da Corte guardiã empobreceria a experiência democrática. O autor pugnou, em linhas gerais, por uma atuação judicial vinculada aos ditames do legislador negativo.

Assim, o Tribunal atuaria apenas como um contrapeso à política majoritária. Inclusive, dado o seu caráter técnico, a Corte teria sempre a oportunidade de inserção de argumentos e tópicos morais na agenda legislativa. Tal posicionamento foi denominado por Hübner Mendes como “processo de interlocução institucional”,⁵⁴ consistindo-se, em suma, em ideias de “desaceleração da política majoritária”, de modo que os argumentos contrários às tradicionais justificativas para a atuação abstrata do Tribunal não significariam, por vias indiretas, um posicionamento enaltecido do legislador, ou uma subserviência a qualquer decisão majoritária. Melhor dizendo, a recusa à usual justificativa não visa a fulminar o instituto da revisão judicial, mas sim, reposicioná-la. A forma de justificação determinará o perfil, o papel da instituição, as expectativas e como ela operará essa posição.⁵⁵ Nesse contexto, não há procedimento que garanta absolutamente um resultado justo; não há instituições infalíveis; e, de uma concepção de justiça substantiva não decorre, necessariamente, um desenho institucional. Frise-se que a discussão sobre as justificativas não inibe o debate substantivo a respeito da justiça das decisões. A fixação de quem deveria, por assim dizer, decidir não inibe a discussão sobre o que vai ser, ou foi decidido. A hermenêutica, dessa maneira, não resolve as objeções democráticas, não identificam o ente legítimo. Leia-se, o debate é do desenho institucional.

⁵³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21-30; _____. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 187-196.

⁵⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 308-316.

⁵⁵ Cf. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 195-204.

Neste cenário, as ideias de Hübner Mendes indicam que, se a legitimidade da revisão judicial do Tribunal é afixada pelo conteúdo, a questão é empírica, pois busca a substancialidade, não se contenta com o procedimento. Faz-se necessária, por conseguinte, a comprovação da reiteração dessa correção de decisões emitidas pelo Tribunal, o que, todavia, não se comprova, pois não haveria como se aferir, de maneira incontroversa, o efetivo respeito aos direitos fundamentais. Outrossim, para o fito de desenho institucional, tal comparativo meritório é infrutífero. Assim, a disposição da máquina estatal é teorizada para a divisão de funções e controle mútuo, de modo que a separação dos Poderes é encadeamento decisório que distribui faculdades de determinação e veto. Ao Judiciário, inserido nesse organograma equitativo, caberia vetar as decisões parlamentares quando dotado de argumento sólido. Haveria, portanto, apenas um acautelamento do sistema jurídico contra eventuais excessos majoritários.⁵⁶ Uma razão prudencial.

Deste modo, não há contexto exclusivo de última palavra ao Judiciário, nem de busca por um hipotético mínimo ético. Ao revés, posicionando-se a Corte como mais um ator do desenho institucional (de grande valia, dado seu poderio técnico), privilegia-se o incremento de um processo deliberativo dinâmico e de gradual busca à melhor resposta. Retira-se, por assim dizer, o caráter messiânico da Corte, conferindo-lhe a mesma desconfiança já destinada ao Parlamento. Afinal, no Brasil, a afixação das cláusulas pétreas como verdadeiras cláusulas morais denota ao STF, necessariamente, em verdadeiro órgão controlador supremo e polarizador das decisões. A revisão judicial, melhor dizendo, alcança não somente Leis, mas também emendas, enrijecendo-se o processo decisório. Além do direito de se autogovernar (emitindo decisões sobre si mesmos), aos cidadãos se atribui igualmente o direito de errar e, portanto, o tradicional argumento do direito de “errar por último”, ao contrário do usualmente afirmado, não confere uma faculdade inata à Corte, ao contrário, ressalta a necessidade da compreensão de que os cidadãos devem sofrer pelos erros que eles mesmos cometeram (e não terceiros), sem o enfoque paternalista dos juristas. A população, no fim das contas, está inserida no

⁵⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 317-328.

processo democrático e deve evoluir também através de seus equívocos, sendo precipitado alijar um ator político do processo democrático.⁵⁷

Toda essa digressão remete, novamente, ao questionamento acerca de “quem decide”. Ora, instintivamente, quando do estudo de determinado regime político, perquire-se sobre o ator político central, fonte de todas as prescrições jurídicas e políticas. Essa busca pode ensejar o sentimento de que o seu resultado bastará à elucidação da natureza do regime instituído. Ledo engano. Ainda que se pontue a clássica afirmação de que o soberano é o povo, o embaraço acerca da conceituação desse ator fundamental persistiria, havendo uma multiplicidade de atores influenciadores do processo de tomada de decisões coletivas (em nome do povo). A figura da autoridade legítima,⁵⁸ dessa maneira, é estruturada em uma perspectiva composta e dependente do tipo de decisão, do procedimento, do tempo, e da justificação.⁵⁹ Não há panorama, afinal, de solução unidirecional.

Daí se remete ao elemento do conteúdo a respeito do qual se decide sobre o campo dos interesses afetos à toda a comunidade (política) e à esfera da vida privada (extrapolítica). Os lindes do legítimo avanço político oscilaram e “politizações” e “despolitizações” de questões permearam as diferentes épocas.⁶⁰ Tal ponderação decorre do fato de que, em regimes democráticos e, especificamente, em temas relacionados a direitos, a controvérsia entre o mínimo de justiça substancial e a legitimidade do controle abstrato exsurge.⁶¹ A política, por óbvio, possui maior campo funcional que o domínio dos direitos e, no entanto, é o ponto nodal do conflito entre Parlamentos e Cortes pela atuação legítima,⁶² daí remetendo-se também à problemática de como se decide. Referido questionamento trata das etapas da tomada da decisão e atenta para a correção e justiça do procedimento escolhido para a emissão dos comandos. Ou melhor dizendo, a

⁵⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 213-215.

⁵⁸ Cf. NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O problema da razoabilidade e a questão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 181-188.

⁵⁹ Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 249-301.

⁶⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 176-182.

⁶¹ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 139-145.

⁶² MENDES, 2011, op. cit., p. 54.

legitimidade de uma decisão – primordialmente em regimes de democracia constitucional – é medida pelo seu conteúdo e pelo procedimento utilizado.

Assim, a equalização de um procedimento justo, principalmente quando em jogo questões com razoável grau de desacordo (como ocorre, usualmente, nos debates sobre direitos), incrementa a aquiescência das decisões conclusivas não consensuais pois, nos regimes de democracia constitucional, a primeira escolha procedimental – que tenciona a coibir os abusos – é a divisão dos Poderes, sendo a segunda o estabelecimento da base de operação de cada Poder. Dessa maneira, os Parlamentos institucionalizam a regra da maioria e a representação popular, já as Cortes, que são postas como isoladas da política e imparciais, possuiriam maior capacidade para decidir acerca de direitos (não sujeitas à justificação majoritária). Outrossim, os Parlamentos, embora mais suscetíveis à deliberação, são mais sujeitos a barganhas; e as Cortes, ainda que mais desconectadas dos interesses imediatos dos eleitores, são mais refratárias à deliberação.⁶³

Em continuação, além desses apontamentos procedimentais, a perspectiva de como se decide abarca, igualmente, os atributos formais dos comandos emanados dos Poderes Legislativo e Judiciário. Isto é, as decisões judiciais são marcadas por uma racionalidade de complemento, acréscimo, ou incremento e podem ter traços tanto prospectivos como retrospectivos.⁶⁴ Atos legislativos, por sua vez, costumam ser comandos gerais, abstratos, e apenas prospectivos. Assim, tais atributos derivam do próprio desenho institucional desses Poderes, o que remete a questões de quando se decide, frisando-se a premissa de que nenhum Poder é instituído como ator único e exclusivo relativamente ao fito de decisão acerca dos direitos. Todos, afinal, influem e participam em um contexto de círculo decisório,⁶⁵ de forma que a sobreposição, o acréscimo e a correlação de competências sobre direitos solucionam-se pela aposição de um momento oportuno para cada um equacionar, decidir. Dessa maneira, costumeiramente, em momentos isentos de tensão política, o Legislativo detém a iniciativa privativa de solucionar, por meio de Lei, um dado problema. Eis o ponto de partida ordinário para a inovação jurídica. As

⁶³ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 47-55.

⁶⁴ SILVA, Joana Aguiar e. **Para uma teoria hermenêutica da justiça**: repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas. Coimbra: Almedina, 2011. p. 361-373.

⁶⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60-68.

Cortes, após, podem ser provocadas para analisar a validade constitucional dessa mesma Lei e há, por assim dizer, um círculo, que embora varie de regime para regime, denota uma interação temporal contínua e perceptível.

Em cada realidade constitucional, portanto, haverá uma última decisão que será, no entanto, provisória. Explica-se. Ainda que não haja recurso para uma dada decisão (parlamentar ou judicial), o reinício do processo será continuamente possível quando do ensejo de uma novel rodada procedimental. Nesse contexto, a busca por uma última instância é reverenciada pelas digressões acerca da última palavra, mas uma circularidade permanente é resultado da análise temporal empreendida pelas acepções dialógicas.⁶⁶ No entanto, a mesma perspectiva temporal insere o regime político numa realidade análoga a um projeto de longo prazo, em um viés diacrônico. Quer-se dizer, não há contexto de momentos decisórios isolados no tempo e a um único ator, o que remonta ao questionamento relativo a por que se decide. Em uma conjuntura em que os direitos são inseridos numa moralidade política precedente à legitimidade democrática, a referida pergunta se correlaciona, igualmente, à origem da autoridade das decisões.⁶⁷ Relembre-se que as democracias constitucionais perseguem a legitimidade com fulcro nas razões oferecidas como móvel para os comandos.⁶⁸ Todavia, basicamente, trata-se de uma mistura entre razões procedimentais, que justificam o porquê de um ator decidir sobre determinada matéria em um determinado procedimento e momento; e, substantivas, que justificam a essência da decisão.⁶⁹

Em outras palavras, nas democracias constitucionais, a determinação de uma autoridade central não esquadrinha por completo a temática do desenho institucional. Um comando não resulta, no fim das contas, por democrático apenas em decorrência da análise de um elemento isolado. Os diferentes atores, procedimentos, tipos decisórios, momentos e justificações constituem-se, igualmente, em variáveis interdependentes da legitimidade, havendo a necessidade de costura e entrelaçamento dessas diferentes perspectivas e dimensões para a

⁶⁶ Cf. SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 113-115.

⁶⁷ Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do Direito**. São Paulo: Landy, 2003. p. 156-185.

⁶⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 140-142.

⁶⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 66.

visualização duma comunidade que, genuinamente, intitule-se democrática. Portanto, a mensuração da legitimidade democrática de uma decisão coletiva singular, ou mesmo de um regime político, consubstancia-se em uma tarefa plural e multifacetada.⁷⁰

⁷⁰ Cf. MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do poder judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?** Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 200-218.

CAPÍTULO 4 ENTRE O VOLUNTARISMO E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL

4.1 Voluntarismo ou ativismo judicial?

Há de se mencionar a chamada “crise do Legislativo”, que é a justificativa final para uma postura proativa do Judiciário. Nesse sentido, questiona-se se será essa crise mesmo tão crítica quanto dizem os defensores da postura proativa. Ora, um estudo estatístico brasileiro pode revelar não o efeito oposto, mas, sim, em cascata de como funciona um marketing teórico. Assim, para se tentar testar a hipótese de que o Legislativo brasileiro seria fraco e incapaz de criar Leis, ou ao menos Leis constitucionais, um estudo estatístico apresentado por Thamy Pogrebinschi classificou todos os projetos de Lei e propostas de Emenda que têm por objeto os mesmos temas que sucederam às respectivas decisões anulatórias do STF, de modo a criar parâmetros analíticos que permitem avaliar tanto o tipo de resposta do Congresso, como também mensurar o tempo em que dadas.¹

Ou seja, e isso é de fundamental importância para acabar com um dos maiores mitos que ainda permeiam as discussões acerca do ativismo,² ao contrário do que se pode dizer, a intensidade legiferante do Parlamento no período que

¹ POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 120. A esse respeito, arremata a pesquisadora “Assim, tem-se que, entre 1988 e 2009, nos momentos em que o STF declarava a inconstitucionalidade de um ato do Congresso Nacional, havia uma média de 11,75 projetos em tramitação nas casas do Poder Legislativo federal. No que tange às normas que disciplinam os mesmos temas dos atos declarados inconstitucionais, embora eventualmente o façam de um modo um pouco diverso daquele da legislação invalidada, observa-se uma média de 2,60 em vigor no momento em que o STF profere a decisão de inconstitucionalidade. Considerando-se o total de proposições legislativas (e desconsiderando-se o fato que o número absoluto de projetos compreende as normas promulgadas) ter-se-ia uma média de 14,35 para cada decisão de inconstitucionalidade do STF. Em face desses números não se pode, definitivamente, conferir-se validade à tese de que o STF age diante de um vácuo legislativo, tampouco que preenche lacunas deixadas por um Congresso inoperante, que legisla pouco sobre matérias que requerem ser legalmente disciplinadas. Ao contrário, a alta intensidade da atividade legislativa presente no Congresso Nacional no período que antecede a declaração de inconstitucionalidade, em particular o fato de que a produção legislativa refere-se precisamente aos mesmos temas em face dos quais recai o veredito de inconstitucionalidade, demonstra ainda que, mesmo que se considere justificável a intervenção judicial a fim de sanar eventuais vícios na legislação, o próprio Congresso já se antecipa na formação de novos e outros consensos majoritários em torno dos mesmos temas – de modo a exercer possivelmente sobre si mesmo não apenas uma capacidade autocorretiva, mas uma genuína renovação da vontade popular expressa nas urnas.” (Ibid., p. 124).

² Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 219-224.

precede a declaração de inconstitucionalidade - sobretudo considerando as mesmas matérias em face das quais recai o decisório - atesta que, mesmo se reputando plausível a intromissão jurisdicional, o próprio Parlamento já se adianta na formatação de outros consensos majoritários a respeito dos mesmos assuntos – de modo a “[...] exercer possivelmente sobre si mesmo não apenas uma capacidade autocorretiva, mas uma genuína renovação da vontade popular expressa nas urnas.”³ Com todo esse cenário, pode-se concluir que estamos diante de um projeto de poder perigoso, pois passa por cima da Constituição sem precisar olhar para ela e a ordem espontânea da qual faz parte como algo precisando de reformas – reformas às quais apenas o juiz que trabalha com a realidade seria capaz de lidar.⁴

Todavia, o que se tem em voga não é corrigir, amparar o Legislativo na tarefa de criação de Leis (aquilatando quase uma nova jurisprudência do que é devido e funcional), mas sim passar por cima da ordem, ignorar a história e os fatores sociais nos quais essas Leis estão inseridas (e o próprio sistema de separação dos Poderes que delega ao Judiciário tarefas obviamente diferentes das do Legislativo) e, não buscando aperfeiçoar a ordem, quer apenas atropelá-la e ignorá-la quando bem lhe aprouver da sala de reuniões. Mantendo sempre em vista a ordem espontânea, garantia contra o poder arbitrário do Estado e do agente humano que está com o controle estatal no momento, essas divergências denotam que não seria adequado admitir-se a um Poder a atribuição de extrapolar seu âmbito de atuação exercendo as funções de outro.⁵

O ativismo judicial, importa asseverar, não é apenas antidemocrático: é uma postura que, dada a configuração das Cortes, favorece sempre um lado da questão em determinado período, por mais que esse lado possa mudar com o passar das décadas – mas é sempre um projeto de poder. Não é lícito, portanto, ao julgador desprezar a norma que lhe seja, de modo idiossincrático, inconveniente. Tem-se, vale dizer, uma única grande preocupação – que pode ser resumida como

³ POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 124. Cf. SILVA, Leila Maria Bittencourt da. **Teoria da Constituição e controle da constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 311 p; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e a realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 298 p.

⁴ POGREBINSCHI, op. cit., p. 128.

⁵ HAYEK, Friedrich August von apud DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 466.

inquietação da democracia: não deixar que apenas uma única pessoa ou um grupo restrito de humanos decidam questões importantíssimas em nome de uma coletividade, e com consequências para muitas outras – e, pior ainda, chamar esse processo mesmo de “democracia”. Em outras palavras, e diferentemente da intercorrência do controle judicial, consequência natural do Estado Democrático de Direito, a supremacia judicial perfaz-se no momento em que o Judiciário exige (e impõe) a atribuição da última palavra,⁶ ocorrendo de não admitir diversos feixes hermenêuticos constitucionais. Afinal, conforme anotam muito bem Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, conclamando a uma curiosa modéstia difícil de ser encontrada nos juízes, “[...] o ideal moderno da democracia sugere, ao contrário, a emancipação dos cidadãos, liberando-se do paternalismo dos ‘sábios e iluminados’.”⁷

4.2 Do desconcerto institucional

Implícito ao conflito entre Parlamentos e Cortes há, no mínimo, uma vinculação do atrito entre dois ideais políticos (democracia e constitucionalismo), variáveis de legitimidade (procedimentais/forma e substantivas/substância) e tipos

⁶ Aqui não se deve confundir a expressão “última palavra” com a prerrogativa de decidir juridicamente por último determinada medida judicial, dado esse imanente às atribuições do Poder Judiciário. Longe disso, remete-se à legitimidade para impor (ou melhor, optar) por determinado conteúdo material que devesse passar pelo crivo direto ou indireto de outras esferas de poder.

⁷ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 465. Por isso, Habermas defende o controle abstrato de constitucionalidade pelo Tribunal em conexão com as condições democráticas de formação da vontade política. Protege-se, em última instância, a autonomia do cidadão e somente dessa maneira não se corre o risco do Tribunal assumir o ilegítimo papel de legislador. Nesse sentido, o filósofo alemão criticou a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, da lei de aborto no país, pois ela foi debatida por quatro anos. Desrespeitou-se a discussão pública e judicializou-se a política, terminando a Corte por desprestigiar aquilo que mais deveria defender, a autonomia dos cidadãos que chegaram a um consenso. Com isso, no giro procedimentalista, a postura do Tribunal constitucional deve ser a de contenção, especialmente ao lidar com questões controversas. Deve ser dada, assim, prevalência à vontade popular, reconhecendo-se a racionalidade discursiva do processo de formação da vontade política. Fixado esse entendimento, urge promover um questionamento: que alternativa resta ao cidadão que não vislumbra legitimidade na norma, ou que se entendesse lesado pelo consenso em torno de um ponto controverso? Ou melhor, como a minoria pode defender a si própria, diante de uma temática normativa racionalmente legitimada? (Cf. INGRAM, David. **Habermas**: introduction and analysis. Cornell University Press: Ithaca, 2010. p. 153-189; BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010. passim; EDGAR, Andrew. **The Philosophy of Habermas**. Acumen: Durham, 2005. passim).

de decisão (políticas públicas e direito).⁸ Fixe-se esse quadro analítico de estruturação binária e, deste modo, a tarefa de entendimento das diferentes posições não se exaure tão somente com a visualização da perspectiva favorável ou contrária ao protagonismo judicial mas, outrossim, com a multiplicidade das intercorrências institucionais. De mais a mais, a atividade de gradação intelectual, buscando-se níveis mais abstratos e fundamentos últimos para as distintas perspectivas, com o fito do encontro de posições compartilhadas, não subestima o desacordo, antes, reverencia-o, possibilitando um melhor dimensionamento. Há, vale dizer, planos conciliatórios nos antecessores lógicos e filosóficos dos desenhos institucionais.

Os desacordos institucionais não decorrem, necessariamente, de concepções radicais e contrapostas sobre democracia e constitucionalismo. Contextualizando, a democracia não seria um ideal puramente formal, em que a decisão, para ser considerada democrática, necessitaria apenas de um procedimento próprio e indene de qualquer substância. O constitucionalismo,⁹ ao seu turno, não seria tão somente imbuído de uma substância (direitos fundamentais) conferidora de limites a uma forma (divisão de Poderes), mas, sobretudo, carregada de freios procedimentais garantidores. Eis o delineamento clássico e com feições binárias. No entanto, num raciocínio ponderador, não resta inverossímil, ou não razoável, afirmar que os paradigmas de governo popular e de limitação desse mesmo empreendimento possuem, ambos, parâmetros legitimadores substantivos e formais. Assim, o ideal democrático, ainda que em seu viés procedimental (hipoteticamente) puro, deve preservar, ao mínimo, seus próprios pressupostos existenciais, quais sejam a coexistência harmoniosa entre maiorias e minorias e a obediência desses setores aos comandos coletivos. Não se trata de uma eventual e inata necessidade de um órgão externo fiscalizador, mas antes, de um requisito substantivo ensejador da própria sobrevivência da democracia, evitando-se um comportamento autofágico.¹⁰

⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226-228.

⁹ Cf. DUARTE NETO, José. **A iniciativa popular na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2005. p. 317-319.

¹⁰ MENDES, 2011, op. cit., p. 165-170.

Já o movimento neoconstitucionalista,¹¹ a despeito de suas feições pouco unívocas, pugna pela eleição de limites legitimadores (direitos fundamentais) das decisões emitidas pelas instituições de seu desenho formal (separação de Poderes).¹² Dessa maneira, aponta-se que não seria desarrazoado, ou absurdo, ponderar que os referidos limites substanciais propostos pelo constitucionalismo seriam coincidentes com os substanciais inatos à democracia procedimental.¹³ Vale dizer, em última instância, consubstanciam-se em ideias com diferentes histórias e culturas intelectuais que, no entanto, quando da institucionalização, acabam por se imiscuir. Dessa maneira, à medida em que se abstraem os antecedentes lógicos e filosóficos do debate, surge um contexto de tom meramente retórico, imbuído de chavões paradigmáticos que, no mais das vezes, restam vazios de significado, conteúdo e utilidade.

Pontue-se, ainda, que a inferência de um dado arranjo institucional não é consequência automática e inexorável de um ideal. É necessária a perquirição sobre demais níveis ideológicos, em um passo do plano mais genérico ao mais preciso. Rejeitar algum apontamento, como as capacidades institucionais, argumentando, simplesmente, por uma bravata intitulada “democracia” ou “constitucionalismo”, não se faz verossímil.¹⁴ Em síntese, emoldura-se um exame analítico, que desafia a autoridade legítima, o tempo, o conteúdo e a maneira de decisão sobre os direitos em uma democracia. Não se tenciona o raciocínio exclusivista, ao revés, buscam-se maneiras de interação que otimizem, maximizem e incrementem o potencial epistêmico da democracia. Portanto, o ideal buscado é o autogoverno coletivo, conferidor de um status moral equitativo a todos os indivíduos e fomentador de demandas formais e substantivas.

O diálogo, por assim dizer, é signo expressivo que na política corporifica uma imagem de lealdade, igualdade e respeito, sendo matriz de horizontalidade e não hierarquia. Igualmente, um vetor seguro que, na realidade interna das

¹¹ Cf. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 49-56.

¹² Cf. POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006. p. 63-73. Cf. DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy, 2002. p. 255-270.

¹³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 211-217.

¹⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 68.

instituições, é evento constante, mas no plano interinstitucional é fenômeno dotado de intenso debate. Melhor dizendo, a paisagem comum é a separação dos Poderes e o intento é a ideia de incremento - pelos eventos dialógicos - dessa forma de desenho institucional. Porém, no lugar de idealizações sobre o juiz ou o legislador, a preocupação se dá na racionalização do significado e das consequências de suas interações. Consequentemente, revisão judicial e o processo legislativo são postos à observação sob novas luzes ou, em outras palavras, tenciona-se um termo médio entre a defesa inapelável da supremacia judicial e a parlamentar, amenizando-se a preocupação com a dificuldade contramajoritária.¹⁵

Neste cenário, os principais elementos da defesa dialógica institucional são a refutação do viés juriscêntrico; a recusa do exclusivismo judicial na interpretação da Constituição, pois tal atividade intelectual deve ser e, de fato, é empreendida por todos os Poderes; e o combate à ideia de última palavra. Em continuação, pugna-se pelo reconhecimento, pela própria Corte, de seus deveres dialógicos, participativos e interativos (principalmente em relação ao Legislativo), havendo um viés endógeno. Quer-se dizer, o diálogo como consequência necessária da separação dos Poderes, do arranjo constitucional (e não da boa vontade participativa), numa perspectiva exógena,¹⁶ recorrendo-se à contextualização do questionamento sobre quem, como, quando e por qual motivo que decide sobre direitos fundamentais na democracia. Afinal, a fundamentação dialógica objeta a ideia de última palavra, de modo que o controle abstrato de constitucionalidade, por exemplo, não rejeita o dinamismo evolutivo de uma comunidade democrática.

Decisões, em campo político, são provisórias, em que pese o custo de sua reversão e a dimensão histórica e atemporal da política – ínsita aos agrupamentos sociais –, o que desqualifica qualquer pretensão suprema por parte de instituições e grupos. Leia-se, não se defende um indeterminado, incerto, ou indefinível desenho de revisão judicial e, igualmente, não se propugna por decisões sem critério. Cogita-se, sim, sobre condições para o exercício da revisão judicial e sobre modelos dialógicos mais producentes e democráticos. Em suma, a demonstração da elevação do caráter epistêmico da democracia, em decorrência dos diálogos

¹⁵ Cf. BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 277-282.

¹⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105-108.

interinstitucionais, é essencial.¹⁷ Ponderação e conciliação de diferentes perspectivas como provisoriedade das decisões e continuidade da política (e a discussão sobre a última palavra e o diálogo) devem ser pontuados como realidades complementares. O diálogo permanente, conduzido de maneira excessiva, pode levar, é certo, a uma lacuna decisória; e, por sua vez, a última palavra, tomada de forma exclusivista, termina por estabelecer entes supremos em um arranjo que prima pelo equilíbrio. Melhor dizendo, decisões possuem diferentes graus de provisoriedade, podendo ter diferenciada medida de durabilidade ou vigor e, assim, a atribuição à Corte do status de interlocutora não a desonera do ônus da boa fundamentação, da boa decisão.¹⁸ Ademais, a percepção desse caminho decisório, da deliberação sempre provisória e do diálogo (a longo prazo) inevitável, agrega um novo plano de análise da revisão judicial e de seus limites. A dinâmica dialógica, por si só, não fornece uma justificativa para a existência da revisão judicial. Todavia, cogitar da maximização da legitimidade dos Tribunais é preferível à simples negação do instituto revisional.

4.3 A ordem espontânea com diálogo

A autonomia individual e o governo de si próprio são, é certo, pressupostos do ideal democrático numa perspectiva ao menos liberal, rememorando, neste ponto, o enfrentamento de Hayek sobre o papel do juiz como uma entidade dentro da ordem espontânea criadora do Direito. Conseqüentemente, a comunidade formada restaria, igualmente, autônoma. Nesse contexto, o desafio é a intermediação desse processo, pelas instituições, do autogoverno no plano individual para o autogoverno no plano coletivo. Ofensas à autonomia, paternalismo político e ilegítimos privilégios decisórios (delegados a reduzidos indivíduos) são, inegavelmente, posturas indesejáveis. Neste sentido, se indevida, a revisão judicial materializa o risco da ocorrência desses fenômenos antidemocráticos, de modo que a perda da experiência política, do estímulo à luta e da oportunidade do aprendizado

¹⁷ Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. O ativismo judicial. In: _____. (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 19-40.

¹⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 223-224.

com os próprios erros são alguns dos malefícios decorrentes. Melhor dizendo, as decisões judiciais devem se pautar pela exclusiva proteção da democracia, em uma atuação pontual e minimalista, pois o aprendizado decorrente das errôneas escolhas e a não interferência de agentes externos na correção são alicerces (embora nem sempre claros) de um regime que preze pelo autogoverno.¹⁹

A construção dos procedimentos decisórios, contudo, não deve ter o autogoverno como valor único. O desenho deve intentar, outrossim, a racionalização de um procedimento que confeccione os melhores resultados possíveis, adicionando-se a esse panorama a falibilidade das instituições. Diante de todos esses elementos – mormente o autogoverno e a própria faculdade de errar, bem como a conseguinte falibilidade institucional – questiona-se, mais uma vez, sobre a autoridade possuidora do direito de errar por último. Vejamos. A correlação entre autogoverno e Parlamento é demasiadamente simplista e a legitimidade não se perfaz, pura e simplesmente, mediante uma eleição. Ademais, a classificação dos Tribunais como instituições isoladas da comunidade (e incontroláveis politicamente) ignora, é certo, uma perspectiva mais abrangente e razoável da legitimidade. A dinâmica política é mais complexa do que um mero antagonismo entre povo (Parlamento) e juízes (Corte).²⁰ Assim, não se atribui a nenhuma das instituições o privilégio da presunção. Quer-se dizer, a supremacia parlamentar, ao extremo, exclui qualquer critério de julgamento valorativo das decisões políticas. A supremacia judicial, por sua vez, avocaria ao Tribunal a condição de intérprete máximo e supremo da Constituição, de modo perene. Portanto e por outro lado, em um viés dialógico, pugna-se, sim, pela existência de medidas valorativas transcendentais ao procedimento sem que, no entanto, nenhuma instituição se imponha em baluarte democrático.

A perspectiva da falibilidade institucional, outrossim, não pode ser encarada de modo isolado, apto a observar apenas os polos do falível e do infalível, pois tal perspectiva dificulta a contextualização da revisão judicial quando o tema versa sobre direitos fundamentais. Há, sim, a necessidade de afixação de um modo, um procedimento que maximize as possibilidades de acerto da escolha, acompanhado

¹⁹ Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do Direito**. São Paulo: Landy, 2003. p. 186-237.

²⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 183-190.

de ponderação ou balanceamento entre os interdependentes planos da forma e da substância apto a incrementar a interação entre Parlamento e Tribunal, indicando ser essa uma maneira razoável para o incremento da qualidade das decisões. Em sequência, frise-se que juízes e congressistas não se situam em planos excludentes, mas cooperantes, inexistindo um arranjo específico e pronto de interação institucional pois, em uma realidade dialógica, tal predeterminação seria contraditória. Assim, os critérios determinantes da legitimidade e da capacidade institucional são aferidos caso a caso. Não se nega a falibilidade, todavia, não se adota postura inerte face à possibilidade do erro, ao revés, mediante uma interação deliberativa e busca das razões públicas, amplifica-se a capacidade epistêmica da democracia.

Dessas digressões, o debate salutar sobre o eventual pertencimento à Corte da última palavra, inegavelmente, incrementa-se. Em um caso concreto, individualizável, com contornos da processualística individual comum, por exemplo, a decisão, de fato, representa um encerramento jurídico da questão. Todavia, a temática subjacente ao julgamento e os assuntos abordados em processos não perfeitamente individualizáveis (coletivos ou revisão judicial) são discutidos e rediscutidos continuamente pela comunidade política, podendo ser, inclusive, levados a novos julgamentos pela Corte. Nesse ponto, faz-se necessário um apontamento relevante: a perspectiva dialógica, por si só, não exaure a problemática e não se adere, incontestadamente, a um dos polos (dialógico ou última palavra).²¹ O contínuo diálogo entre as instituições e a relativização da ideia de última palavra não significam a desnecessidade da procura por uma harmonia, um ponto de equilíbrio.²²

Ou melhor, embora asseveradas as insuficiências das perspectivas da supremacia (que pugnam pela última palavra), tais compreensões não devem ser desconsideradas quando da construção das respostas. As cartas constitucionais instituem roteiros de verbalização institucional dos projetos coletivos e de solução de conflitos. E esses roteiros possuem um ponto inicial, de forma que, após o

²¹ Cf. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 28-32.

²² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 165-170.

cumprimento de determinados estágios, atingem um ponto final. Todavia, esse ponto é final apenas no contexto duma rodada procedimental em que o debate surgiu. Consequentemente, a rodada pode ser recomeçada (indefinidamente) e, por óbvio, outras decisões provisórias poderão surgir. Vale dizer, há um necessário balanço entre dinamismo e última palavra no contexto da separação dos Poderes. Perspectivas de diálogo, realmente, agregam novos panoramas à relação entre Cortes e Parlamentos, mas necessitam da cooperação das dimensões da última palavra.²³

4.4 Do sobrepeso entre Poderes à deliberação

O diálogo interinstitucional é engendrado, basicamente, pelo desenho institucional que o regulamenta no plano formal e a cultura política, sendo o estímulo ao melhoramento dos padrões de interação e deliberação o objetivo mais sólido e factível. Assim, independentemente do arranjo institucional, a interação no tempo é inexorável e influi no entendimento da questão da legitimidade; bem como as variadas perspectivas de legitimidade inseridas na cultura política influem na qualidade da interação.²⁴ A resposta a uma usual objeção democrática, consistente na afirmação da inexistência de última palavra, mas, sim, de um diálogo perene, retira o tom trágico das defesas do protagonismo jurisdicional. Dessa maneira, abandona-se um raciocínio binário (Parlamentos ou Cortes, última palavra ou diálogo), em reverência a um enfoque da complementaridade entre essas instituições,²⁵ bem como, diante dessa dificuldade e da coexistência de distintos centros decisórios, a saída normativa aponta para a necessidade de cooperação. Eis uma perspectiva teórica relevante para o estudo da interdependência entre o ativismo judicial e o diálogo interinstitucional.²⁶

²³ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da constituição**: da fundamentação da validade do Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 362-368.

²⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 191-193.

²⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 175-187.

²⁶ Cf. MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do poder judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?** Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 189-193.

Em que pesem as atitudes cooperativas e dialógicas, por óbvio, em temas controversos, há a necessidade de uma solução e a separação de Poderes permite que, a cada momento ou etapa decisória, uma matriz diferente emita a decisão. Não se dispensa a última palavra, ao contrário, sua aposição dentro de uma rodada procedimental é roteiro necessário. Afinal, acerca da última palavra sobre direitos, o melhor critério para a escolha dessa autoridade decisória pontual é a confiança da comunidade e a maior probabilidade de produção do acerto na solução.²⁷ Acaso seja classificada de não democrática, a outra instituição poderá responder e, ademais, sua decisão não vigorará por longo tempo. A última palavra tem sua importância, mas é parte da prática política e não ela em si. Vale dizer, em que pese o ponto pacífico a respeito da inexistência da neutralidade judicial,²⁸ o Tribunal possui sensibilidade política e testa continuamente os seus limites na realidade da separação de Poderes.²⁹ Igualmente, calcula a resposta potencial das outras instituições e sua própria capacidade de resistir, além do fato de a separação dos Poderes ser fenômeno dinâmico, e não pura e simplesmente desenhável em um corpo regulatório delimitador. Em correlação com essa interação, a legitimidade de cada Poder, da mesma maneira, oscila em acordo com as circunstâncias, não estando as Cortes isoladas em um ambiente asséptico.³⁰

Diante desses apontamentos, percebe-se que a hermenêutica constitucional não esclarece de forma satisfatória os momentos de menor ou maior ativismo por parte de um Tribunal, não interligando os procedimentos judiciais às circunstâncias políticas. No fim das contas, Cortes ativistas e incrementadoras de um catálogo de direitos costumam ter sua atuação ovacionada pela opinião pública e não objetada por outros Poderes. Todavia, em sociedades de rígida cultura parlamentarista, de proeminência dos congressistas e tradição secular, algum tipo de atuação em prol de catálogos garantistas é mais visivelmente criticada, levando-a a,

²⁷ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da constituição**: da fundamentação da validade do Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 549-551.

²⁸ Cf. MARTINS, José Renato Silva. **O dogma da neutralidade judicial**: sua contextualização no Estado brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 67-92; HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do controle jurisdicional da motivação das decisões**. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 141-174.

²⁹ Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. O ativismo judicial. In: _____. (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 19-40.

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 93-108.

consequentemente, acanhar-se. Frise-se que, por óbvio, as variáveis são infinitas, não sendo o perfil do Parlamento, unicamente, o singelo direcionador das condutas judiciais, persistindo modulação em conformidade com as circunstâncias e em ordem à ideia de freios e contrapesos. Melhor dizendo, é de se lembrar ser a noção de separação dos Poderes, por si só, dinâmica, de modo que ativismo e autocontenção, ocupação e desocupação de espaços, negociação da atuação são todos processos informais acomodados nessa realidade (não observável pela hermenêutica) e não controláveis por um meio puramente formal (texto legal).³¹

Entretanto, instituições emitem razões e justificativas para suas decisões de forma diferenciada, de forma que a análise sobre a possibilidade (ou mesmo o dever) de outro Poder levar as referidas justificativas como base para uma reação, ou deferência, é ponto relevante. O interessante dessa problemática é como o Poder Judiciário, atualmente, vem lançando mão de fundamentos dispensados ao âmbito legislativo em suas próprias decisões judiciais, numa espécie de antecipação (ou até supressão) do debate – quando há judicialização da política, a despeito de eventuais posturas dialógicas por meio de audiências públicas.³² Ora, o juiz, é certo, é um ator político, de modo que as normas, a razão e as diretrizes da teoria normativa não são as únicas variáveis influentes na reação judicial. Ademais, para adiante dessa constatação, as próprias funções institucionais são oscilantes e, de uma tensão, deliberação, ou diálogo exsurtem disposições temporárias e instáveis. Eis uma ideia difícil de ser compatibilizada com um arquétipo institucional previamente fixado.³³

Acaso haja concordância, relativamente ao fato de que as variáveis de legitimidade democrática não sejam, puramente, determinadas por um procedimento, mas também pelo resultado, passa a ser verossímil que, em determinadas circunstâncias, a valoração substancial se sobreponha ao

³¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 188-189. Assim, a ideia de diálogo não é um impositivo contrário aos usos institucionais, ao revés, é o desenvolvimento de uma prática natural e instintiva. Aqui, intentou-se a digressão acerca das condições ideais da interação entre os Poderes. Nesse diapasão, a observação da Constituição apenas em decorrência de um caso particular empobrece a teoria constitucional. Dessa forma, o exame da Carta Constitucional a partir da compreensão da conflituosidade e permanência dos processos políticos por ela dirigidos, em aliança a um ideal cooperativo, possibilita, consequentemente, um ganho epistêmico ao nosso ideal democrático. Por fim, o posicionamento do STF como um catalisador do diálogo resta enaltecido e justificado.

³² Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 186 p.

³³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 260-272.

procedimento. Em outras palavras, torna-se crível que uma instituição, por possuir a melhor resposta, subordine-se à outra que, teoricamente, seria a mais adequada para a emissão dessa decisão. Nesse contexto cambiante, deliberativo e dialógico, a revisão judicial ostenta relevante papel de, por um lado, a sua existência, por si só, estimular o Legislativo a trabalhar e discutir, de maneira mais profunda e arrazoada, a temática dos direitos; e, por outro, dadas as limitações externas que, certamente, influem na tomada das deliberações legislativas, a possibilidade de revisão de seus atos implica, por óbvio, uma maior responsabilidade na sua confecção. O intento, por assim dizer, não é a variação entre momentos de soberania parlamentar e de soberania judicial, já que o diálogo relativiza a última palavra e a insere em um cenário mais rico, dinâmico e complexo.

Em que pese a necessidade de afixação de uma autoridade emissora da última palavra e o estabelecimento da legitimidade substancial como um critério válido, não há, no fim das contas, uma resposta prévia e abstrata acerca de qual Poder deve prevalecer. Busca-se, assim, o estímulo de uma cultura pública de intensa densidade deliberativa e de, sobretudo, reconhecimento do debate.³⁴ Os riscos existem, é certo, com messianismo judicial, legalismo hermético ou mesmo um comodismo ou passividade legislativa. Como um remédio atenuador desses riscos e reverenciador das boas resoluções, propugna-se a impregnação na prática decisória dos Poderes de uma forte demanda por diálogo. Nem um “guardião entrincheirado”, nem um “legislador acanhado”, nas felizes expressões de Conrado

³⁴ Pode-se afirmar que no cenário abstrato do controle das Leis, o Judiciário, de fato, funciona como um contrapoder censor da política ordinária (censura, *prima facie*, superável por emenda ou correções na Lei incorreta). Relativamente às emendas, o parâmetro se refere basicamente às cláusulas pétreas. Aqui, o ônus demonstrativo da legitimidade é mais delicado e a censura por parte da Corte demasiadamente mais difícil de ser contornada. Eis o panorama formalista do nosso arranjo, pois há um contexto adversarial com vetores exclusivistas e não conciliatórios. Quer-se dizer, um cenário de pouca persuasão entre as instituições: ou se recorre à maior arma, a emenda, ou se sujeita ao maior poder, o Judiciário. Esse jogo político de *soma zero* não observa em soluções intermediárias. Em vez da emenda, outras atitudes podem ser tomadas, havendo a possibilidade tanto de edição de Lei concessiva aos testes constitucionais da Corte, quanto de Lei discretamente modificada; ou mesmo a Lei, doravante, dotada de um processo deliberativo mais consistente. Leia-se, são saídas menos custosas politicamente e, nesse contexto, a teoria dialógica deve ir além das meras descrições formalistas do desenho institucional. Todas as minúcias, linhas, e estratégias políticas inseridas em uma rodada procedimental não vêm, nem poderiam vir, descritas em um catálogo. Afinal, nossa cultura estatui o Supremo como último guardião dos direitos fundamentais. Adota-se, para tanto, uma justificativa simbólica: a supremacia é da Constituição e não do Tribunal. Dessa forma, por trás desse postulado simplista, isenta-se a Corte do ônus argumentativo e da “prestação de contas” à sociedade. Uma posição cômoda, que aloca em um *slogan* a resposta para toda uma gama de questionamentos relativos à legitimidade em uma comunidade democrática. Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 215-218.

Hübner Mendes.³⁵ Ao revés, ambos imbuídos no exercício da persuasão. Eis uma lacuna da nossa tradicional cultura constitucional.³⁶

³⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 232-236.

³⁶ Cf. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 293-307.

CONCLUSÃO

O conceito ativismo judicial trabalhado nesta dissertação remonta a um fenômeno disseminado de postura jurisdicional cuja peculiaridade é o caráter translativo do poder decisório do juiz. Diz-se de atitude ou comportamento que revela, por meio de determinações calcadas em motivações, sobretudo fluidas e dissociadas de normas objetivas, índole militante predisposta a determinada transformação que vá além do deduzido no processo apreciado. E é com suporte nesta linha de pesquisa – que tangencia um conceito não hermético, mas utilitarista e finalístico – que foram introduzidos tópicos do ativismo, suas balizas críticas e aventado o respectivo paradigma da separação dos Poderes face ao dogma da última palavra.

A judicialização, conjuntura correlata, mas não sinônima do ativismo, remete às pretensões, em inumerável variedade temática e volume, levadas à apreciação do Poder Judiciário, cuja faceta mais destacada é a da judicialização da política. Quer-se dizer, a alçada do debate público que tem como mote a formação de posicionamentos vinculantes (dados em regra por meio de representantes democraticamente eleitos) foi arrastada para a fundamentação das sentenças e acórdãos. As bases norte-americanas ativismo, por estarem arrostadas ao *judicial review*; as eventuais implicações negativas à *premissa majoritária*, bem como as óticas procedimentalistas e substancialistas que perpassam o fenômeno também mereceram atenção, sobretudo tendo-se em voga a verdadeira crise de autoridade suportada pelo debate sobre quem teria a última palavra em determinado tema.

E é do apelo às convicções perigosamente pessoais do juiz – que pode acabar por avançar os limites da sua livre convicção – aos diálogos institucionais que traçamos uma rota intermediária para acrescer o método de determinação como forma de minimizar a tensão entre substância e procedimento; ou melhor, entre democracia e constitucionalismo, afinal:

1. Em uma democracia desenhada na forma de separação dos Poderes, a maximização dos desempenhos deliberativos dessas instituições é realidade desejável. A competição pelo melhor argumento e a pressão

por uma consistência denotam um caráter vibratório ao regime e assenta a tensão entre forma e substância no coração desse arranjo.

2. Vale dizer, a legitimidade política é um fenômeno volátil, oscilante, contextual e comparativo que depende, igualmente, dos resultados e não apenas das credenciais do respectivo Poder, valorando-se o desempenho deliberativo como um princípio regulador dessas oscilações entre Tribunais e Parlamentos.
3. Alocar-se, por assim dizer, *a priori* uma autoridade pontualmente como detentora da última palavra, provisoriamente, é certo, tem-se como indispensável. Leia-se, instituições podem ser reputadas como mais ou menos legítimas, a depender de seu desempenho (um critério consequencialista e utilitarista, que incrementa a complexidade da separação dos Poderes).
4. Em sequência, um provável erro por parte dessa autoridade pré-estabelecida não desqualifica a autoridade da própria instituição, ou o caráter benéfico da separação dos Poderes. Contudo, diante dessa hipotética falha, o outro Poder pode, legitimamente, desafiá-lo. É o preço de decisões tomadas sem razoabilidade ou com baixo desempenho deliberativo.
5. De fato, há um arranjo procedimental pré-fixado para as atribuições dos Tribunais e das Cortes. Todavia, os prévios ajustes não englobam toda a realidade e as minúcias existentes nessas interações. Assim, o poder da revisão judicial será fixado na interação, e não apenas previamente. Depende-se das próprias decisões em revisão e das decisões legislativas. Essas mutações podem ser legitimadas por uma qualidade deliberativa em que a razão pública seja uma linguagem comum.
6. Basicamente, a instituição com o melhor desempenho deliberativo adquire vantagem na contenda pelo melhor argumento e se torna apta a desafiar a outra. Todavia, o exame é mais delicado quando ambas possuem bom desempenho, engajando-se na linguagem da razão pública e, mesmo assim, reste o desacordo entre elas.

7. Dessa forma, surge uma deferência ou abdicação judicial em prol de reiteradas razões devidamente deliberadas, ou mesmo, o que parece mais frequente, uma redução progressiva do desacordo mediante concessões recíprocas em um contexto de bilateral influência.
8. A intervenção da Corte, mediante a revisão judicial, é cercada de maiores desconfianças dada a própria preocupação teórica em um cenário de Estado Democrático de Direito com a definição clara sobre a autoridade criadora e aplicadora das Leis, incrementando-se a estabilidade e a previsibilidade. Todavia, em determinados momentos, não há como escapar a uma certa nebulosidade.
9. Quando ambos, Parlamentos e Cortes, engajam-se em argumentos principiológicos, exige-se, por parte de cada instituição, uma autocompreensão mais sensível de seu papel. Atenta-se, aqui, não à realidade interior às instituições, mas ao desenho unitário do regime de sobrepeso entre os Poderes.
10. Claramente, exige-se a emissão de respostas e decisões em deferência à estabilidade e segurança. Porém, ainda que a solução dada seja equivocada, não resta preterido o contínuo intento de procura por novas e melhores respostas.
11. O compromisso é com o aperfeiçoamento, de modo que as decisões provisórias preencham a demanda por autoridade, mas não haja sufocamento das deliberações interinstitucionais. Eis um contexto maximizador da capacidade epistêmica da democracia.
12. Melhor dizendo, a legitimidade das soluções sobre questões controversas (mormente direitos fundamentais) é variável em conformidade com o valor substancial da razão pública. O desempenho deliberativo, por sua vez, constitui-se medida para a construção de um regime de separação dos Poderes com potencial epistêmico. Todos possuem ônus argumentativos e, acaso não atendidos, autorizam a reação por parte do outro.
13. Assim, diante da realidade de uma legitimidade não exaurível em um procedimento previamente fixado, aceita-se a ideia de flutuações e

oscilações desse atributo entre os Poderes, sem negar, por óbvio, a existência de autoridades (e não uma apenas). Nesse cenário, o diálogo é inevitável e sua modalidade deliberativa é a de maior potencial epistêmico.

14. Oportunamente, adicione-se que alguns dos caracteres do Estado de Direito, como certeza e segurança jurídica, podem ser contemporizados com outros valores igualmente relevantes a uma comunidade democrática.
15. Há, porém, algumas premissas e lugares comuns na literatura e na cultura constitucionalista brasileira que aceita, pacificamente, o Supremo Tribunal Federal como o legítimo e único guardião da Constituição e predestinado defensor da democracia. E, conjuntamente, rejeita-se a observância da interação institucional a longo prazo em uma perspectiva dialógica.
16. Leia-se, e essa observação é fulcral em nossa digressão, se de um lado o ativismo judicial é usualmente compreendido e estimulado, todavia, o desafio do legislador aos ditames do Tribunal é tido por heresia democrática, perspectiva esta certamente viciosa da visão entrincheirada da Corte.
17. Ao fim das contas, no plano normativo, tal posicionamento resta incompatível com a ideia de interação deliberativa, estimulando, tão somente, uma lógica adversarial e hierárquica que em nada contribui para o potencial epistêmico do regime de separação dos Poderes.
18. Já no plano empírico, mistifica-se o Tribunal, atribuindo-lhe um ônus indevido e inexecutável. Assim, ao intitular-se o romântico protetor da democracia, a Corte pode se convolar em uma instituição agressiva e impositiva em face dos outros Poderes, ou mesmo em um Poder insuficiente e tímido relativamente às demandas da comunidade.
19. Em contraponto a essa realidade, pugna-se por um Tribunal mais comedido em sua retórica e mais engajado na perspectiva de partícipe do processo dialógico de construção do significado da Carta constitucional.

20. Aliás, não apenas se diga da Corte maior, mas também de juízes quando, sobretudo, do exercício do controle em concreto de constitucionalidade, da ponderação entre princípios e regras, ou mesmo da aplicação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Procura-se, portanto, o incentivo das reações por parte dos outros Poderes e não a sua sujeição. Fenômenos reativos e cooperativos, nesse viés, não são tidos por afronta, mas por elementos de uma construção conjunta.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do Direito Constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 444 p. (Del Rey internacional, v. 4).
- ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 219 p.
- AFONSO, Orlando Viegas Martins. **Poder Judicial**: independência in dependência. Coimbra: Almedina, 2004. 218 p.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. (Biblioteca forense de direito internacional).
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 669 p.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 252 p.
- ANDERSON, Gary L.; HERR, Kathsyn G. **Encyclopedia of Activism & Social Justice**. Londres: Sage Publications, 2007. v. 2.
- ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. 300 p.
- APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2006. 175 p.
- ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **Economia & justiça**: ativismo judicial na política monetária. Niterói: Impetus, 2012. 281 p.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 334 p.
- BARROS, José Manoel de Aguiar. **O partido dos justos**: a politização da justiça. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. 111 p.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 455 p.
- BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **O controle de constitucionalidade das leis e a jurisdição constitucional**. 2007. 173 f. Tese (Livre–Docência)–Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2007.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the Limits of Constitutional Adjudication: deconstructing balancing and judicial activism**. New York: Springer, 2010. 431 p.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 1, n. 142, p. 35-51, abr./jun. de 1999.

_____. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, São Paulo, v. 1, n. 61, p. 5-24. 2004.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. nd. New Haven: Yale University Press, 1986.

BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 298 p.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 336 p.

BITENCOURT, Carolina Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. 368 p.

BOTELHO, Carina Santos. **A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional**. Coimbra: Almedina, 2010. 423 p.

BOTELHO, Fagundes Ramon. **A judicialização do direito à saúde: a tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011. 180 p.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010. 213 p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. 321 p.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. 351 p.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília, DF, 2012. 451 p.

BRONNER, Ethan. A Conservative Whose Supreme Court Bid Set the Senate Afire. **The New York Times**, New York, 19 dec. 2012. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/12/20/us/robert-h-bork-conservative-jurist-dies-at-85.html?hp&_r=1&>. Acesso em: 19 dez. 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. 583 p.

CAENEGEM, Raoul Charles Baron van. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. 155 p. (Teoria e filosofia do direito).

CAMERON, Alex M. **Power without law**: the Supreme Court of Canada, the Marshall decisions, and the failure of judicial activism. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2009. 212 p.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 162 p.

CANELA JUNIOR, Oswaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. 193 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. 345 p.

_____. O ativismo judiciário: entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 51-65.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. 134 p.

_____. **Processo, ideologias e sociedade**. Tradução de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. 2 v.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ativismo judicial e política. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, v. 13, n. 307, p. 58-60, out. 2009.

CASAGRANDE, Cássio. **Ministério Público e a judicialização da política**: estudo de casos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. 295 p.

CASTRO, Raquel Alexandra Brizida. **As omissões normativas inconstitucionais no Direito Constitucional Português**. Coimbra: Almedina, 2012. 361 p.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 259 p.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do Direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 475-497.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica democratizante à prática judicial brasileira**. 2010. 312 f. Dissertação (Mestrado em Direito)– Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2006.

CORTÊS, António Ulisses. **Jurisprudência dos princípios**: ensaios sobre os fundamentos da decisão jurisdicional. Lisboa: Universidade Católica, 2010. 397 p.

COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 47-60.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2007. 117 p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 130 p.

_____. A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In: _____.; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 191-196.

_____.; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 441 p.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autoridade moral da constituição**: da fundamentação da validade do Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2009. 776 p.

DAHL, Robert Alan. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, p. 25-43, set./dez. 2009.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy, 2002. 282 p.

DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso. Behemoth ou Leviatã: quem deve ter poder para tomar decisões. In: _____.; DARWICH, Ana (Coord.). **Direito e democracia**: estudos sobre o ativismo judicial. São Paulo: Método, 2011. p. 15-47.

_____.; DARWICH, Ana (Coord.). **Direito e democracia**: estudos sobre o ativismo judicial. São Paulo: Método, 2011. 376 p.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. 301p. (Professor Gilmar Mendes, 2).

_____. Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170-192. (Direito desenvolvimento e justiça. Série direito em debate).

_____.; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 459-473.

DOUZINAS, Costas; GOODRICH, Peter; HACHAMOVITCH, Yifat. **Politics, postmodernity and critical legal studies**: the legality of the contingent. Londres: Routledge, 1994. 241 p.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**: aproximação à metodologia discursiva do Direito. São Paulo: Landy, 2003. 246 p.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde**: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 385 p.

DUARTE NETO, José. **A iniciativa popular na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2005. 165 p.

_____. **Rigidez e estabilidade constitucional**: aspectos críticos do exercício frequente da atribuição reformadora. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 341 p.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 572 p.

EDGAR, Andrew. **The Philosophy of Habermas**. Acumen: Durham, 2005. 305 p.

ELSTER, Jon. **Alexis de Tocqueville**: the first social scientist. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. 202 p.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial**: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 220 p.

FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto; FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Interpretação e fundamentação nas decisões judiciais sobre políticas públicas. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, SP, n. 19, p. 179-197, 2010.

FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. 708 p.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo**. 2010. 312 f. Dissertação (Mestrado em Direito)– Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. 925 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 277 p.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 490 p.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008. 249 p. (Atlas de Processo Civil).

GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica. Tradução de Adauto Vilella. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 161-223.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012. 157 p (Direito, desenvolvimento e justiça. Série Produção científica).

GOMES, José Luís Caramelo. **O juiz nacional e o direito comunitário**: o exercício da autoridade jurisdicional nacional na jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia. Coimbra: Almedina, 2003. 193 p.

GRIFFIN, Stephen M. A era Marbury: o Judicial review em uma democracia de direitos. Tradução de Adauto Vilella. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 224-280.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: _____; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 125-150.

_____; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 506 p.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. 313 p. (Teoria e Filosofia do Direito).

HÄBERLE, Peter. **Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2012. 264 p.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Tradução de Anna Maria Capovilla et al. São Paulo: Visão, 1985. 3 v.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **A parcialidade do controle jurisdicional da motivação das decisões**. Florianópolis: Conceito, 2010. 190 p. (Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

HESPANHA, António Manuel (Coord.). **Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo**: um conjunto de perspectivas. Coimbra: Almedina, 2011. 362 p.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, maio/ago. 2009.

IGNÁCIO JÚNIOR, José Antonio Gomes; PAGANELLI, Celso Jeffeson Messias; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ativismo judicial**: paradigmas atuais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 159 p.

INGRAM, David. **Habermas**: introduction and analysis. Cornell University Press: Ithaca, 2010. 380 p.

KENNEDY, Duncan. **Freedom and constraint in adjudication**: a critical phenomenology. Disponível em: <http://duncankennedy.net/documents/Freedom%20and%20Constraint%20in%20Adjudication_A%20Critical%20Phenomenology.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Ativismo judicial e déficits democráticos**: algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 265 p.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 213 p.

_____. **Controle de constitucionalidade moderno**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2012. 566 p.

LEITE, Luciano Ferreira. **Interpretação e discricionariedade**. São Paulo: RCS, 2006. 171 p.

LEVIN, Mark R. **Men in Black**: How the Supreme Court Is Destroying America. Washington DC: Regnery Publishing, 2006. 256 p.

LIMA, Fernando Machado da Silva. **Jurisdição constitucional e controle do poder**: é efetiva a Constituição brasileira? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. 296 p.

LIMA, Rogério Montai de; MIARELLI, Mayra Marinho. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. 248 p.

LOPES JÚNIOR, Eduardo Monteiro. **A judicialização da política no Brasil e o TCU**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2007. 124 p.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 213 p.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. 487 p. (Direito desenvolvimento e justiça. Série direito em debate).

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 389 p. (Teoria e Filosofia do Direito).

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. 169 p.

MANIGLIA, Elisabete (Org.). **Direito, políticas públicas e sustentabilidade**: temas atuais. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011. 269 p.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do poder judiciário**: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente? Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 248 p.

MARMELSTEIN, George. O ativismo dos juízes na perspectiva da filosofia moral. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 13-88.

MARTIGNAGO, Gisella. **Controle de constitucionalidade e o ativismo judicial**. 2009. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito)– Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARTINHO, Helena Gaspar. Indeterminação do Direito e ativismo Judicial. In: HESPANHA, António Manuel (Coord.). **Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo**: um conjunto de perspectivas. Coimbra: Almedina, 2011. p. 57-77.

MARTINS, José Renato Silva. **O dogma da neutralidade judicial**: sua contextualização no Estado brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 185 p.

MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Coimbra: Coimbra, 2010. 188 p.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia? a relação inter poderes e a judicialização no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 529-540.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 136 p.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 200 p.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. 299 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 827 p.

MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto. STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, jan. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em: 9 jan. 2013.

MICHELMAN, Frank I. The constitutional essentials of political liberalism (justice as fairness, legitimacy, and the question of judicial review: a coment). **Fordham Law Review**, New York, v. 72, p. 1407-1420, 2003.

MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais**: a dimensão política da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais. São Paulo: LTr, 2013. 168 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Coimbra: Coimbra, 2007 – 2011. 7 t.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006 – 2011. 2 t.

MOTA, Mauricio; MOTTA, Luiz Eduardo (Org.). **O estado democrático de direito em questão**: teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. 385 p.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 268 p.

MOTTA, Luiz Eduardo. Judicialização da política e representação funcional no Brasil contemporâneo: uma ameaça à soberania popular? In: _____; MOTA, Mauricio (Org.). **O estado democrático de direito em questão**: teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 50-75.

MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009. 477 p.

NEVES, Edson Alvisi. Jurisdição Ativa no Estado Democrático. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 71-87.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O problema da razoabilidade e a questão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. 559 p.

NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: RT, 2005. 214 p.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1. 682 p.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Ativismo judicial no processo civil**: limites e possibilidades constitucionais. Campinas: Servanda, 2012. 239 p.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: _____; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 271-311.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de (Org.). **Temas de ativismo judicial**. Curitiba: CRV, 2012. 186 p.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília, DF: Finatec, 2011.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. 191 p.

POWERS, Stephen; ROTHMAN, Stanley. **The least dangerous branch?** consequences of judicial activism. Washington DC: Library of Congress, 2002.

POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006. 197 p.

QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional**: as instituições do estado democrático e constitucional. Coimbra: Coimbra, 2009. 472 p.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais**: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição brasileira. Curitiba: Juruá, 2011. 194 p.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. 355 p.

_____.; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. Coimbra: Almedina, 2012. 315 p.

RANGEL, Rui (Coord.). **Ser juiz hoje**. Coimbra: Almedina, 2008. 73 p.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 61-76.

ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism**: making sense of Supreme Court decisions. New Haven and London: Yale University Press, 2006. 262 p.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1-33.

SALVATO, Nancy. **How judicial activism harms the american form of government**. Virginia Beach: Basicsproject, 2012.

SANTOS, Ana Catarina. **Papel político do Tribunal Constitucional**: o Tribunal Constitucional (1983-2008): contributos para o estudo do TC, seu papel político e politização do comportamento judicial em Portugal. Coimbra: Coimbra, 2011. 438 p.

SCALIA, Antonin (Org). **A matter of interpretation**: Federal Courts and the Law. Princeton: Princeton University Press, 1997. 147 p.

SCALIA, Antonin; EPSTEIN, Richard A. **Scalia v. Epstein**: two views on judicial activism. Washington DC: Cato Institute, 1985. 23 p.

SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010. 151 p.

SILVA, Joana Aguiar e. **Para uma teoria hermenêutica da justiça**: repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas. Coimbra: Almedina, 2011. 454 p.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. 459 p.

SILVA, Leila Maria Bittencourt da. **Teoria da Constituição e controle da constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 311 p.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 227 p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 877 p.

SOWELL, Thomas. **Judicial activism reconsidered**. Stanford: Stanford University, 1989. 40 p. (Essays in public policy; 13).

STERN, Ana Luiza Saramago. História e teoria constitucional norte-americana: as interpretações de Edward White e Bruce Ackerman. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria constitucional norte-americana contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1-18.

SUTHERLAND, Mark I (Org). **Judicial Tyranny: the new kings of America?** Washington DC: Library of Congress, 2007.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 325 p.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 170 p.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. 168 p.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011. 197 p.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e a realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 298 p.

THOMAS, Edward Wilfrid. **The judicial process: realism, pragmatism, practical reasoning and principles**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. 442 p.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto**. São Paulo: Baraúna, 2011. 436 p.

TRIBE, Laurence. **The invisible constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Oxford: Princeton University Press, 2003.

TUTUNGI JÚNIOR, Nicola. Discricionarietà judicial: uma análise crítica. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 1., n. 64, p. 258-280, 2009.

UNGER, Roberto Mangabeira. **The critical legal studies movement**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. 135 p.

VALADÉS, Diego (Org.). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Traduzido por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. 185 p.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. O ativismo judicial. In: _____. (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 19-40.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. 151 p.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord). **Audiências públicas e ativismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 142 p.

_____. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 186 p.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. 556 p.

VIANA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 270 p.

VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria constitucional norte-americana contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 164 p.

VITOVSKY, Vladimir Santos. Ativismo Judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica. In: ANJOS, Leonardo Fernandes dos; OLIVEIRA, Umberto Machado de (Coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 89-136.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, Yale, p. 1346-1406, mar. 2006.

_____. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. 221 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011. 163 p. (IDP).