



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO**  
**MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA**

**JORGE FERRAZ DE OLIVEIRA JUNIOR**

**ATIVISMO JUDICIAL (OU JURÍDICO), AUTOCONTENÇÃO E ÚLTIMA  
PALAVRA NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO:  
O que o Supremo Tribunal Federal pode aprender com o ativismo judicial norte-  
americano e as teorias do diálogo**

**São Luís**

**2014**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO**  
**MESTRADO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA**

**JORGE FERRAZ DE OLIVEIRA JUNIOR**

**ATIVISMO JUDICIAL (OU JURÍDICO), AUTOCONTENÇÃO E ÚLTIMA  
PALAVRA NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO:**

**O que o Supremo Tribunal Federal pode aprender com o ativismo judicial norte-  
americano e as teorias do diálogo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão para a obtenção do título de Mestre.

Orientadores: **Doutor Roberto Carvalho Veloso (orientador)** e **Doutora Márcia Haydée Porto de Carvalho (co-orientadora)**.

**São Luís**

**2014**

## **AGRADECIMENTOS**

A parte de agradecimentos em um trabalho acadêmico lembra o preâmbulo de uma Constituição. O texto que segue à manifestação preliminar é laico, mas no preâmbulo o autor de um trabalho tem a oportunidade de demonstrar sua fé em Deus e alguns dos laços fraternais que lhe deram força e o inspiraram na realização do trabalho.

Agradeço, assim, primeiramente a Deus e ao meu Senhor Jesus Cristo. Graças a Deus porque nasci e cresci em um estado laico. Graças a Deus porque sou cristão (e porque não sou obrigado a sê-lo). Graças a Deus por ter ingressado no Mestrado da UFMA e porque força, saúde e disposição não faltaram a este discente para chegar ao final da Pós-Graduação desta excelente instituição.

Agradeço a minha mãe, Dona Marlene Gomes da Silva, por seu carinho, amor, incentivo e paciência, incondicionais e desmedidos. Agradeço a meu pai, Jorge Ferraz de Oliveira, que, mesmo longe, esteve sempre me abençoando com suas preces e orações. Agradeço à Ana Luiza, essa pessoa linda, maravilhosa, inteligente e paciente, que cada dia mais me incentiva na carreira jurídica, acadêmica e no magistério.

Agradeço à Justiça Federal da 1ª Região e ao Conselho da Justiça Federal, pelo auxílio material e institucional no desenvolvimento da presente dissertação. Na parte de agradecimentos a essa instituição de que tanto me orgulho de pertencer, não posso deixar de consignar os agradecimentos a Maria Aldenir dos Santos, bibliotecária da Justiça Federal do Maranhão.

Agradeço ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Maranhão, na pessoa do Professor Paulo Roberto Barbosa Ramos, um valente na luta pela criação, implementação e aprimoramento do primeiro Mestrado em Direito do Maranhão. Agradeço também aos meus dois orientadores, Roberto Carvalho Veloso (orientador) e Márcia Haydée Porto de Carvalho (co-orientadora), cujo comprometimento com o Programa de Pós-Graduação e com este orientando permitiram que a jornada deste discente no Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça chegasse ao seu momento final. Agradeço também aos excelentes professores desta instituição, em especial àqueles cujas disciplinas este mestrando teve a oportunidade de cursar: José Cláudio Pavão Santana, Paulo Keller, Cláudio Alberto Gabriel Guimarães, Eliud José Pinto da Costa, Ney de Barros Bello Filho, Mônica da Silva Cruz e Mônica Teresa Costa Sousa. Agradeço também aos membros da Banca examinadora que se dispuseram a ler, avaliar e criticar o presente trabalho acadêmico.

Por fim, agradeço aos servidores do Programa da Pós-Graduação e aos colegas de Mestrado, com quem tive o prazer de conviver durante esses quase dois anos, cujas relações institucionais resultaram, ao final, em agradáveis laços de amizade, esperando vê-los novamente no futuro.

## RESUMO

A dissertação, partindo da investigação da “emergência” da expressão “ativismo judicial”, das fases pendulares entre ativismo judicial e autocontenção na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana, das teorias do diálogo e do contributo de diversos autores que preconizam a adoção de uma interpretação construtiva e moral da Constituição, pretende demonstrar duas teses concernentes aos limites do ativismo judicial e quanto a quem deve dar a última palavra na interpretação da Constituição. A primeira, a de que se não se está em um caso de garantia de direitos fundamentais, proteção de minorias e de desobstrução dos canais de acesso ao poder político, a Suprema Corte deve adotar uma postura autorrestritiva, preferindo decisões que instiguem o Poder Legislativo a exercer as prerrogativas previstas na Constituição. Casos em que o processo democrático resultará fortalecido, mediante a maior responsabilização dos representantes eleitos perante o verdadeiro titular da soberania: o povo. A segunda, a de que não há última palavra definitiva (mas apenas provisória) na interpretação da Constituição e que o ativismo legislativo, quando exercido para corroborar ou até mesmo para contestar uma decisão da Corte Suprema, longe de significar uma crise entre os poderes, pode servir para fortalecer o processo democrático, aumentando a possibilidade de fornecimento de respostas mais corretas a dado problema constitucional.

## **ABSTRACT**

This dissertation, based on the investigation of the "emergence" of "judicial activism" expression's arising, on pendulous phases between judicial activism and self-restraint of American Supreme Court's jurisprudence, on dialogue's theories and on the contribution of many authors who advocate the adoption of a Constitution's constructive and moral interpretation, aims to demonstrate two theses about the judicial activism's limits and who should have the last word at Constitution's interpretation. The first one, referred to the idea of, in not being in a case of fundamental rights' guarantee, protection of minorities and the unblocking of access channels to political power, the Supreme Court should adopt a self-restraint posture, preferring decisions that encourage the Legislature to exercise its prerogatives provided by the Constitution. Cases in which the democratic process will be strengthened, through a greater accountability of elected representatives before the true holder of sovereignty: the people. The second one, that there is no definitive last word (but only temporary) at Constitution's interpretation and that the legislative activism, when exercised to confirm or even to contest a Supreme Court's decision, far from meaning a crisis between the powers, may serve to strengthen the democratic process, increasing the possibility of providing more correct answers to specific constitutional problem.

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO.....   | 1  |
| 2. ATIVISMO JUDICIAL: UM CONCEITO FUGIDIO .....  | 4  |
| 2.1 O “nascimento” da expressão ativismo judicial .....  | 4  |
| 2.2 Por que não se deve falar em “nascimento”, mas sim em emergência da expressão?....                                   | 8  |
| 2.3 Alguns conceitos de ativismo judicial .....  | 10 |
| 2.4 Diferenciações importantes .....   | 19 |
| 2.4.1 Supremacia legislativa e autocontenção judicial .....  | 19 |
| 2.4.2 Ativismo judicial versus autocontenção e interpretacionismo versus não-interpretacionismo (ou construtivismo)..... | 20 |
| 2.4.3 Conservadorismo versus liberalismo e ativismo versus autocontenção .....   | 21 |
| 2.4.4 Ativismo judicial e judicialização .....   | 23 |
| 2.5 Considerações finais quanto aos conceitos de ativismo judicial .....   | 24 |
| 3. ALGUMAS LINHAS QUANTO AO DEBATE EM TORNO DA SUPREMACIA JUDICIAL <i>VERSUS</i> SUPREMACIA LEGISLATIVA .....            | 26 |
| 3.1 O nascimento do controle de constitucionalidade .....  | 27 |
| 3.1.1 Os ensaios federalistas 78 e 81 .....  | 27 |
| 3.1.2 O Juiz Marshall e o julgamento de Marbury versus Madison .....   | 28 |
| 3.1.3 A pesquisa empírica de Charles Beard .....   | 30 |
| 3.2 Algumas críticas à supremacia judicial: o problema da dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário .....        | 31 |
| 3.3 A resposta de Dworkin: a supremacia judicial como decorrência da democracia constitucional .....                     | 33 |
| 3.4 As teorias do diálogo .....  | 35 |
| 3.5 Considerações finais quanto à supremacia judicial e à tese da última palavra.....                                    | 38 |
| 4. UM BREVE HISTÓRICO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA .....                                   | 41 |
| 4.1 O “Governo dos Juízes”: o ativismo judicial em prol do liberalismo econômico.....                                    | 41 |
| 4.2 Justiça aos <i>Justices</i> da Velha Corte .....   | 45 |
| 4.3 O período de autocontenção: a Corte Roosevelt.....   | 48 |
| 4.3.1 A famosa nota de rodapé nº 4 do Carolene Products case.....  | 49 |

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| 4.3.2 | A Corte se afasta do primeiro parágrafo de <i>Carolene Products</i> : exemplos de como a autocontenção em excesso pode ser prejudicial à proteção de direitos fundamentais .....  | 50  |
| 4.4   | O ativismo de fortalecimento das liberdades civis: a Corte Warren.....  | 53  |
| 4.5   | A Corte Burger: uma tentativa fracassada de recuo ao conservadorismo e à autocontenção .....  | 61  |
| 4.6   | Considerações finais quanto ao ativismo judicial norte-americano .....  | 66  |
| 5.    | O CONSTITUCIONALISMO DO PÓS-GUERRA (NEOCONSTITUCIONALISMO) E MAIS ALGUMAS CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS.....   | 68  |
| 5.1   | Apontamentos iniciais: breves considerações sobre a jurisdição constitucional em países de tradição romano germânica após a Segunda Guerra Mundial .....  | 68  |
| 5.2   | Constitucionalismo contemporâneo: neoconstitucionalismo, constitucionalismo argumentativo, constitucionalismo garantista ou pós-positivismo? .....  | 72  |
| 5.2.1 | Neoconstitucionalismos.....   | 73  |
| 5.2.2 | A crítica positivista.....  | 79  |
| 5.2.3 | O constitucionalismo argumentativo: o meio termo entre o positivismo e o neoconstitucionalismo .....  | 82  |
| 5.3   | A visão de neoconstitucionalismo adotada neste trabalho e sua relação com o ativismo judicial .....   | 86  |
| 6.    | UM BREVE PARALELO ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E O ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS .....  | 96  |
| 6.1   | O Supremo Tribunal Federal pós-1988: do passivismo ao ativismo judicial.....  | 96  |
| 6.2   | A essencial diferença entre o ativismo brasileiro e o ativismo norte-americano: passivismo <i>versus</i> ativismo do Poder Legislativo .....  | 102 |
| 6.3   | Um ativismo judicial acertado: a vedação de tratamento discriminatório às uniões homoafetivas .....   | 108 |
| 6.4   | Um ativismo judicial precipitado: a cassação do mandato dos parlamentares no bojo da ação penal condenatória; o que se pode aprender com a recente história democrática brasileira e a lição de <i>Carolene Products</i> ?..... | 110 |
| 7.    | SÍNTESE CONCLUSIVA .....  | 113 |
|       | REFERÊNCIAS .....   | 120 |

## 1. INTRODUÇÃO

Segunda-feira, 17 de dezembro de 2012: o Supremo Tribunal Federal, em apertada maioria (5 a 4) e inédita decisão, decidiu cassar o mandato dos parlamentares condenados na AP 470.<sup>1</sup>

A decisão teve por pano de fundo a interpretação do artigo 55, VI c/c §2º, da Constituição Federal. Sagrou-se vencedora a corrente que afirmava que, por força do artigo 15, III, c/c 55, IV, da CF, a perda do mandato parlamentar seria efeito automático da condenação transitada em julgado (sobretudo quando o crime pelo qual condenado o parlamentar consistisse, também, em ato de improbidade administrativa e a pena fixada fosse superior a quatro anos), apesar de o artigo 55, VI c/c § 2º, da Constituição, estabelecer que, no caso do detentor de mandato parlamentar, a perda do cargo decorrente de condenação criminal com trânsito em julgado dependeria de deliberação da Câmara dos Deputados ou do Senado.

No voto de desempate, o decano da Corte, Ministro Celso de Mello, declarou que “reações corporativas”, “susceptibilidades partidárias” e “interpretações regalistas (ou corporativas) da Constituição”, no sentido de descumprir a decisão de cassação seriam intoleráveis, inaceitáveis e incompreensíveis, porquanto o Supremo Tribunal Federal teria o “monopólio da última palavra” em “matéria de interpretação constitucional”, podendo o descumprimento da decisão ensejar a responsabilização criminal (artigo 319 do CP), político-administrativa (artigo 12, n. 2, c/c 13, n. 1, da Lei nº 1.079/1950) e civil (por improbidade administrativa, na forma do artigo 37, §4º, da CF) da autoridade pública que se insurgisse contra a determinação judicial.<sup>2</sup>

Afirma-se que a assertiva do Ministro tinha destinatário certo: o então Presidente da Câmara dos Deputados, Marco Maia, que dias antes havia afirmado que a Câmara seria o órgão competente para decidir acerca de eventual perda de mandato de parlamentares condenados por sentença criminal transitada em julgado. Após o voto do Ministro, o

---

<sup>1</sup> A Ação Penal nº 470 teve por objeto o julgamento dos crimes de formação de quadrilha, peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta e evasão de divisas, relacionados à compra de votos de Deputados Federais, durante o primeiro mandato do Governo Lula, em esquema que foi denominado “mensalão”. Ao final, o Supremo Tribunal Federal deliberou pela cassação dos mandatos de todos os denunciados que ainda ocupavam cargo parlamentar: João Paulo Cunha (PT-SP), condenado a 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão; Pedro Henry (PP-MT), condenado a 7 (sete) anos e 2 (dois) meses de reclusão; e Valdemar da Costa Neto (PR-SP), condenado a 7 (sete) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

<sup>2</sup> Confira-se teor do voto do Ministro proferido às fls. 8320-8337 do acórdão (fls. 59935-59952 da ação penal), bem como notícia extraída do sítio do Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 470: deputados perderão mandato com o trânsito em julgado da decisão*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=226883&caixaBusca=N>>. Acesso em 11/01/2013).

Presidente da Câmara reafirmou sua posição, dizendo que a decisão do Supremo Tribunal Federal consistiria em “uma ingerência de um Poder sobre outro” e que a decisão não encerraria a questão, devendo a Câmara entrar no debate.<sup>3</sup>

O Supremo agiu correto quando, a despeito da norma contida no artigo 55, VI c/c §2º da Constituição da República, determinou, já no julgamento da ação penal, a cassação do mandato dos parlamentares condenados pelo “mensalão”? A despeito da decisão do Supremo deveria a Câmara instaurar o processo de perda de cargo do parlamentar, observando a norma contida no artigo 55, §2º, da Constituição da República? Até que ponto vai a “palavra final” do Supremo Tribunal Federal em sua atribuição de guarda da Constituição da República? A decisão do Supremo Tribunal consiste em “ativismo judicial”? O que significa essa expressão (ativismo judicial)? O ativismo judicial é bom ou ruim para a consagração de direitos fundamentais e para o fortalecimento da democracia?

As referidas questões não são de fácil solução e haverá constitucionalistas sérios que fornecerão diversas respostas a tais indagações. Neste trabalho, defende-se que a resposta a tais perguntas depende do aprofundamento do estudo de uma expressão que, apesar de ser relativamente nova no debate acadêmico brasileiro, vem sendo utilizada nos Estados Unidos desde o final da primeira metade do século XX: o ativismo judicial; bem como a relação do referido enunciado com um fenômeno ocorrido na Europa após a Segunda Guerra Mundial e o fim da ditadura, nos países da América Latina: o surgimento de Constituições densas e analíticas, com elevado número de normas de conteúdo material, e um novo estilo de interpretação das referidas constituições; movimento que vem sendo denominado por alguns autores de (neo)constitucionalismo(s).

Na busca de tais respostas, o presente trabalho pretende, de início, investigar as origens da expressão ativismo judicial, alguns de seus conceitos e a diferenciação em relação a outros conceitos comuns à doutrina norte-americana, tais como interpretacionismo, construtivismo, conservadorismo etc., o que será feito no segundo capítulo da dissertação, que corresponde ao primeiro capítulo do desenvolvimento do presente trabalho.

Em seguida, pretende-se investigar algumas contribuições teóricas antigas e mais recentes a respeito do poder de revisão judicial nos Estados Unidos (possibilidade de o Supremo Tribunal declarar a inconstitucionalidade de leis do Poder Legislativo) relacionada à

---

<sup>3</sup> A respeito, ver o artigo “Maia: Câmara deve reagir a decisão do STF sobre perda de mandatos” disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/432950-MAIA-CAMARA-DEVE-REAGIR-A-DECISAO-DO-STF-SOBRE-PERDA-DE-MANDATOS.html>>. Acesso em 11/01/2013.

problemática afirmação de que ao Poder Judiciário compete o monopólio da última palavra na interpretação da Constituição da República.

No quarto capítulo, pretende-se aprofundar um pouco mais a história do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana, para verificar as “condições de emergência” da expressão ativismo judicial, bem como as diversas fases de ativismo *versus* autocontenção da Suprema Corte Norte-Americana e seus efeitos (positivos ou negativos) na consagração de direitos fundamentais. Além de demarcar as condições históricas, sociais e políticas do “surgimento” da expressão ativismo judicial, o referido capítulo é útil para demonstrar que tanto o ativismo quanto à autocontenção podem ser positivos ou deletérios à proteção dos direitos e garantias dos cidadãos.

No quinto capítulo, pretende-se investigar algumas condições históricas e teóricas que permitiram a introdução ou o fortalecimento da jurisdição constitucional na Europa, onde, diferentemente dos Estados Unidos, prevalecia até o final da Segunda Guerra Mundial uma postura de “legiscentrismo” ou de deferência ao Poder Legislativo no que se refere à interpretação e concretização da Constituição, e o surgimento do fenômeno denominado, por alguns autores, de neoconstitucionalismo. O referido capítulo tem também por propósito apresentar algumas balizas da postura neoconstitucionalista adotada neste trabalho: uma postura de rechaço à ideia de onipotência do Poder Judiciário e de defesa de uma interpretação da Constituição que, apesar de construtiva, não despreze as regras editadas pelo legislador e recuse a discricionariedade judicial.

No último capítulo da parte de desenvolvimento, pretende-se, de início, estudar a transformação da postura da Suprema Corte brasileira após a Constituição de 1988: como, inaugurada a nova ordem jurídica, a Suprema Corte, de início, adotou uma postura autorrestritiva, para, após, assumir uma postura ativista de interpretação da Constituição, sobretudo a partir de 2003, ano que coincide com a saída dos últimos Ministros nomeados durante a ditadura militar. Em seguida, pretende-se traçar um breve paralelo entre o ativismo da Suprema Corte brasileira do Século XXI e o grosso do ativismo da Suprema Corte Norte-Americana do século passado. Por fim, sugere-se a adoção de diferentes posturas (ativista e autorrestritiva) para dois casos recentemente julgados pela Suprema Corte brasileira: as uniões homoafetivas e a cassação de mandato parlamentares condenados por sentença criminal transitada em julgado.

## 2. ATIVISMO JUDICIAL: UM CONCEITO FUGIDIO

### 2.1 O “nascimento” da expressão ativismo judicial

Conforme copiosa bibliografia, afirma-se que a expressão correlata a “ativismo judicial” nos Estados Unidos – *judicial activism* – nasceu em um artigo de 5 (cinco) páginas, intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, em uma revista leiga (não-jurídica) de atualidades, a revista *Fortune*, “entre propaganda de whisky e Aqua Velva”. Em um artigo no qual o seu autor, Arthur Schlesinger Jr, teria descrito as divisões ideológicas entre os membros da Suprema Corte de sua época, dividindo os *Justices* (ou Ministros) entre “ativistas judiciais” (*Judicial Activists*), campeões da “auto-contenção” (*Champions of Self-Restraint*) e grupo intermediário (*middle group*)<sup>4</sup>. Segundo Schlesinger Jr:

Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular; seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano.<sup>5</sup>

Assim, para Schlesinger Jr, os ativistas judiciais acreditavam que a política e o direito eram inseparáveis. Sua postura assemelhava-se a um famoso *dictum* de Learned Hand no sentido de que “as palavras que o juiz deve interpretar são como ‘vasos vazios em que se pode

---

<sup>4</sup> Os Justices Black, Douglas, Murphy e Rutledge seriam ativistas; Frankfurter, Jackson e Burton seriam autorrestritivos e no grupo intermediário figurariam Reed e o Chief of Justice Vinson. (Cf. KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of “judicial activism”*. California Law Review, v. 92, 2004, p. 1446). Também tratam da origem da expressão, geralmente mencionando a pesquisa de Keenan Kmiec: a) BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial*. In: FELLETT, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 389; b) BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: FELLETT, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 232; c) 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: FELLETT, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 283; d) DIMOULIS, Dimitri; e LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade*. In: FELLETT, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 460 e 461. Divergem os autores quanto à profissão do autor da expressão. Para BRANCO, Schlesinger Jr. seria um jurista; BARROSO menciona-o como historiador e PAULA como jornalista. KMIEC afirma simplesmente: um leigo (*non-lawyer*).

<sup>5</sup> SCHLESINGER JR, Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. Apud. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: FELLETT, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 232. A transcrição do referido trecho, em sua língua original, encontra-se em KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of “judicial activism”*. California Law Review, v. 92, 2004, p. 1446 e 1447.

derramar qualquer coisa que se queira”’. Nessa perspectiva, o ideal de Frankfurter-Jackson parecia como abdicação de responsabilidade, consistindo a deferência ao legislativo em decisão destinada a favorecer a manutenção de certo *status quo*. De acordo com os ativistas judiciais, a Corte não poderia escapar da política: então, ela deveria usar esse poder político para alcançar saudáveis propósitos sociais. A autorrestricção judicial seria, na melhor das hipóteses, uma miragem.<sup>6</sup>

Quanto aos Justices autorrestritivos, esses, no entendimento de Schlesinger, eram mais céticos quanto à individual noção de justiça dos juízes. Para os adeptos da autocontenção, o direito não é política. A *common law*, os estatutos e a Constituição não são vasos vazios. Dispõem significados e respostas certas. Para eles, as leis têm significados fixos, sendo inapropriados os desvios dos referidos significados, não importando quais grupos tenham se beneficiado da partilha feita pelo Poder Legislativo. A escola de Frankfurter-Jackson resiste à supremacia judicial, quer de direita, quer de esquerda, em nome da deferência à vontade do Poder Legislativo e aposta na separação dos poderes e no processo democrático. Em sua profissão de fé, defende que se a legislatura comete erros, cabe a ela remediá-los. Qualquer outro curso enfraquece o vigor da democracia, encorajando legislaturas a uma irresponsabilidade baseada na expectativa de que as Cortes vão corrigir seus maus arremessos.<sup>7</sup>

Após descrever as facções opositoras, Schlesinger toma uma posição. Enquanto demonstra simpatia com a escola de Black e Douglas, ele percebe uma ameaça à democracia inerente à referida postura. Chega a uma posição consensual. Adota a autorrestricção, mas afirma que, em casos relacionados às liberdades civis, a Corte deve adotar uma postura ativista. Para ele, direitos fundamentais devem ser colocados a salvo da agitação política. Tese que, em certa medida, é uma variante da posição adotada pelo *Justice Stone* na nota de rodapé número quatro do caso *United States versus Carolene Products Co (1938)*,<sup>8</sup> sob a qual serão tecidas mais algumas breves linhas, mais adiante.

A expressão cunhada por Arthur Schlesinger acabou se tornando um tema valioso para o ambiente acadêmico na década de 1950, após a publicação de alguns artigos por Edward

---

<sup>6</sup> SCHLESINGER JR, Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. Apud. KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of “judicial activism”*. California Law Review, v. 92, 2004, p. 1447.

<sup>7</sup> SCHLESINGER JR, Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. Apud. KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of “judicial activism”*. California Law Review, v. 92, 2004, p. 1447 e 1448.

<sup>8</sup> Cf. KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of “judicial activism”*. California Law Review, v. 92, 2004, p. 1449.

McWhinney, prestigiado advogado e Professor da Universidade de Toronto.<sup>9</sup> Se Schlesinger fora quem patenteou o termo “ativismo judicial”, Edward McWhinney fora o homem responsável pela indelével introdução da referida expressão no debate acadêmico, quase uma década após a publicação do artigo de Schlesinger.

Para McWhinney, o ativismo judicial não seria uma forma eficiente de formulação de políticas públicas. Em primeiro lugar porque juízes, apesar de bem versados em lei, são não manifestamente melhores equipados para traduzir valores comunitários em políticas constitucionais. Em segundo, porque o processo adversarial impõe sérios limites de cognição ao magistrado, que fica confinado a um parcial registro da controvérsia trazida em juízo, enxergando por uma estreita janela o litígio vivido entre as partes.<sup>10</sup>

A terceira objeção de McWhinney ao ativismo judicial refere-se àquilo por ele denominado de limitação de prestígio (*limitation of prestige*) da Corte. Segundo o jurista, o Poder Judiciário deve evitar tomar partido em controvérsias políticas, tal como ocorreu com a Suprema Corte em 1937, durante o New Deal, em que o próprio Supremo Tribunal, na defesa de uma causa política perdida, acabou minando sua própria legitimidade. E, como última objeção ao ativismo judicial, McWhinney menciona o princípio da regra majoritária (*principle of majoritary rule*), o qual acaba sendo minado pela Corte, quando esta impõe a vontade de nove anciãos sobre a dos primordiais representantes do povo: os legisladores.<sup>11</sup>

A partir da obra de McWhinney a expressão “ativismo judicial” passa a ser utilizada com viés geralmente negativo. Quanto a Schlesinger Jr, pode-se dizer que este prenunciou boa parte das discussões acadêmicas que seriam desenvolvidas nas próximas décadas, concernentes ao relacionamento do Poder Judiciário com outros ramos do Estado. Schlesinger Jr teria não apenas patenteado a expressão, mas também trazido à baila importantes temas, tais como democracia e desconfiança, salvaguarda de direitos fundamentais nos casos de

---

<sup>9</sup> Como artigos mais importantes de McWhinney a respeito do tema ativismo judicial, Keenan Kmiec menciona *The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making*, publicado em 1955, e *The Great Debate: Activism and Self-Restraint and Current Dilemmas in Judicial Policy-Making*, publicado em 1958. Professor McWhinney destacou-se em diversos ramos, desde a Ciência Política até o Direito Internacional. Lecionou em diversos locais, entre eles: Heidelberg (Alemanha), Indiana (EUA), Madri (Espanha), Universidade Nacional do México e Sobborne (França). Atuou como consultor das Nações Unidas e, na década de 1990, foi membro do Parlamento canadense em duas legislaturas. Cf. Kmiec, Keenan D. *The origin and current meanings of “judicial activism”*. *California Law Review*, v. 92, 2004, p. 1452-1454.

<sup>10</sup> McWHINNEY, Edward. *The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making*. Apud Kmiec, Keenan D. *The origin and current meanings of “judicial activism”*. *California Law Review*, v. 92, 2004, p. 1453.

<sup>11</sup> McWHINNEY, Edward. *The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making*. Apud Kmiec, Keenan D. *The origin and current meanings of “judicial activism”*. *California Law Review*, v. 92, 2004, p. 1454.

agitação política e defesa de uma postura mais arrojada do Poder Judiciário em casos em que se discute as liberdades civis.

Schlesinger também foi emblemático no que pertine à ausência de precisão da expressão. Diz-se que o autor de *The Supreme Court: 1947* falhou ao não conceituar o que seria ativismo judicial com exatidão, bem como por não ter explicado que características deveria ter uma decisão para que ela viesse a ser etiquetada como ativista.<sup>12</sup> Mais: afirma-se que Schlesinger também fora infeliz em sua tentativa de qualificar os Ministros da Suprema Corte de sua época.

Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que Hugo Black, classificado como ativista em questões econômicas, seria, na verdade, juiz autorrestritivo quanto à intervenção do Poder Judiciário nas políticas econômicas erigidas por outros poderes.<sup>13</sup> Na mesma linha, John Hart Ely, que se refere a Hugo Black como um “interpretacionista típico”: liberal e ao mesmo tempo interpretacionista, sempre que sua filosofia política (liberalismo) divergia de sua filosofia constitucional (interpretacionismo), Black optava por esta última.<sup>14</sup>

Aprofundando um pouco mais o estudo da contribuição de Hugo Black à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Norte-Americano, pode-se dizer que o *Justice*, em boa parte de sua trajetória na Corte, teria sido ativista quanto a temas relacionados às liberdades civis e autorrestritivo quanto à discussão de políticas implementadas pelo *welfare*.

Além disso, conforme destaca Lêda Boechat, em seus últimos anos na Corte, Black passou a votar com a corrente conservadora e autorrestritiva inclusive em temas relacionados às liberdades civis, alegando que os juízes em geral e os da Suprema Corte em especial estavam conferindo uma interpretação demasiado ampla às cláusulas do devido processo legal para declarar a inconstitucionalidade de leis de que não gostavam, mas que não eram necessariamente discordes à Constituição.<sup>15</sup>

Como exemplo de posicionamento autorrestritivo e conservador de Hugo Black, cite-se seu voto vencido em *Griswold versus Connecticut (1975)*, em que o *Justice* afirmou ser constitucional lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de anticoncepcionais. É

---

<sup>12</sup> Cf. KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of “judicial activism”*. California Law Review, v. 92, 2004, p. 1449 e 1450.

<sup>13</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidivo – o ativismo judicial*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 389.

<sup>14</sup> ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 4 e 5.

<sup>15</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Warren (1953-1969): Revolução Constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991, p. 50, 46, 210 e 211.

justamente a esse Black, em seus últimos anos de Corte, que John Hart Ely, em “Democracia e Desconfiança”, se refere como exemplo de juiz autorrestritivo e interpretacionista.

De todo modo, Schlesinger Jr afirmou com grande acerto que o campeão da autocontenção na Suprema Corte Norte-Americana seria o Juiz Felix Frankfurter, com quem Black travou intensos debates durante a fase mais autorrestritiva do Supremo Tribunal, que vai do período de 1937 a 1952. Quanto a Frankfurter, não há dúvidas de que adotava, realmente, um perfil de deferência em relação ao Poder Legislativo, afirmando, em diversos julgados, que estava chegando a um resultado, como juiz, diferente daquele a que chegava como cidadão, mas assim o fazia por deferência ao Poder Legislativo.

As penumbras em torno do conceito de ativismo judicial e a dificuldade de classificação de alguns magistrados da Suprema Corte norte-americana desde a origem da expressão pelo próprio “criador” do enunciado são, em certa medida, proféticos, já dando mostras de que, no futuro, seria difícil chegar a uma uniformidade quanto ao significado de “ativismo judicial”, tampouco quanto à legitimidade da preconizada substituição de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

## **2.2 Por que não se deve falar em “nascimento”, mas sim em emergência da expressão?**

Apresentada a aparente paternidade da expressão, o leitor deve estar se indagando se realmente se pode afirmar, com segurança, se Arthur Schlesinger Jr teria sido tão original quanto à utilização da referida expressão. Em palavras outras: Arthur Schlesinger teria sido realmente o criador da referida expressão, não tendo ninguém antes a utilizado com o referido sentido? Teria plagiado a expressão de uma terceira pessoa, sem indicar a sua fonte? Ou, mesmo não cometendo qualquer ocultação quanto à paternidade da expressão, porquanto cria ser ela era realmente original, alguém, antes dele, já teria utilizado “ativismo judicial” com semelhante significado?

Respostas seguras a tais indagações são inatingíveis e de todo desnecessárias para a investigação que, aqui, propõe-se a realizar. Mais importante do que saber se Schlesinger Jr detém a paternidade biológica ou sócio-afetiva do referido enunciado é investigar as “condições de emergência” da expressão ativismo judicial, vale dizer: as condições históricas, sociais, econômicas e políticas que permitiriam que a expressão tomasse gosto entre os juristas e cientistas políticos.

Nesse ponto, são de grande valia as considerações de Foucault em *Arqueologia do Saber* – escrito que, de início, deveria ser uma introdução ao livro *As Palavras e as Coisas*,

mas, por fim, terminou com mais de duzentas páginas e, assim, se tornou uma obra independente –, em que o filósofo francês faz interessantes reflexões sobre a noção de “origem” de determinada expressão ou enunciado discursivo.

Se é bem verdade que nos ramos de conhecimento ligados às ciências relacionadas à produção, pode ser adequado falar na atribuição de nomes (enunciados) até então não utilizados anteriormente, residindo a essência das invenções e patentes justamente na noção de novidade, em áreas relacionadas às humanidades é difícil dizer que determinada expressão é totalmente original; vale dizer: que nunca alguma pessoa teria utilizado tal expressão anteriormente, com significado semelhante a que se propõe utilizar. Principalmente se tal expressão não é um neologismo, mas apenas a junção de duas palavras anteriormente conhecidas. No caso concreto, “ativismo” e “judicial”.

Para Foucault, todo discurso manifesto se repousaria ao mesmo tempo sobre um já-dito e um jamais-dito; o já-dito não seria simplesmente uma frase já pronunciada, um texto já escrito, mas sim um jamais-dito daquela maneira, uma forma tão silenciosa quanto um sopro, uma escrita que não é senão o vazio de seu próprio rastro. O discurso, então, que está prestes a irromper já estaria assim, articulado nesse meio-silêncio, esperando tão-somente as condições em que pode aflorar.<sup>16</sup>

Assim, para o filósofo francês, melhor do que atribuir o “nascimento” de determinado enunciado ou expressão a certo autor, é investigar as condições que possibilitaram a emergência de determinado objeto de discurso; ou seja: as condições históricas para que se possa dizer “alguma coisa” e para que várias pessoas possam dizer coisas diferentes.<sup>17</sup>

O enunciado, núcleo do discurso, é, para Foucault, ao mesmo tempo, não visível e não oculto. Não oculto porque se caracteriza por signos efetivamente já produzidos. Não visível porque não se apresenta de forma tão manifesta quanto uma estrutura gramatical ou lógica. Daí dizer-se, com acerto, que uma mesma frase pode ter simultaneamente duas significações diferentes; um sentido manifesto, aceito sem dificuldade por todos, pode encobrir um segundo, esotérico ou profético, que uma decifração mais sutil ou apenas a erosão do tempo acabarão por descobrir. Enfim, as coisas já ditas dizem bem mais que elas mesmas. Um não-dito se encontra dito, apesar de ainda não perceptível.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Trad. de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 28.

<sup>17</sup> FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Trad. de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 50.

<sup>18</sup> FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Trad. de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 124.

Com base nessas premissas, Foucault afirma que o método por ele preconizado – a arqueologia ou o método arqueológico - não está a procura das invenções e permanece, de certa forma, insensível ao momento (“emocionante”, segundo qualificação atribuída pelo próprio filósofo) em que, pela primeira vez, alguém esteve certo de uma verdade; em que se utilizou um enunciado, pela primeira vez, com este ou aquele sentido. Seu método propõe, na verdade, revelar a regularidade segundo a qual uma prática discursiva é exercida, do mesmo modo, por todos os seus sucessores menos originais, ou por alguns de seus predecessores. Para Foucault, então, não há uma diferença de natureza entre enunciados criadores (que fazem aparecer alguma coisa nova) e enunciados imitativos (que recebem e repetem a informação).<sup>19</sup>

Para a arqueologia, ao invés de se buscar quem utilizou pela primeira vez tal expressão, deve-se investigar as condições que possibilitaram que determinado discurso viesse a emergir.<sup>20</sup>

Esse será o objetivo do terceiro capítulo do presente trabalho, em que se pretende fazer uma breve revisão histórica do momento no qual o enunciado “ativismo judicial” ganhou notoriedade e apresentar algumas fases da jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana, ora em direção ao ativismo, ora em direção à autocontenção. Por enquanto, para que não se perca o fio da meada, é necessário a apresentação de alguns conceitos de “ativismo judicial” e algumas diferenciações.

### **2.3 Alguns conceitos de ativismo judicial**

O primeiro conceito de ativismo judicial a ser apresentado é aquele que se assemelha com a origem da expressão, que associa o ativismo judicial ao exercício do poder de revisão judicial. É a concepção de ativismo adotada por Lawrence Baum. O cientista político norte-americano utiliza “ativismo judicial” de maneira ampla, a englobar praticamente todos os casos de declaração de inconstitucionalidade de leis e, inclusive, interpretação da lei sem a declaração de inconstitucionalidade.

Para Baum, ativismo judicial se refere à “disposição da Suprema Corte de realizar mudanças significativas em políticas públicas, particularmente em políticas estabelecidas por outras instituições”. Assim, o ativismo judicial ocorre quando a Corte toma decisões conflitantes com as políticas do Congresso, Poder Executivo e Governos estaduais e municipais. Para ele, o ativismo é geralmente exercido pelo poder de revisão (declaração de

---

<sup>19</sup> FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Trad. de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 163.

<sup>20</sup> FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Trad. de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 56.

inconstitucionalidade de leis), mas não somente. O ativismo também pode ocorrer na simples interpretação de determinada lei, mesmo que não seja declarada a sua inconstitucionalidade.<sup>21</sup>

Sem se referir especificamente a Lawrence Baum, Daniel Giotti tece críticas severas à referida concepção de “ativismo judicial”, a qual, em sua dicção, engloba casos que não poderiam ser chamados de ativismo e deixa de fora outras modalidades que o são. Diz o constitucionalista que tal concepção de ativismo é, a um só tempo, sobre-inclusiva e sob-inclusiva. É sobre-inclusiva, porque é próprio em um sistema de revisão judicial que se declare a inconstitucionalidade de atos normativos contrários ao texto constitucional (o conceito, então, acaba dizendo mais do que deveria dizer). É sob-inclusiva, porque desconsidera a ocorrência de ativismo judicial em casos em que não há conflito expresso entre políticas legislativas e judiciais, como seria, por exemplo, certos casos de omissão do Poder Legislativo (o conceito diz menos do que deveria dizer).<sup>22</sup>

Luís Roberto Barroso conceitua ativismo judicial como diferentes posturas, que incluem as seguintes condutas: a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>23</sup>

De outra banda, autocontenção judicial, para o constitucionalista fluminense, seria, em síntese, “a conduta pela qual o Poder Judiciário procura reduzir, ao mínimo sua interferência nas ações de outros Poderes”. Estariam englobadas pela autocontenção judicial as seguintes condutas: a) evitar aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; e b) utilizar critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos.<sup>24</sup>

Ronald Dworkin é um autor que, conquanto defenda a criatividade judicial, possui uma concepção negativa do que vem a ser o fenômeno “ativismo judicial”. Como sabido, o

---

<sup>21</sup> BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 17, 18 e 260.

<sup>22</sup> 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 Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 287.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 285.

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 286.

jusfilósofo norte-americano, falecido em 2013, era defensor do *judicial review* e da criatividade judicial, o que pode ser extraído de sua metáfora sobre o “Juiz Hércules” e de sua concepção sobre a integridade do direito.

Na metáfora do Juiz Hércules, Dworkin apresenta um ideal de juiz, possuidor de talentos sobre-humanos para encontrar a solução correta, entre eles, a infinidade de tempo a seu dispor para julgamento de um único caso, o conhecimento completo do repertório jurídico de sua comunidade (leis, doutrina e jurisprudência) e capacidade de interpretar o referido arcabouço jurídico em sua plenitude. Por sua vez, o direito como integridade tem, entre outras características, a possibilidade de moldar as regras aos princípios jurídicos dos quais elas decorrem, descobrindo normas implícitas entre e sob as normas explícitas,<sup>25</sup> ainda que o resultado da referida interpretação possa ser diametralmente oposto daquele concebido pelo legislador, quando da edição do texto normativo.

Assim, à primeira vista, poderia se dizer que Dworkin seria favorável ao ativismo judicial, porquanto pressuporia a substituição de determinadas políticas públicas erigidas pelo legislador ordinário por parte do Poder Judiciário, quando as escolhas do legislador fossem equivocadas, ou seja: não atentassem ao “direito como integridade”.

Elival da Silva Ramos possui a mesma percepção da obra de Dworkin. O constitucionalista brasileiro, ao discorrer sobre o direito como integridade de Dworkin, leciona que “Hércules, o juiz idealizado por Dworkin, é autorizado a praticar o ativismo (no sentido amplo de criação do direito) em nome de uma concepção de direito como integridade”; concepção essa que procura conciliar o direito como ética, “vinculada ao processo histórico do constitucionalismo estadunidense, de índole sabidamente democrática”.<sup>26</sup>

Todavia, mesmo que defensores e opositores ao ativismo judicial concordem que existe ativismo judicial em Hércules (isso segundo um conceito amplo de ativismo), nem por isso Dworkin atribui à expressão “ativismo judicial” um significado positivo. Para Dworkin, ativismo judicial, mais do que *judicial review* ou simples exercício arrojado da jurisdição, é uma “forma virulenta de pragmatismo jurídico”, em que o juiz (ativista) ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte, as

---

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo e versão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 294 e 261.

<sup>26</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31.

duradoras tradições da cultura jurídica norte-americana e imporia seus próprios pontos de vista sobre o que a justiça exige.<sup>27</sup>

John Hart Ely não traz um conceito de ativismo judicial no seu clássico *Democracia e desconfiança*.<sup>28</sup> Todavia, na dicção de Elival Silva Ramos, John Hart Ely adota uma concepção de “ativismo moderado”, que se limita à complementação do projeto democrático desenhado pelos *founding fathers*, voltado apenas à organização de um quadro institucional que favoreça o livre exercício da competição pública.<sup>29</sup> Todavia, conforme há de se demonstrar com mais detalhes adiante, John Hart Ely é ferrenho defensor da autocontenção nos casos em que se objetiva a substituição de valores erigidos pelo Poder Legislativo mediante o exercício da revisão judicial. O *judicial review*, na concepção de John Hart Ely, somente deveria ser utilizado para a desobstrução dos canais de participação política e para a proteção das minorias.<sup>30</sup>

O jurista Keenan D. Kmiec afirma que, no debate norte-americano, a expressão ativismo judicial assume, na atualidade, cinco significados essenciais (*five core meanings of “judicial activism”*), correspondendo a:<sup>31</sup>

1) invalidação de ações provavelmente constitucionais de outros ramos; ou seja: invalidação de escolhas políticas que a Constituição não necessariamente proíbe;

Segundo Keenan, a referida definição é bastante problemática, porquanto ela acaba dependendo da existência de concordância em relação àquilo que a Constituição claramente não proíbe; concordância essa praticamente inexistente entre os juristas.

2) desconsideração de precedentes;

Aqui, Kmiec esclarece que o tema é bastante complexo, dependendo a constatação da ocorrência de ativismo de uma série de fatores.

A inobservância de precedentes verticais (ou seja: de cortes superiores) consistiria aparentemente em ativismo judicial. Todavia, quanto aos precedentes horizontais (isto é: aqueles oriundos da própria corte que os prolatou), há pouca uniformidade no referido conceito, dependendo a constatação de ativismo judicial de uma série de fatores, como, por exemplo: o tempo decorrido da prolação do precedente a ser superado, a leitura equivocada da

---

<sup>27</sup> DWORCKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo e versão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 451 e 452.

<sup>28</sup> ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>29</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31.

<sup>30</sup> ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 135-137 e 99.

<sup>31</sup> KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of “judicial activism”*. *California Law Review*, v. 92, 2004, p. 1444 e 1463-1476.

Constituição no acórdão paradigma, se o precedente a ser superado é decorrente do direito comum (*common law*) ou da interpretação da Constituição etc.

3) legislação “judicial” (*judicial legislation* ou *legislation from the bench*);

A referida modalidade de ativismo judicial ocorreria quando a Corte, mediante atividade interpretativa, acaba criando normas jurídicas primárias, que deveriam ser objeto de ato do Poder Legislativo. Um dos problemas do referido conceito é que ele não esclarece se a “legislação” feita pelo Poder Judiciário é de qualidade boa ou má, nociva ou errada. Keenan Kmiec menciona que a Corte Warren foi feliz na prolação de precedentes os quais, apesar de terem incorrido em impróprio exercício de ativismo judicial, resultaram em consequências favoráveis na proteção de direitos fundamentais.

4) afastamento de metodologia interpretativa comumente aceita; ou seja: ausência de utilização adequada das ferramentas interpretativas;

Para Kmiec, o problema do referido conceito é que juristas não concordam quanto ao que seria um método interpretativo adequado para o julgamento de determinada controvérsia, mormente quando o texto é ambíguo. E, mesmo quando há concordância quanto ao que seria o método mais adequado de interpretação, é comum que juízes, invocando a utilização do mesmo método, cheguem a resultados distintos. Além disso, Kmiec observa que quando a expressão “ativismo judicial” é invocada nos julgamentos da Suprema Corte Norte-Americana, ela não serve como um argumento construtivo para demonstrar porque dado método interpretativo, e não outro, seria o melhor para a solução daquele caso. A expressão é usada geralmente como um argumento retórico.

5) julgamentos orientados para as consequências (*result-orient judging*);

De acordo com essa definição, haveria ativismo judicial quando o juiz acaba não adotando a solução que reputa mais correta para o referido caso ou questão, com o propósito de alcançar um resultado posterior, possivelmente oculto.<sup>32</sup> Os seguintes exemplos não são

---

<sup>32</sup> O consequencialismo (ou pragmatismo) oculto pode ser chamado também de “criptoconsequencialismo”. De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto, o consequencialismo, *de per se*, não é tão ruim. A interpretação deve envolver a avaliação das necessidades humanas e sociais. O Direito não é um fim em si mesmo, de modo que o intérprete deve buscar antever o impacto de sua decisão para a sociedade, considerando a influência não apenas da parte dispositiva do ato judicial, mas também dos principais argumentos utilizados. Todavia, para Cláudio Pereira, o consequencialismo de índole utilitarista e o criptoconsequencialismo devem ser combatidos. De um lado, a adoção do consequencialismo não pode ter por resultado a relativização da garantia dos direitos fundamentais ou da dignidade da pessoa humana em prol de metas coletivas. As consequências das decisões não devem ser avaliadas a partir de pautas utilitaristas, mas a partir do sistema de valores da própria Constituição. De outro, o princípio da motivação e da publicidade das decisões vedam que sejam utilizados como principais razões de decidir argumentos ocultos. (Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 428-430). É o que alguns autores denominam de “princípio da transparência e da sinceridade”, utilizado como limite ao ativismo judicial, a respeito do qual serão tecidas maiores considerações no item 5.3 da presente dissertação.

fornecidos por Kmiec, mas bem ilustram a referida modalidade de ativismo judicial: o juiz, mesmo convencido de que a parte tem direito a determinada indenização contra uma grande empresa ou entidade de direito público, julga seu pedido improcedente, apenas para evitar a multiplicação de demandas da mesma espécie e diminuir o seu trabalho; ou o juiz exacerba indevidamente a pena-base em um julgamento penal, para fazer com que a pena escape da prescrição. O problema da referida definição reside na dificuldade de se constatar a referida modalidade de ativismo judicial e, conseqüentemente, o que seria a decisão adequada naquele caso concreto.

Elival da Silva Ramos, Lênio Streck e André Karam são autores brasileiros que enxergam o ativismo judicial sob um viés negativo.

Ramos, que utiliza tanto as expressões ativismo judicial quanto “ativismo judiciário” para se referir ao mesmo fenômeno, conceitua ativismo como a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionais atribuídas a outros poderes.<sup>33</sup>

Lênio Streck, por sua vez, afirma que o ativismo judicial ocorre quando o Poder Judiciário ultrapassa os limites previstos na Constituição e passa a fazer “política judiciária”, para o bem ou para o mal.<sup>34</sup>

André Karam conceitua ativismo judicial como uma “disfunção no exercício da atividade jurisdicional”; o que ocorre quando os Tribunais recusam a se manter dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição.<sup>35</sup>

Além do referido conceito, André Karam, com base na doutrina norte-americana, enumera sete tipos de ativismo judicial<sup>36</sup>:

1) *ativismo contramajoritário*, quando os tribunais relutantes discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos;

---

<sup>33</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116 e 117.

<sup>34</sup> STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 22.

<sup>35</sup> TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 111.

<sup>36</sup> TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 111.

2) *ativismo não originalista*, quando os tribunais negam o originalismo na interpretação judicial, desconsiderando as concepções mais estritas do texto legal ou, então, a intenção dos autores da Constituição;

3) *ativismo de precedentes*, quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes anteriormente estabelecidos;

4) *ativismo jurisdicional*, quando os tribunais não obedecem os limites formais estabelecidos para sua atuação, violando as competências a eles conferidas;

5) *ativismo criativo*, quando os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias através da doutrina constitucional;

6) *ativismo remediador*, quando os tribunais usam seu poder para impor obrigações positivas a outros poderes ou para controlar o cumprimento das medidas impostas;

7) *ativismo partisan*, quando os tribunais decidem com finalidade de atingir objetivos nitidamente partidários ou de determinado segmento social.

Clarissa Tassinari adota também um conceito negativo de ativismo judicial. Para a autora, embora se admita que o ativismo judicial e o controle de constitucionalidade são questões de fato conectadas, tais fenômenos jurídicos não se confundem. Para a autora, duas características singularizam o ativismo judicial: a) forte apelo para a supremacia do Poder Judiciário; e b) reivindicação de competências que, a priori, não seriam de plano reconhecidas.<sup>37</sup>

José Cláudio Pavão Santana, por sua vez, propõe a substituição da expressão “ativismo judicial” e “ativismo do judiciário” por “ativismo jurídico”. Isso porque, como bem ressalta o constitucionalista, o processo judicial se inicia com a iniciativa das partes, cabendo ao juiz o pronunciamento intermediário ou final. Segundo Pavão, é a atividade militante e inovadora de advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público, partidos políticos etc. que levam ao “ativismo jurídico”, o qual é “válvula de escape para a oxigenação da Constituição”, a qual, não sendo uma mera “obra de arte”, necessita de concretização.<sup>38</sup>

Mauro Cappelletti, em “Juízes Legisladores?”, melhor obra do autor a respeito do tema aqui investigado, não faz largo uso da expressão “ativismo judicial”. Menciona “ativismo” em sua nota de rodapé nº 81 e no decorrer de sua monografia parece preferir as

---

<sup>37</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 34 e 36.

<sup>38</sup> A respeito do tema, confirmam-se as seguintes conferências, proferidas pelo jurista: SANTANA, José Cláudio Pavão. “Constituição: entre o contratado e o desejado”; “A Constituição de ontem ou de hoje: o que nos revela o futuro? Os 400 anos das Leis Fundamentais do Maranhão”; “República complacente ou monarquia relutante: a constituição fragilizada”. Disponíveis em: <<http://claudiopavao.blogspot.com.br>>. Acesso em 14/11/2012.

expressões “criatividade jurisdicional”, “criatividade judiciária” e “criatividade da função judiciária” para se referir aos casos em que o Poder Judiciário implementa direitos a partir da própria Constituição, ainda que aparentemente contra a vontade do Legislativo e Executivo. Para o italiano, tal fenômeno não apenas é inevitável, mas também necessário e recomendável em países democráticos. Defende que o Judiciário se erga como um “terceiro gigante”, capaz de se opor ao “legislador mastodonte” e o “leviatanesco administrador”.<sup>39</sup>

Inocência Mártires Coelho, em artigo a respeito do tema, inicialmente diferencia “criação judicial do direito” e “ativismo judicial”. Leciona que criação judicial do direito seria um exercício regular do poder-dever dos juízes, que consiste em “transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado, caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdicional”, a fim de realizar a “justiça em sentido material”, que outra coisa não é senão “dar a cada um o que é seu”. De outro lado, ativismo judicial seria ultrapassar a fronteira entre a criação judicial do direito conforme o traçado constitucional da separação de poderes para fora do traçado constitucional.<sup>40</sup>

Coelho ressalta, todavia, que em razão da abertura semântica da Constituição, boa parte dos casos em que parte da doutrina afirma ter o Supremo Tribunal incorrido em ativismo judicial (Inocência Mártires menciona expressamente Elival Silva Ramos, que citaria como exemplos de ativismo a modulação de efeitos temporais nas decisões judiciais, a construção pretoriana da perda de mandato por desfiliação partidária, a restrição à nomeação de parentes para cargos de confiança e a implementação de direitos sociais em normas de eficácia limitada) corresponde, na verdade, a decisões ousadas, mas compatíveis com o programa da Constituição.<sup>41</sup>

O constitucionalista belenense, semelhantemente a José Cláudio Pavão, alerta que a criação judicial do direito não constitui ato solitário, tampouco espontâneo, dos juízes e tribunais no exercício da jurisdição. Constitui “ato complexo e instigado de fora”, que se produz no âmbito de um processo dialético, do qual participam múltiplos personagens. Dessarte, a criação judicial não seria uma obra exclusiva de juízes e tribunais, mas sim um “*grand finale* de uma peça dramática de extração social”, escrita pelo legislador mas montada

---

<sup>39</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 49, 13, 103, 112, 116, 133 e 47.

<sup>40</sup> COELHO, Inocência Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 482 e 483.

<sup>41</sup> COELHO, Inocência Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 483, 494 e 495.

e encenada por outros personagens, agentes da fiscalização judicial do direito. Nesse contexto, as decisões judiciais não traduziriam *a rigor* a vontade daqueles que as proferem, mas seriam antes “expressão do Poder Social”, nos termos em que está conformado pelas regras e princípios do ordenamento jurídico.<sup>42</sup>

Paulo Gustavo Gonet Branco, conhecendo a controvérsia entre os diferentes significados da expressão, prefere adotar um conceito neutro de ativismo judicial. Para ele, ativismo seria o exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a questões morais e políticas. Branco também sintetiza a discussão de forma lapidar: a expressão ativismo judicial assume um “significado tão débil no seu conteúdo quanto forte na sua carga emocional”.<sup>43</sup>

Para o constitucionalista fluminense, a carga negativa associada à expressão chega a levar a situações curiosas e embaraçosas, “em que antigos adeptos da mais ampla criatividade do juiz, na empolgação do último argumento ou do interesse pessoal, tornam-se inimigos do fenômeno”, o qual não deveria se render à ótica míope em que tem sido examinado.<sup>44</sup> Branco não diz expressamente o destinatário de sua crítica; todavia, parece estar se referindo ao posicionamento de Ronald Dworkin em *Império do Direito*, obra em que, apesar de defender uma atitude pró-ativa do Poder Judiciário, critica veemente a prática do “ativismo judicial”.

Dentre os conceitos apresentados, verifica-se que o conceito que mais se aproxima ao sentido da expressão tal como utilizado pelo seu “idealizador”, Arthur Schlesinger Jr, é aquele fornecido por Lawrence Baum, que associa o ativismo judicial à substituição de políticas públicas erigidas pelo Poder Legislativo e Executivo principalmente mediante o exercício de revisão judicial, mas não apenas por intermédio dela.

De outra banda, o conceito fornecido por Luís Roberto Barroso parece ser o mais adequado à realidade brasileira, em que o grosso do ativismo não é exercido para afastar leis editadas pelo Parlamento, mas sim para implementar políticas públicas nos casos de omissão do Poder Legislativo. Tal conceito, por sua vez, pode ser complementado por aquele fornecido por Clarissa Tassinari, que parece ser útil para os casos em que, não versando sobre consagração de direitos ou políticas públicas, o Poder Judiciário parece invadir competências

---

<sup>42</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 496-498.

<sup>43</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 392 e 387.

<sup>44</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 388.

que pertenceriam a outros poderes. Seriam os casos, por exemplo, a tese de mutação constitucional do artigo 52, X, da CR; da regulamentação judicial de perda de mandato nos casos de desfiliação partidária; e de cassação do mandato de membros do Congresso Nacional condenados ao regime fechado ou semi-aberto.

É basicamente este o conceito de ativismo judicial que se pretende utilizar na presente obra: um amplo conceito de ativismo judicial, consistente em uma mescla do conceito fornecido por Luís Roberto Barroso com o de Clarissa Tassinari. Conceito que pode ser formulado nos seguintes termos:

Ativismo judicial é uma maneira de agir do Poder Judiciário que consiste na adoção de uma das seguintes posturas: a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (educação, saúde etc.); d) reconhecimento de competências e atribuições que aparentemente não seriam pertencentes ao Poder Judiciário.

## **2.4 Diferenciações importantes**

Apresentados alguns conceitos de ativismo judicial, o momento é propício para a apresentação de algumas diferenciações.

### **2.4.1 *Supremacia legislativa e autocontenção judicial***

Autocontenção judicial (o oposto de ativismo judicial) não se confunde com supremacia legislativa.

Quanto à supremacia legislativa, Luís Roberto Barroso já chegou a afirmar que ativistas e não ativistas não contestam a supremacia judicial; ou seja: o reconhecimento de que deve caber ao Poder Judiciário a última palavra a respeito do controle de constitucionalidade.<sup>45</sup>

Aqui, esclareça-se que a afirmação de Barroso vale de modo geral (e não como regra sem exceção). A uma, porque existem autores que, além de desfavoráveis ao ativismo judicial, são extremamente críticos à doutrina do *judicial review*, como seria o caso, p. ex., de Jeremy Waldron.<sup>46</sup> A duas, porque se deve admitir que as discussões quanto a ativismo ou automoderação têm como pano de fundo, em certa medida, a problemática concernente à

---

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 286.

<sup>46</sup> Cf. WALDRON, Jeremy. *The Core of the case against judicial review*. Yale law journal, v. 115, 2006, p. 1346-1406.

legitimidade de imposição de determinados valores à sociedade por um grupo de juízes não-eleitos e de onde devem ser extraídos os aludidos valores. Tema que será abordado em maiores detalhes mais adiante.

Feitas essas breves considerações (que serão aprofundadas mais adiante), assiste razão ao constitucionalista quando afirma que “autocontenção” não deve se confundir com a tese de supremacia legislativa. É possível defender a “autocontenção” defendendo que cabe ao Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, a última palavra (ainda que provisória) quanto à determinada interpretação da Constituição.

#### ***2.4.2 Ativismo judicial versus autocontenção e interpretacionismo versus não-interpretacionismo (ou construtivismo)***

Quanto a interpretacionismo e não-interpretacionismo, tais conceitos são de extrema relevância na academia norte-americana, em virtude do caráter sintético da Constituição daquele país. Relacionam-se aos conceitos de autocontenção e ativismo judicial, mas com eles não se confundem.

A respeito do supramencionado binômio (interpretativismo e não-interpretativismo – ou construtivismo), leciona Barroso que as teorias concernentes aos valores passíveis de cognição pelo Poder Judiciário, especialmente quando da realização do controle de constitucionalidade de leis, podem ser classificadas em dois grandes grupos: 1) o que nega legitimidade ao desempenho de qualquer atividade criativa por parte do juiz, que não estaria autorizado a impor seus próprios valores à coletividade, mas apenas extraí-los da Magna Carta: *interpretativismo*; corrente que, por sua vez, se subdivide em: 1.a) *textualismo*: tese segundo a qual as normas escritas da Constituição são a única fonte legítima em que se pode fundar a autoridade judicial; e 1.b) *originalismo*: linha teórica consoante a qual a intenção dos autores da Constituição e dos que a ratificaram vinculam o sentido a ser atribuído às suas cláusulas; e 2) *não-interpretativismo* ou *construtivismo*: corrente de pensamento, segundo a qual, os intérpretes judiciais não devem se limitar a extrair os valores erigidos pelos *founding fathers*, mas devem participar do processo de criação de tais valores, atribuindo sentido à Constituição a partir dos valores morais da coletividade e das mudanças na realidade.<sup>47</sup>

Elival Silva Ramos, a respeito dos supramencionados conceitos, leciona que a corrente não-interpretacionista da Constituição se subdivide em: a) conceitualismo: corrente que reconhece que a sociedade muda e, por conseguinte, muda o significado dos conceitos básicos da Constituição; e b) simbolismo: corrente segundo a qual a Corte lança mão das aspirações

---

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 281 e 282.

fundamentais da história e tradição norte-americana para determinar a constitucionalidade das ações das diferentes ramificações políticas do governo.<sup>48</sup>

Lançados tais conceitos, verifica-se que, embora ativismo e não-interpretacionismo, bem como autocontenção e interpretacionismo, estejam diretamente relacionados, pois os referidos fenômenos se referem a correntes de pensamento que discutem os limites de atuação do Poder Judiciário, em especial no controle de constitucionalidade de leis, as referidas expressões não podem ser tidas por sinônimas.

É perfeitamente possível o juiz ser adepto do interpretativismo e adotar um perfil ativista. Seria o caso, p. ex., do *Justice* Hugo Black, que se notabilizou pela leitura ativista e textualista da cláusula de liberdade de expressão, em virtude da literalidade da Primeira Emenda: “O Congresso não fará nenhuma lei (...) cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa”.<sup>49</sup> Em virtude da expressão “nenhuma lei” Black adotava uma postura ativista quanto a leis limitadoras da liberdade de expressão; todavia, seu ativismo não decorria de uma interpretação não-interpretativista da Constituição, mas sim interpretativista (textualista ou originalista).<sup>50</sup>

Por fim, na trilha de autores que defendem que as referidas expressões não podem ser tomadas por sinônimas, mencione-se John Hart Ely, que afirma expressamente: “ativismo” e “automoderação” são categorias que existem tanto no interpretacionismo quanto no *não-interpretacionismo*.<sup>51</sup>

### **2.4.3 Conservadorismo versus liberalismo e ativismo versus autocontenção**

De modo semelhante, ativismo e autocontenção não se confundem com liberalismo ou conservadorismo. Uma boa diferenciação (mas também incompleta) entre liberalismo e conservadorismo é aquela fornecida por Lawrence Baum, que propõe a classificação dos *Justices* da Suprema Corte entre liberais e conservadores conforme suas preferências em relação a três grupos de tema (liberdade, igualdade e regulação econômica).

---

<sup>48</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129-132. Elival associa o simbolismo ao moralismo jurídico, gênero sob o qual poderiam ser agrupadas as teses de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Para Elival, tais autores partem da premissa de que entre os princípios e regras há uma diferença qualitativa, servindo os princípios para a projeção de uma ordem objetiva de valores sobre um determinado sistema jurídico-constitucional, o qual acaba minando a força imperativa do texto que se interpreta e aplica, criando, assim, uma Constituição do intérprete. (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89-94).

<sup>49</sup> “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.”

<sup>50</sup> Cf. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 139.

<sup>51</sup> ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 122 e 131.

Para Baum, quanto à categoria liberdade, seriam liberais os juízes que enfatizam as garantias processuais dos réus nos processos criminais, assim como a liberdade de expressão e de religião. Pertinentemente à igualdade, seriam liberais os juízes que apoiam queixas de tratamento discriminatório com fulcro na quarta emenda. Por fim, na categoria *New Dealism* ou regulamentação econômica, seriam liberais juízes simpáticos à regulamentação econômica, conferindo-se maiores direitos aos trabalhadores em detrimento da maior liberdade contratual.<sup>52</sup>

Nesse contexto, juízes liberais e conservadores podem ser ativistas ou autorrestritivos, de acordo com o tipo de demanda que estão a julgar. Nas décadas de 1910 a 1930, os juízes conservadores tinham postura geralmente ativista, declarando a inconstitucionalidade de várias leis que regulavam a economia, em detrimento do princípio da liberdade contratual (*laissez-faire*).<sup>53</sup> De outra banda, durante a Corte Warren, ativistas eram os juízes liberais, que adotaram um posicionamento pró-ativo do Poder Judiciário na consagração e concretização das liberdades civis. Em suma: tanto juízes liberais quanto um juízes conservadores podem ser ativistas, razão pela qual as categorias ativismo/liberalismo e autocontenção/conservadorismo não podem ser tomadas por sinônimas.

Não bastasse a ausência de sinonímia entre ativismo/liberalismo e autocontenção/conservadorismo, mesmo as categorias liberalismo e conservadorismo são, em certa medida, conceitos relativos.

Um juiz que, no início dos anos 30, estivesse a defender uma menor regulamentação estatal da economia poderia se autointitular liberal (qualidade justamente oposta àquela que lhe seria atribuída por Baum); caso em que estaria se referindo a determinado modelo econômico: liberalismo econômico (*laissez-faire*); de outra banda, diante dos adeptos do *keynesianismo*, tal magistrado seria considerado ultraconservador, pois, em seu entender, tal juiz seria adepto de uma concepção aparentemente superada de economia.

Mais: ainda que adotados os conceitos de liberalismo e conservadorismo propostos por Baum, determinado juiz pode ser ao mesmo tempo liberal e conservador, a depender do tema em questão. O fato de um juiz ser liberal em relação a determinado grupo de direitos (p. ex., adoção de uma interpretação mais ampliativa do direito à liberdade de expressão), não significa que venha a sê-lo em relação a outro (e. g., extensão das garantias processuais

---

<sup>52</sup> BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 212.

<sup>53</sup> BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 212 e 224.

penais), nada obstante tais direitos estejam dentro da mesma classificação proposta por Baum: direitos de liberdade.

Além disso, um juiz não há de ser necessariamente ativista porque o Congresso adotou uma lei contrária a sua filosofia política. Como já dito, Hugo Black bem separava o seu papel de magistrado de suas convicções políticas<sup>54</sup>, perfilhando, assim, uma postura de deferência em relação ao legislativo, ao menos em relação a temas econômicos.

Felix Frankfurter, ingressando na Corte em 1939, “apoiou a autocontenção não somente a respeito de questões de regulamentação econômica como também a respeito de questões referentes às liberdades civis”.<sup>55</sup> Sem dúvida, fez por merecer o título de campeão da autorrestrrição.

O *Justice*, em diversos julgados, aludia à dualidade do “Frankfurter-homem” *versus* “Frankfurter-juiz”, de maneira que, diversas vezes, afirmou estar chegando a uma conclusão, como juiz, que jamais adotaria como cidadão, mas assim procedia em deferência ao Poder Legislativo. Isso porque, segundo cria, sendo os membros do Parlamento eleitos pelo voto popular, estavam eles mais capacitados para representar a concepção moral dominante da sociedade norte-americana.<sup>56</sup>

#### **2.4.4 Ativismo judicial e judicialização**

A judicialização *lato sensu* e a judicialização da política em sentido estrito podem ser fatores ensejadores do ativismo judicial, mas com ele não se confundem. Na acepção de Luís Roberto Barroso, judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional, ocorrente não apenas no Brasil, mas em outros países. O ativismo, por sua vez, é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e alcance.<sup>57</sup>

De modo semelhante, Clarissa Tassinari, para quem a “judicialização da política” é um “fenômeno contingencial”, isto é: insurge na insuficiência dos demais Poderes, em

---

<sup>54</sup> Cf. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 4 e 5.

<sup>55</sup> Cf. BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 224 e 225.

<sup>56</sup> Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 164.

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: FELLETT, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 228, 229 e 234.

determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais; e ativismo judicial diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais.<sup>58</sup>

Mais adiante, esclarece que a judicialização é um problema cuja origem situa-se fora do direito. A excessiva judicialização decorre tanto de fatores sociais quanto políticos. Emerge tanto de um contexto social de exigência de direitos, quanto de um arranjo político de desídia na implementação destes direitos fora da jurisdição. De maneira que, segundo a autora, a solução do problema não depende exclusivamente de uma estratégia a ser adotada pelo Poder Judiciário. Quanto ao ativismo judicial, seria este um problema dentro do direito. Trata-se de uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Diferentemente da excessiva judicialização, não é um problema inexorável, podendo, assim, ser solucionado dentro do próprio direito.<sup>59</sup>

## **2.5 Considerações finais quanto aos conceitos de ativismo judicial**

Nesse capítulo, apresentaram-se alguns conceitos de ativismo judicial e traçaram-se algumas diferenciações em relação a outros conceitos importantes. De logo, verificou-se que existe pouco consenso em torno do que venha a ser a expressão ativismo judicial e que a referida postura do Poder Judiciário – “postura do Poder Judiciário” talvez seja a única parte do conceito que é unânime entre os autores – encontra ferrenhos defensores e opositores.

A ausência de uniformidade da questão, todavia, não leva esta investigação a um relativismo ou à negação do problema. Vale dizer: a ausência de uniformidade quanto ao significado de uma expressão que remete a um problema não faz com que esse problema deixe de existir. Não se pode dizer que não há crime de racismo, porque – biologicamente falando – não existem “raças humanas”. De maneira semelhante, não se pode dizer que não há um problema de invasão do Poder Judiciário em matérias que deveriam ser reservadas a outros Poderes porque não existe um conceito confiável de ativismo judicial.

Nos últimos capítulos, sobretudo no tópico 5.3, pretende-se apresentar alguns limites à atividade judicial. Porém, por ora, é necessário dedicar mais alguns capítulos à sedimentação de alguns conceitos e teorias, além de um breve estudo histórico, úteis à compreensão do fenômeno “ativismo judicial” e à demonstração de que se o ativismo judicial excessivo pode ser nefasto à separação de poderes e aos direitos e garantias fundamentais, o seu oposto – o

---

<sup>58</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 36.

<sup>59</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 55 e 56.

excesso de autocontenção – pode ser ainda mais (ou igualmente deletério) à consagração de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

### 3. ALGUMAS LINHAS QUANTO AO DEBATE EM TORNO DA SUPREMACIA JUDICIAL *VERSUS* SUPREMACIA LEGISLATIVA

Aqui, vale a pena abrir um pequeno adendo para aprofundar um pouco a discussão relacionada a uma importante afirmação de Luís Roberto Barroso, no sentido de que ativistas e não ativistas não contestam a supremacia judicial (o reconhecimento de que deve caber ao Poder Judiciário a última palavra a respeito do controle de constitucionalidade).<sup>60</sup>

Tal afirmação vale como regra geral.

Realmente, a defesa da autocontenção não se confunde necessariamente com a defesa da supremacia legislativa. E, via de regra, ativistas e não ativistas, não contestam a supremacia judicial; entendida esta como a teoria ou doutrina de que cabe ao Poder Judiciário a decretação de nulidade de leis incompatíveis com a Constituição.

Todavia, minudenciando um pouco mais a questão, percebe-se que a afirmação do constitucionalista merece uma maior problematização.

A uma, porque como há de se demonstrar a seguir, nos Estados Unidos, berço da revisão judicial, até hoje são tecidas severas críticas quanto ao poder de revisão judicial; ou seja: quanto à possibilidade de o Poder Judiciário declarar inconstitucionalidade de leis do Poder Legislativo.

A duas, porque o sentido da expressão “última palavra no controle de constitucionalidade” acaba sendo um tanto dúbio, devendo ser interpretado como o fechamento de um ciclo de apreciação de inconstitucionalidade; ou seja: última palavra provisória, sem a pretensão de que o Poder Judiciário tenha o “monopólio da última palavra” quanto à interpretação da Constituição.

O Poder Judiciário tem a prerrogativa de dar a última palavra quanto a determinado dispositivo previsto em lei ordinária, o que não impede, de outra banda, o poder reformador exercido pelo Poder Legislativo, de retirar da Constituição a norma que permitiu a declaração da inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário; ou mesmo de insistir na constitucionalidade da lei ou emenda constitucional, levando novo debate ao Poder Judiciário.

O ativismo legislativo, quando exercido para corroborar ou mesmo para contestar o ativismo judicial, levando novos argumentos pró e contra a interpretação adotada pelo Poder Judiciário, acaba aumentando as possibilidades de fornecimento de respostas mais corretas à interpretação da Constituição.

---

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 286.

### 3.1 O nascimento do controle de constitucionalidade

Como sabido, não há na Constituição Norte-Americana um único artigo que confira à Suprema Corte o controle de constitucionalidade de leis criadas pelo Congresso Nacional. Daí um sem-número de críticas ao poder de revisão judicial norte-americano, as quais se intensificam quanto mais marcante é a atuação da Suprema Corte daquele país.

Há muito se questiona se os Constituintes de 1787 teriam se omitido conscientemente ou não acerca do controle de constitucionalidade de leis pelo Poder Judiciário, bem como se seriam favoráveis ou contrários ao referido controle.

Quanto aos primórdios do debate do poder de revisão judicial, ganha relevo o Federalista de Números 78 e 81 e pesquisa empírica realizada pelo Professor Charles Beard, em estudo publicado pela primeira vez em 1912: *The Supreme Court and the Constitution*.

#### 3.1.1 Os ensaios federalistas 78 e 81

O Federalista (*Federalist Papers*), como se sabe, constitui uma série de 85 artigos publicados a partir de 1787 na imprensa escrita de Nova Iorque, que tinham por objeto convencer a opinião pública norte-americana da necessidade de ratificação da Constituição. Os artigos, publicados pelo pseudônimo *Publius*, foram escritos, na verdade, por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay; os dois primeiros participantes da convenção de Filadélfia de 1787, onde foram elaborados os artigos da Constituição Originária dos Estados Unidos; e o terceiro, membro do partido federalista que, entre outros cargos importantes, foi o primeiro *Chief of Justice* da Suprema Corte Norte-Americana.<sup>61</sup>

Acerca do Poder Judiciário, Hamilton descreve-o, no Federalista nº 78, como o ramo menos temível (*the least dangerous*) à Constituição; isso porque, diferentemente do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não dispõe da Bolsa ou da Espada para tomar qualquer resolução ativa. Para Hamilton, a função de guarda da Constituição não poderia ter sido transferida ao Poder Legislativo, uma vez que “não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes”, sendo mais razoável a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciais entre o povo e a legislatura, para que aqueles possam impor limites a esta.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> KETCHAM, Ralph. *Escritos antifederalistas (y debates de La convención constitucional de EE. UU.)*. Barcelona: Hacer, 1996, p. 23 e 24.

<sup>62</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; e JAY, John. *O federalista*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 458-460.

Hamilton alerta que isso não significa, contudo, que o Poder Judiciário seja superior ao Poder Legislativo, mas sim que o poder do povo é superior a ambos. Mesmo defendendo que o povo tem o direito de mudar e abolir a Constituição existente, o *founding father* diz que desse princípio não se deve concluir que os representantes do povo estejam autorizados a violar a Constituição todas as vezes que a maioria dos seus constituintes se mostrar momentaneamente inclinada a violá-la. E arremata: os Tribunais precisam de muita coragem para defender a Constituição tão fielmente como lhes cumpre, quando o corpo legislativo é excitado nos seus ataques pela maioria da nação.<sup>63</sup>

No Federalista de nº 81, Hamilton diz que os perigos de usurpações do Poder Legislativo pelo Judiciário são puramente imaginários, já que eventuais equívocos do Poder Judiciário são incapazes de influir sensivelmente sobre o sistema geral de governo. Por outro lado, defende que atribuir o dever de guarda da Constituição ao Poder Legislativo seria pouco produtor, pois não há de se esperar que o Legislativo que violou a Constituição na elaboração de más leis há de temperar o efeito destas, reparando como juízes o mal que fizeram como legisladores. Acrescenta que, embora a Constituição seja silente quanto à revisão de atos do Poder Judiciário pela legislatura, tal poder de revisão, embora possível, não seria conveniente.<sup>64</sup>

### **3.1.2 O Juiz Marshall e o julgamento de *Marbury versus Madison***

Conforme copiosa bibliografia, atribui-se a Marshall o início do controle de constitucionalidade das leis do parlamento, no julgamento do caso *Marbury versus Madison*, em 1803.

O caso pode ser brevemente relatado da seguinte forma:<sup>65</sup> Marbury havia sido nomeado juiz de paz do Distrito de Colúmbia nos últimos dias da Administração de John Adams, mas tivera sua posse recusada por James Madison, então Secretário de Governo, por determinação do novo Presidente, Thomas Jefferson, o qual estava insatisfeito com as nomeações de última hora do Presidente John Adams (conta-se que Adams teria nomeado juízes até a 21ª hora do seu último dia de mandato, com o propósito de entricheirar os federalistas, derrotados nas eleições, nos tribunais; o referido episódio tornou-se conhecido como *the midnight judges*, ou “os juízes da meia-noite”).

---

<sup>63</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James. JAY, John. *O federalista*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 460 e 461.

<sup>64</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; e JAY, John. *O federalista*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 474-476.

<sup>65</sup> Cf. BEARD, Charles. Trad. de Paulo Moreira da Silva. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 115-120; RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 22 e 35-38.

Marbury, então, impetra um *mandamus* contra o ato de James Madison, que deixa o *writ* correr à revelia. Durante o tenso clima que antecedeu ao julgamento, na imprensa e no Congresso, chegou-se a sugerir o *impeachment* dos juízes que, deferindo a medida, ousassem aplicar os princípios da *Common Law* à Constituição. A Corte, sob a Presidência do *Chief of Justice* John Marshall, não deferiu o mandado de segurança, tampouco o denegou; simplesmente declarou a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei Judiciária de 1789, que atribuía ao Supremo Tribunal competência para o julgamento do *mandamus* contra ato do Secretário de Governo.

Na declaração de inconstitucionalidade da referida lei, que, para alguns, se tratou mais de um ato político do que jurídico, é de se destacar os seguintes pontos:<sup>66</sup>

1) a Corte já havia anteriormente reconhecido sua competência para julgar *mandamus* contra ato de Secretário de Estado, em um caso envolvendo o Secretário de Guerra Henry Knox, em 1794 (não sob a Presidência de Marshall, é verdade), mas, mesmo assim, no *Marbury case* resolveu declarar a inconstitucionalidade da referida lei, que lhe atribuía competência para tal;

2) Marshall inverteu a ordem do julgamento, adentrando no mérito do litígio e afirmando que Madison agira ilegalmente ao negar a posse a Marbury e que, de acordo com os princípios aplicáveis da *Common Law*, havia remédio para o caso, a saber: o *writ of mandamus*; e

3) Marshall, que redigiu a opinião favorável ao poder de revisão judicial, não cita em nenhum momento “O Federalista”, bastante conhecido à época, mas chega à conclusão de possibilidade de controle de constitucionalidade de leis pelo Poder Judiciário mediante um interessante exercício de lógica, citando artigos da própria Constituição que versavam sobre a impossibilidade de aprovação de leis que tratam de determinada matéria (p. ex., vedação de leis retroativas ou *post facto*); de maneira que, segundo ele, tais artigos pressupunham uma instância de controle ao Poder Legislativo, a qual somente poderia ser o Judiciário, a quem caberia decidir sobre qual legislação aplicável diante de um conflito de normas.

O argumento lógico de Marshall é forte: de que adianta a previsão constitucional de que não devem ser aprovadas leis retroativas se, uma vez violada a referida garantia constitucional, o prejudicado não puder recorrer ao Poder Judiciário para, mediante invalidação da lei inconstitucional, assegurar o bem da vida vulnerado com a norma *post*

---

<sup>66</sup> Cf. BEARD, Charles. Trad. de Paulo Moreira da Silva. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 15-18 e 115-120; RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 35-38.

*facto*? Ou a previsão de que não pode ser cobrado imposto sobre exportação se, uma vez aprovada lei sobre o referido fato gerador, os Tribunais fecharem os olhos à inconstitucionalidade da referida lei?

Mais do que isso. Além de realizar um exercício de impecável lógica formal em prol da revisão judicial, o julgamento de Marshall foi um ato de notável dissimulação estratégica. Quando procede à inversão da ordem do julgamento (primeiro o mérito e depois a preliminar), Marshall parece estar enfrentando um perigo do qual, na verdade, está escapando: afronta argumentativamente o Executivo, afirmando que a recusa ao ato de posse do juiz de paz foi um ato ilícito; todavia escapa do perigo de descumprimento da decisão judicial ou até de *impeachment* dos membros da Corte, declinando a competência do feito. Ao evitar o embate com o Poder Executivo, parece estar demonstrando uma fraqueza, mas, na verdade, começa a sedimentar uma tese que conferirá ao Poder Judiciário um poder até então não visto em qualquer outro tribunal do mundo: acaba conquistando um importante território (poder de declaração de inconstitucionalidade de leis) enquanto o oponente está preocupado com uma questão menor (negativa de posse a um juiz de paz ligado ao partido federalista).<sup>67</sup>

### **3.1.3 A pesquisa empírica de Charles Beard**

Quanto a Charles Beard, afirma-se que este teria iniciado seu estudo para, inicialmente, afirmar que Marshall e a Corte por ele presidida teriam arbitrariamente assumido um poder que os autores da Constituição não lhe teriam conferido; todavia, ao final de seu estudo, chegara à conclusão diametralmente oposta.

A tese de Beard a respeito da revisão judicial pode ser resumida, basicamente, nos seguintes pontos:

1) dos 55 membros da Convenção Constituinte de 1787 (sendo que, entre os aludidos membros, somente dois terços teriam participado ativamente das reuniões), pelo menos 25 seriam favoráveis ao controle de constitucionalidade; e

2) os autores da Constituição Federal representavam grandes interesses conservadores, financeiros e comerciais que tinham certo receio em relação ao populismo que poderia vir a ser adotado por uma maioria desprovida de propriedades; tais constituintes desejavam um Governo forte para garantir a ordem social e, em especial, o pagamento dos empréstimos realizados pelo Governo para cobrir as despesas de Guerra.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Cf. BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 2.

<sup>68</sup> BEARD, Charles. Trad. de Paulo Moreira da Silva. *A Suprema Corte a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 33, 54-55, 91-92, 97 e 99.

Nesse ponto, vale a pena registrar o imenso mérito de Beard na realização da referida pesquisa empírica. Com efeito, sendo secretas as sessões que resultaram na redação da Constituição, Beard teve de realizar intensa pesquisa histórica, verificando como cada *founding father* da Convenção de 1787 teria se manifestado a respeito do poder de revisão do Poder Judiciário, antes ou depois da promulgação da Carta. Eis, então, a razão da primeira leva de críticas quanto ao trabalho de Beard: sendo algumas das opiniões coletadas após a promulgação da Constituição, nada garante que os constituintes por ele apontados tenham sido realmente favoráveis ao controle judicial quando da realização da Convenção de Filadélfia. Há, todavia, quem afirme que Beard tenha sido modesto em suas projeções, havendo não 25, mas pelo menos 32 membros da Convenção que seriam favoráveis ao poder de revisão.<sup>69</sup>

### **3.2 Algumas críticas à supremacia judicial: o problema da dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário**

Como questionamentos à supremacia judicial, vale a pena consignar, aqui, uma breve menção a Alexander Bickel, John Hart Ely e Jeremy Waldron. Suas críticas contundentes se referem basicamente à ausência de legitimidade de um grupo de magistrados não eleitos decidirem importantes questões políticas ou morais de interesse da sociedade.

Alexander Bickel, criador da expressão “dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário” (*the counter-majoritarian difficulty*), é qualificado por John Hart Ely como o constitucionalista mais criativo dos últimos vinte anos.<sup>70</sup> Para Conrado Hübner Mendes, Bickel teve mais influência pelas questões que suscitou do que pelas respostas que forneceu, sendo o aludido enunciado – “dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário” – a mais célebre de suas expressões.<sup>71</sup>

Alexander Bickel publicou *The least dangerous branch* pela primeira vez no ano de 1962, ou seja: durante a Corte Warren (1952 a 1969), a qual, conforme se verá mais adiante, notabilizou-se pela postura ativista em temas relacionados a direitos civis, tais como integração racial, garantia processuais penais a investigados, liberdade de imprensa e religiosa. O título da obra é uma explícita referência à célebre expressão utilizada por

---

<sup>69</sup> Nesse sentido, confira-se a introdução de Allan Westin obra de BEARD, Charles. Trad. de Paulo Moreira da Silva. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 11, 31-34 e 39-40.

<sup>70</sup> ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 93.

<sup>71</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108.

Hamilton no Federalista nº 78: o Poder Judiciário, pela natureza de suas funções, é “o ramo menos perigoso” aos direitos políticos da Constituição.<sup>72</sup>

A raiz da dificuldade da revisão judicial, segundo Bickel, é que a nulificação de leis aprovadas pelo parlamento é uma força contramajoritária no sistema norte-americano. Para o constitucionalista, quando Hamilton (e em certa medida Marshall) defendeu que o controle de constitucionalidade não significa superioridade do Poder Judiciário porque este está a atuar em favor do povo, o *founding father* escondia que, na verdade, a revisão judicial constitui um controle de uma minoria não representativa sobre uma maioria eleita. A palavra “povo”, quando utilizada nesse contexto, é apenas uma abstração.<sup>73</sup>

Diz Bickel que o controle é exercido não em favor da maioria, mas contra ela, e que a revisão judicial é um instituto antidemocrático. Acrescenta que a democracia não é exercida simplesmente na contagem de mãos, durante as votações realizadas pelo parlamento, mas principalmente no julgamento dos representantes eleitos após o fim dos seus mandatos, o que não ocorre com os membros do Poder Judiciário. Assim, conclui, a essencial realidade é que a revisão judicial é uma instituição anormal (*deviant*) na democracia americana.<sup>74</sup>

John Hart Ely é outro autor que vê com desconfiança o exercício do *judicial review*. Para ele, é inaceitável que juízes nomeados e com cargo vitalício reflitam melhor os valores convencionais que os representantes eleitos. Ao invés, então, de impor valores, devem os juízes policiar os mecanismos através dos quais os governantes vão representar os seus eleitores. A decisão judicial, em casos tais, seria semelhante ao direito antitruste que, ao invés de ditar resultados substantivos, deveria apenas atuar quando o mercado está funcionando mal de modo sistêmico. Assim, para o mencionado autor, o controle de constitucionalidade de leis somente é cabível para controlar ou corrigir o processo de representação, em especial, quando

---

<sup>72</sup> Confira-se transcrição do Federalista que epigrafa a obra de Bickel: “Whoever attentively considerer the different departments of powers must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgement; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgements.” (HAMILTON, Alexander in the 78<sup>th</sup> Federalist, “The judges as Guardians of the Constitution”. *Apud* BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. iv).

<sup>73</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 16.

<sup>74</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 17 e 18.

é necessária a desobstrução dos canais de mudança política ou, então, corrigir certos tipos de discriminação contra as minorias.<sup>75</sup>

Jeremy Waldron defende abertamente que é um erro supor que os direitos fundamentais são mais protegidos pelo Poder Judiciário do que pelo Poder Legislativo. Para Waldron, se o Poder Legislativo vem funcionando razoavelmente bem, não há razão para a revisão judicial com o propósito de invalidar leis do Parlamento. E continua: seria um equívoco também afirmar que, em razão de no sistema judicial haver explicitação da fundamentação das decisões, o sistema de escolhas do Poder Judiciário seria melhor do que aquele utilizado pelo Poder Legislativo. Os registros dos debates do Congresso Nacional apontam as razões de escolha dos legisladores<sup>76</sup> e, no processo de escolha judicial, seja qual for a fundamentação utilizada, o que valerá será também a regra da maioria.<sup>77</sup> Ainda quanto a um último registro digno de nota, citando Laurence Tribe, vigoroso defensor da revisão judicial, Jeremy Waldron afirma que é um erro supor que os direitos civis estão melhor protegidos pelo Poder Judiciário do que pelo Congresso Nacional em tempos de crise. As decisões judiciais pós 11 de setembro seriam um bom exemplo disso.<sup>78</sup>

### **3.3 A resposta de Dworkin: a supremacia judicial como decorrência da democracia constitucional**

A defesa da supremacia judicial em Ronald Dworkin passa pelo seu conceito de democracia constitucional e pela sua distinção entre questões de política e questões de princípios.

---

<sup>75</sup> ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 135-137 e 99.

<sup>76</sup> Nesse ponto, destaque-se que Waldron admite a utilidade do registro para saber as razões da escolha legislativa quanto ao significado indubitado dos preceitos; de outra banda, nos casos em que há dúvida quanto à interpretação da norma, tais registros seriam inúteis, porque não se poderia afirmar que o discurso específico de determinado parlamentar contido em uma ata do Congresso seria suficiente para entender a vontade geral da maioria, que aprovou a lei nos moldes em que ela foi editada: “(...) penso que toda a idéia de que as atas legislativas podem revelar intenção legislativa é gravemente falha e, em si, é apenas mais um sinal da inadequação da nossa jurisprudência legislativa. (...) A intenção que está sendo comunicada e recebendo efeito funcional no ato da legislação é apenas a intenção convencionalmente associada à linguagem da decretação. Se houver questões adicionais quanto ao que essa linguagem significa – porque ela é vaga, por exemplo, ou ambígua -, o conceito de intenção que expusemos até aqui não nos oferece nenhuma orientação.” (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 31-32).

<sup>77</sup> O tema também é abordado por Waldron na sua obra *A Dignidade da Legislação*: “Cinco votos derrotam quatro no Supremo Tribunal dos Estados Unidos. A diferença, quando uma questão é deslocada da legislatura para o tribunal, é uma diferença de grupos de constituintes, não uma diferença de método de decisão. Portanto, se votar produz resultados arbitrários sob o princípio da decisão majoritária, então, boa parte do direito constitucional norte-americano é arbitrário” (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 156).

<sup>78</sup> WALDRON, Jeremy. *The Core of the case against judicial review*. Yale law journal, v. 115, 2006, p. 1348, 1352, 1360, 1361, 1365, 1381, 1391 e 1377.

Para Dworkin, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados e racionais não é uma meta nem uma definição de democracia. Na verdade, o objetivo que define a democracia é que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito.<sup>79</sup>

Nessa perspectiva, os procedimentos por intermédio dos quais são tomados as decisões fundadas na vontade da maioria não são um fim em si mesmos, porquanto têm por propósito alcançar um objetivo maior, qual seja: o de garantir a igualdade dos cidadãos. Por essa razão, quando se emprega um procedimento não-majoritário (como é o caso do controle de constitucionalidade de leis) para proteger ou promover a igualdade entre os cidadãos, não se está indo contra a democracia, mas, pelo contrário, está-se garantindo a sua essência.<sup>80</sup>

Dworkin assinala que a democracia por ele defendida (a democracia constitucional) pode vir a ser prejudicada tanto por decisões do tribunal quanto por decisões do corpo legislativo. No primeiro caso, quando o tribunal toma uma decisão errada a respeito das exigências das condições democráticas (manutenção da igualdade entre os cidadãos) e, no segundo caso, quando uma decisão constitucional errada adotada pelo parlamento continua de pé. A possibilidade de erro é simétrica.<sup>81</sup> Ambas as instituições podem – hipoteticamente – falhar em seu mister de proteger a democracia em sua essência.

Assim, para Dworkin, a melhor estrutura institucional é aquela que, em primeiro lugar, produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as condições democráticas de uma dada comunidade política e, em segundo lugar, é aquela que melhor garanta uma obediência estável às referidas condições.<sup>82</sup>

Como uma primeira proposta, pode-se dizer que deve a legislatura decidir quais são os limites morais do seu poder, sem qualquer controle judicial. Todavia, em outra perspectiva, pode-se argumentar que, pelo fato de os legisladores serem em certa medida vulneráveis a pressões políticas dos mais variados tipos, tanto pelo lado financeiro quanto pelo lado político

---

<sup>79</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26.

<sup>80</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26.

<sup>81</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 50.

<sup>82</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 52.

propriamente dito, pode-se chegar à conclusão de que o parlamento não é o veículo mais seguro para a proteção dos direitos de grupos poucos populares (minoritários).<sup>83</sup>

Os juízes, por outro lado, na prática constitucional norte-americana são dotados da autoridade interpretativa final e, em sua maioria, compreendem a Declaração de Direitos, como uma constituição de princípios,<sup>84</sup> que devem ser colocados a salvo das conformações momentâneas da disputa política. Assim, nada obstante possam as cortes errar em seu mister, são as instituições melhor posicionadas para encontrar a resposta correta às diferentes questões morais que lhe são colocadas.

O afastamento, ainda que relativo, do magistrado de questões políticas e sua concentração exclusiva na dimensão de princípio, comparativamente a inúmeros outros fatores que o legislador tem de sopesar ao votar uma lei, confere ao juiz, segundo a referida teoria, condições privilegiadas para decidir com isenção.<sup>85</sup>

### **3.4 As teorias do diálogo**

O mais conhecido defensor das teorias do diálogo, no Brasil, é certamente Conrado Hübner Mendes, Doutor em Direito Constitucional e Ciência Política, além de professor da USP. Sua tese de doutoramento defendida no Departamento de Ciência e Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo é referência quanto ao tema, no Brasil.<sup>86</sup>

Segundo Hübner, as teorias do diálogo partem, em suma, da percepção de que a decisão de uma Corte, Tribunal Supremo ou Corte Constitucional, “não é, e não tem como ser, o fim da linha”. As referidas teorias possuem, como denominadores comuns: a recusa da visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual “é e deve

---

<sup>83</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 53.

<sup>84</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 53.

<sup>85</sup> Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida no Departamento de Ciência e Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Data da defesa: 03/07/2008. Data da publicação: 22/12/2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em 03/08/2014, p. 67.

<sup>86</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida no Departamento de Ciência e Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Data da defesa: 03/07/2008. Data da publicação: 22/12/2008. 219 p. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em 03/08/2014.

ser legitimamente exercida pelos outros poderes”; a rejeição da existência de uma última palavra, ou, pelo menos, de que a corte a detenha por meio da revisão judicial.<sup>87</sup>

Na dicção de Hübner, as teorias do diálogo se classificariam em dois grandes grupos: a) um de caráter endógeno, no qual o próprio julgador ou uma teoria da decisão judicial adota uma postura de interação com o legislador; e b) outro de caráter exógeno, em que o diálogo emerge como produto da separação dos poderes, uma decorrência do desenho institucional; ou seja: não necessariamente da disposição de qualquer dos poderes em dialogar com outro poder.<sup>88</sup>

No primeiro grupo, as teorias do diálogo podem ser encontradas em teses essencialmente discrepantes, tanto em autores que defendem o minimalismo ou passivismo, quanto em autores que defendem uma postura mais ativista da corte. Como exemplo de diálogo passivista, Hübner menciona Alexander Bickel e as “virtudes passivas” do Poder Judiciário por ele desenvolvidas em *“The Least Dangerous Branch”*; virtudes essas exercidas quando a corte “decide não decidir” e funciona, assim, como um “professor da cidadania”. Em outra trilha, o diálogo pode ser realizado em posturas mais ativistas da corte, quando o tribunal veicula “conselhos” não vinculantes ao Poder Legislativo em *“obiter dicta”* das decisões; ou, então, quando se vale do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para invalidar atos de outros poderes, fazendo com que estes reflitam “quanto aos seus próprios papéis em termos de proporcionalidade”.<sup>89</sup>

Quanto ao segundo grupo, teorias exógenas ou institucionais, o diálogo é determinado por previsão normativa. Hübner Mendes cita como exemplo a Seção 33 da Constituição do Canadá, conhecida como “notwithstanding clause” (cláusula do “não obstante”) ou “override”

---

<sup>87</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida no Departamento de Ciência e Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Data da defesa: 03/07/2008. Data da publicação: 22/12/2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em 03/08/2014, p. 97-99.

<sup>88</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida no Departamento de Ciência e Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Data da defesa: 03/07/2008. Data da publicação: 22/12/2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em 03/08/2014, p. 99.

<sup>89</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida no Departamento de Ciência e Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Data da defesa: 03/07/2008. Data da publicação: 22/12/2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em 03/08/2014, p. 100-111 e 118-124.

(expressão geralmente utilizada quando o parlamento rejeita o veto do Poder Executivo a determinada lei), segundo a qual, na aprovação de uma lei, o Parlamento pode determinar que o diploma normativo deixe de ser objeto de revisão judicial por cinco anos; prazo esse sujeito à renovação nas legislaturas seguintes. Hübner leciona que tal cláusula foi criada na transição do regime legislativo para o constitucional, com o advento da Carta de Direitos e Liberdades (*Charter of Rights and Freedoms*), de 1982 e, em seus mais de 25 (vinte e cinco) anos, nunca foi utilizada.<sup>90</sup>

Outra característica do direito canadense é que, apesar de a referida cláusula nunca ter sido usada, observa-se que, naquele país, na maioria dos casos de declaração de inconstitucionalidade da corte, o legislador tem respondido editando novas leis, quer aquiescendo com a decisão judicial, quer insistindo no mesmo regramento, reforçando, todavia, a argumentação do preâmbulo do novo diploma normativo.<sup>91</sup>

Para Hübner, a experiência do Canadá, assim como de outros países que apostaram no diálogo institucional (Hübner menciona a ausência de controle de constitucionalidade na Nova Zelândia e na Inglaterra), aposta na esperança de que, por meio de alguns incentivos institucionais, o parlamento pode levar direitos a sério. O diálogo institucional torna a comunidade jurídica sensível ao fato de que, na política e na democracia, as decisões são provisórias, não havendo se falar em “última palavra”, no controle de constitucionalidade de leis.<sup>92</sup>

Para Hübner, a última palavra deve ser entendida como “última palavra provisória”, a qual não impede novas rodadas procedimentais. A separação de poderes deve ser de cunho deliberativo, e não meramente adversarial. A opção por um modelo deliberativo, de diálogo entre as instituições (Poder Legislativo e Poder Judiciário), não extingue a possibilidade de

---

<sup>90</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida no Departamento de Ciência e Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Data da defesa: 03/07/2008. Data da publicação: 22/12/2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em 03/08/2014, p. 144 e 145.

<sup>91</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida no Departamento de Ciência e Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Data da defesa: 03/07/2008. Data da publicação: 22/12/2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em 03/08/2014, p. 145 e 146.

<sup>92</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida no Departamento de Ciência e Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Data da defesa: 03/07/2008. Data da publicação: 22/12/2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em 03/08/2014, p. 144-156.

erro, mas maximiza as possibilidades de acerto, porquanto cada instituição (parlamento e corte) há de buscar as melhores razões públicas para justificar suas decisões.<sup>93</sup>

### **3.5 Considerações finais quanto à supremacia judicial e à tese da última palavra**

Realizada essa breve apresentação de algumas teorias que questionam a supremacia judicial, insta registrar que assiste razão a Barroso quando aduz que (via de regra) ativistas e não ativistas não contestam a supremacia judicial.<sup>94</sup>

Nesse sentido, confirmam-se as lições de Elival da Silva Ramos, o qual, conquanto ferrenho opositor ao ativismo judicial, afirma ser a jurisdição constitucional uma decorrência necessária do princípio de supremacia da Constituição; e continua: a jurisdição constitucional é “a consequência natural da adoção de Constituições rígidas, dotadas de superioridade hierárquica, sendo consagrada expressamente por suas disposições ou meramente deduzida dessa característica formal”, utilizada como critério para a solução de conflitos entre normas legais e constitucionais no exercício ordinário da jurisdição.<sup>95</sup>

A supremacia judicial é também uma questão conceitual. A que se refere à supremacia? A última palavra acerca da constitucionalidade de determinada lei? Se sim, pode-se dizer que, no caso brasileiro, cabe ela ao Poder Judiciário (artigo 102, I, da CR),<sup>96</sup> ao menos até o fechamento do primeiro ciclo de apreciação da constitucionalidade; ou seja: trata-se de “a última palavra provisória”, para utilizar uma expressão de Conrado Mendes Hübner. Isso porque após a declaração da inconstitucionalidade de certa lei poderá o Poder Legislativo

---

<sup>93</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida no Departamento de Ciência e Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Data da defesa: 03/07/2008. Data da publicação: 22/12/2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em 03/08/2014, p. 206, 214 e 165.

<sup>94</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 286.

<sup>95</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116 e 117.

<sup>96</sup> Nesse ponto, há quem defenda que o dispositivo em questão não garante que o papel do Supremo Tribunal Federal, quanto à guarda da Constituição, seja precípuo em relação aos demais poderes, mas apenas precípuo em relação das demais funções exercidas pelo Tribunal. Nesse sentido: “O fato de a cabeça do art. 102 da CF. enunciar que ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente a guarda da Constituição certamente contribuiu para a disseminação de algumas confusões. Mas seria interessante indagarmos se na oração o advérbio ‘precipuamente’ quer dizer que dentre as funções do STF a de guardar a Constituição é a precípua, ou, de outro lado, se diante dos demais guardiões da Constituição o papel do STF é precípuo? Não é incomum encontrar passagens de votos em que se repete o texto constitucional, extraindo a conclusão de que o STF é o ‘último intérprete do texto Constitucional’ ou ainda que o desrespeito à sua decisão representaria uma ‘fragilização da força normativa da Constituição’, inferências sob as quais repousam sérias dúvidas”. SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia*. In: FELLET, André Luís Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 345.

reformular a Constituição, não sendo poucos os casos em que isso aconteceu durante a recente história democrática do Brasil (confirmam-se: CR, artigo 17, §1º, artigo 29, IV, artigo 149-A, artigo 195, I, “c”, etc.).

Quanto à declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais, a última palavra cabe ao Poder Judiciário quanto ao dispositivo impugnado, mas sem efeito vinculante quanto aos motivos determinantes da decisão. Proposta nova emenda, pode ser que o Poder Judiciário adote conclusão diferente daquela adotada na declaração de inconstitucionalidade anterior. Nesse ponto, discorda-se da afirmação de Conrado Hübner Mendes de que, no caso de declaração de emendas constitucionais, para prevalecer a vontade do parlamento, somente novo processo constituinte.<sup>97</sup> Mesmo nesse caso pode-se falar em “última palavra provisória”. O Poder Legislativo pode insistir em outra emenda constitucional regulando a matéria de modo parecido e o Supremo, em nova provocação, pode mudar de posicionamento, sem que seja necessário, diga-se de passagem, profunda mudança na composição de seus ministros.

Um bom exemplo de tal situação, mas que não se refere exatamente a emenda constitucional, encontra-se nas teses adotadas pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADPF nº 144, Relator Ministro Celso de Mello, e da ADI nº 4578, Relator Min. Luiz Fux.

No primeiro caso (ADPF nº 144), o Supremo Tribunal Federal, recusando acertadamente o exercício do ativismo judicial, declarou a constitucionalidade da exigência de trânsito em julgado contida na anterior redação do artigo 1º, I, “e”, da Lei de Inelegibilidades, que vedava o registro de candidatura apenas aos réus condenados por sentença criminal transitada em julgado.

No referido julgado, todavia, equivocou-se o Supremo quando, na fundamentação do acórdão, asseverou a “impossibilidade (...) de a lei complementar, mesmo com apoio no §9º do art. 14 da Constituição, transgredir a presunção constitucional de presunção de inocência”. Com isso, afirmava em suma o Supremo Tribunal Federal que sequer o legislador infraconstitucional (e por que não dizer também o poder constituinte derivado, já que o princípio da presunção de inocência constitui cláusula pétrea?) poderia criar hipótese de inexigibilidade consistente em condenação criminal sem trânsito em julgado.

---

<sup>97</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida no Departamento de Ciência e Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Data da defesa: 03/07/2008. Data da publicação: 22/12/2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em 03/08/2014, p. 11.

Posteriormente, porém, no julgamento da ADI nº 4578, o Supremo corrigiu o equívoco da fundamentação anterior, afirmando ser possível, sim, ao Congresso Nacional inserir na Lei de Inelegibilidades hipótese de cassação de registro de candidatura sem trânsito em julgado; fato esse ocorrido com a promulgação da Lei Complementar nº 135, de 04/06/2010.

Em suma: a última palavra, no sistema constitucional brasileiro, deve ser entendida apenas como o fechamento de um ciclo de apreciação de constitucionalidade. E isso mesmo no caso de declaração de inconstitucionalidade de emendas à constituição. A supremacia judicial entendida como “última palavra” em relação a certa questão constitucional, principalmente quando não referente ao núcleo essencial de dado direito fundamental (como seria, por exemplo, a inadmissibilidade da tortura, tendo em vista o núcleo essencial de proteção ao direito fundamental à integridade física e moral), evidentemente, não existe.

Encerrado esse breve adendo, no próximo capítulo há de se investigar o momento histórico, social e político de que resultou na emergência da expressão “ativismo judicial” e se demonstrará que tanto o ativismo quanto o passivismo judicial podem ser resultar em conseqüências danosas à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

#### 4. UM BREVE HISTÓRICO SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

Conforme já mencionado no capítulo primeiro, mais importante do que atribuir uma paternidade à expressão “ativismo judicial”, é apresentar as condições sociais e históricas que permitiram a emergência do referido enunciado.

Mais do que isso, a leitura histórica dos movimentos pendulares da Suprema Corte, ora em direção ao ativismo, ora em direção à autocontenção, revela também que 1) se o ativismo judicial já resultou e pode resultar em efeitos deletérios aos direitos e garantias individuais, 2.1) a postura ativista da Suprema Corte já foi importante para fins de consagração de certos direitos e garantias individuais, alguns dos quais não previstos na Constituição Norte-Americana; e 2.2) o oposto ao ativismo – excesso de auto-contenção – em alguns casos pode ser igualmente danoso à consagração das liberdades civis. E, por fim, 2.3) o ativismo judicial é tido por indispensável na atual interpretação constitucional no Estados Unidos.

É o que pretende se demonstrar no presente capítulo.

##### 4.1 O “Governo dos Juízes”: o ativismo judicial em prol do liberalismo econômico

No contexto de emergência da expressão ativismo judicial, ganha relevo um breve estudo sobre o período denominado o “Governo dos Juízes” e o resultado do embate entre a Suprema Corte Norte-Americana e o Presidente Franklin Delano Roosevelt em sua tentativa de reestruturação econômica dos Estados Unidos após a Grande Depressão, de 1929.

O período que vai de 1895 a 1937 é conhecido como “*Governo dos Juízes*”, “*Era Lochner*” ou “*Era de Transição*”. Durante o aludido período, a Corte, sob a orientação de diversos *Chiefs of Justice*, declarou a inconstitucionalidade de diversas leis, que tinham por propósito a regulamentação da atividade econômica e direitos trabalhistas.

Para a maioria dos juízes que compuseram a Suprema Corte na época, o maior instrumento da comunidade não era o governo, mas o mundo dos negócios. O Estado seria útil apenas para a proteção da liberdade individual. Durante esse período, houve, portanto, uma proteção exacerbada do capitalismo e larga adoção da teoria do *laissez-faire*.<sup>98</sup>

O caso mais representativo do aludido período seria *Lochner versus New York*, de 1905, em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de Lei do Estado de Nova Iorque que fixava em 10 horas diárias e 60 semanais a quantidade máxima de horas de

---

<sup>98</sup> Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 97-156.

trabalho nas padarias, sob a alegação de que a referida lei constituía em interferência indevida sobre a liberdade contratual. O referido julgado representara a substituição da teoria de presunção da constitucionalidade da legislação social, aplicado no *case Holden versus Hardy (1898)*, em que se declarou a constitucionalidade de lei do Estado do Utah, que limitava a oito horas o trabalho das minas.

A partir de *Lochner*, segundo Lêda Boechat, a Suprema Corte passou a adotar a doutrina da “notificação judicial”, na qual havia uma “presunção de inconstitucionalidade” das leis sociais. De acordo com a referida doutrina, caberia ao Estado (e não ao interessado na declaração de inconstitucionalidade) provar a necessidade das medidas restritivas de liberdade contratual.<sup>99</sup>

No *Lochner case*, ficaram vencidos os Juízes John Harlan e Oliver Holmes; este declarou que o entendimento adotado pelo Tribunal estava de acordo com uma teoria econômica a qual não era mais aceita pela atual sociedade norte-americana. Harlan, por sua vez, sustentou que a abundância de testemunhos médicos demonstrava que a duração da vida dos padeiros era abaixo da média, estando eles mais sujeitos a irritações dos olhos, pulmões e brônquios, o que possibilitava a discricionariedade legislativa. Treze anos mais tarde, no *case Bunting versus Oregon (1918)*, a Suprema Corte declararia constitucional lei do Estado de Oregon que prescrevia a jornada máxima de 10 horas diárias, mas ressaltava a possibilidade de trabalhar mais três horas diárias, mediante o pagamento de horas extraordinárias, no valor de 1,5 da jornada normal.<sup>100</sup>

Além do *Lochner case*, destacam-se, no aludido período<sup>101</sup>:

1) *Adair versus United States (1908)*, no qual se declarou a inconstitucionalidade da Seção 10 da Lei Erdman, de 1º de junho de 1898, a qual proibia os contratos *yellow dog* das empresas de ferro, que se caracterizavam pela exigência de que o empregado não se filiasse a uniões trabalhistas, e coibia a discriminação de empregados já filiados, mediante a não contratação ou ameaça de demissão;

---

<sup>99</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 130 e 132.

<sup>100</sup> Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 130-131; SCHWARTZ, Bernardo. *Direito Constitucional Americano*. Trad. de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 260; WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 210-211.

<sup>101</sup> Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 117, 122-127, 133 e 140-143; WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 210-211 e 213.

2) *Hammer versus Dagenhart (1918)*, em que declarada a inconstitucionalidade de lei federal que interditava o comércio interestadual de mercadorias fabricadas por crianças; e

3) *Adkins versus Children's Hospital (1923)*, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei que estabeleceria um salário mínimo para as mulheres do Distrito de Columbia.

O resultado do ativismo judicial, durante o final do século XIX e início do Século XX foram considerados desastrosos quando se leva em consideração a consagração de direitos trabalhistas basilares, atualmente assegurados em boa parte dos países de tradição jurídica do *Civil Law*. No aludido período, enquanto a Constituição Mexicana, de 1917, assegurava diversos direitos trabalhistas, entre os quais a duração máxima da jornada em oito horas diárias, proibição de trabalho noturno e insalubre a menores de dezesseis anos e licença gestante e salário-mínimo (artigo 123), a Suprema Corte Norte-Americana declarou a inconstitucionalidade de leis que limitavam a jornada de trabalho, proibiam a contratação de crianças, fixavam salário-mínimo e proibiam a discriminação de trabalhadores filiados a Sindicatos.

Nesse contexto, de hipervalorização do capital e do livre comércio, é fácil compreender por que o *New Deal* – plano de reestruturação econômica proposto por Roosevelt com o propósito de superar a Grande Depressão de 1929, que consistia, basicamente, na delegação de poderes do Congresso Nacional para o Executivo, no que concerne à fixação salários, jornada de trabalho, preços e diversas questões sociais e de interesse dos trabalhadores – acabaria entrando em rota de colisão com a Suprema Corte.<sup>102</sup>

Para os juízes da Velha Corte, o *New Deal* propunha algo mais do que simplesmente cortar as arestas das tradições constitucionais da política do *laissez-faire*. O *New Deal* estava

---

<sup>102</sup> Em sentido contrário, Wolfe para quem os precedentes anteriores ao *New Deal* não permitiam uma segurança jurídica quanto à possibilidade do Congresso Nacional estabelecer limites quanto à regulação de comércio e ao combate do monopólio: “Los precedentes a disposición del Tribunal, cuando se enfrentó con El *New Deal* de 1930, eran bastante variados y no muy compatibles entre sí. Si el Tribunal quería limitar la regulación del gobierno, podía remitirse a *E. C. Knight* y al caso *Hammer v. Dagenhart*. Si quería defender la acción del gobierno, podía recurrir a los casos *Champion v. Ames*, *Shreveport*, y *Swift y Stafford*. Esta es una situación muy poco desable, ya que proporciona la máxima discrecionalidad judicial de forma incompatible con la seguridad jurídica. Esta exige que haya una ley conocida y establecida que dé confianza a los ciudadanos que pueden así saber cómo evitar comportamientos punibles. Si tal ley existe, limita la discrecionalidad de quienes tienen autoridad para ejecutar la ley y, por tanto, reduce la posibilidad de que las decisiones del gobierno sean arbitrarias o caprichosas como consecuencia de la inadecuada parcialidad a favor (o en contra) de ciertas personas o grupos.” (WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Trad. de María García de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas, 1991, p. 235).

lá para rejeitar o ponto de partida constitucional que gerações passadas haviam construído a partir de princípios essenciais da propriedade e da liberdade de contratar.<sup>103</sup>

Diversas leis e resoluções decorrentes do plano de reestruturação econômica foram declaradas inconstitucionais, porquanto supostamente violadora da cláusula do comércio ou dos poderes indelegáveis do Congresso em vários julgados: *Panama Refining Co. versus Ryan and Amazon Petroleum Corp. versus Ryan (1935)*; *Perry versus United States (1935)*; *Railroad Retirement Board versus Alton Rw Co. (1935)*; *Schechter Poultry Corp. versus United States (1935)*; *Louisville Joint Stock Bank versus Radford (1935)*; *Hopkins Federal Savings & Loan Assn versus Cleary (1935)*; *United States versus Butler (1936)*; *Rickert Rice Mills versus Fontenot (1936)*; *Carter versus Carter Coal (1936)*; *Ashton versus Cameron County Water Improvement District n. 1 (1936)*.<sup>104</sup>

Em resposta ao posicionamento da Corte, Roosevelt propôs uma reforma do Poder Judiciário, consistente na possibilidade de nomeação de novos magistrados federais, sempre que os juízes atingissem 70 anos de idade e não requeressem a aposentadoria. Tal proposta de “enchimento” da Corte, consubstanciada no *Reorganization Bill of 1937*, foi denominada de “*Courting Packing*”. Como resultado prático desta reforma, a lei, se aprovada, permitiria o aumento imediato do número de juízes da Suprema Corte de 9 para 15, pondo fim à resistência às reformas preconizadas por Roosevelt.

A Suprema Corte, evidentemente, posicionou-se desfavoravelmente à mudança. Carta dirigida pelo *Chief Hughes* ao Congresso dizia que o aumento do número de juízes, longe de fornecer mais dinâmica à Corte, iria comprometer a celeridade dos julgamentos. A grande imprensa, que até então havia ficado de lado de Roosevelt em seu embate com o Supremo Tribunal Federal, e boa parte dos partidários do Presidente no Congresso firmaram posição contrária à proposta, afirmando que tal lei tinha por propósito destruir a independência do Poder Judiciário.<sup>105</sup>

Por fim, a proposta de reforma esvaziou-se. Isso porque, dias após a leitura da carta, o *Justice Owen J. Roberts*, que até então pertencia ao grupo conservador, mudou de posição e,

---

<sup>103</sup> Cf. ACKERMAN, Bruce. *A transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Trad. de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 397.

<sup>104</sup> Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 116 e 117.

<sup>105</sup> Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 120 e 121; SCHWARTZ, Bernardo. *Direito Constitucional Americano*. Trad. de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 183 e 184; BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 41 e 42; e ACKERMAN, Bruce. *A transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Trad. de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 27 e 387-392.

por apertada maioria, a Suprema Corte declarou a constitucionalidade de lei do salário mínimo no distrito de Colúmbia, no case *National Labor Relations Board versus Jones and Laughlin Steel Corp. (1937)*. Entendimento esse que se repetiu em julgados posteriores. A mudança de posição que evitou o “enchimento” da Corte foi denominada de “*the switch in time that saved nine*” (a mudança em tempo de salvar os nove).<sup>106</sup>

#### 4.2 Justiça aos *Justices* da Velha Corte

Conforme leciona Bruce Ackerman, por vezes se criticam os juízes da Era Lochner mais do que aqueles que julgaram o caso Dred Scott.<sup>107</sup> Isso porque, após o Dred Scott case, seguiram-se as Emendas de Reconstrução, em especial a de nº XIII, que aboliu definitivamente a escravidão, abjeto instituto albergado pela redação originária da Constituição Norte-Americana. Assim, ao invés de classificar os juízes de 1857 como desajustados moralmente, eles podem ser vistos apenas como magistrados que estavam tentando fazer seu trabalho da melhor forma possível, de forma não tão diversa dos juízes dos dias de hoje.<sup>108</sup>

Diferentemente do que aconteceu com *Dred Scott versus Sandford*, após a Era Lochner, a guinada jurisprudencial deu-se sem qualquer mudança no texto expresso da Constituição. De maneira que, das duas uma: ou o “Estado ativista moderno” (expressão utilizada por Ackerman, para referir-se ao atual modelo de intervenção do Estado na economia) é plenamente compatível com a Constituição; ou, então, os anciãos que declararam a inconstitucionalidade da lei que regulava a jornada de trabalho dos padeiros de Nova Iorque não estavam tão errados assim, sendo o *New Deal* inconstitucional.<sup>109</sup> Uma vez que é extremamente difícil combater no plano da eficácia o pacote de reformas preconizado por Roosevelt, é comum dizer-se que os anciãos estavam plenamente equivocados.

---

<sup>106</sup> Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 120 e 121; ACKERMAN, Bruce. *A transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Trad. de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 387-392 e 422-437; e BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 41 e 42.

<sup>107</sup> Dred Scott versus Sandford, 60 U.S. 393 (1857). No referido caso, julgado em 1857, a Suprema Corte opinou pela inconstitucionalidade do Compromisso do Missouri de 1820, por meio do qual era proibida a escravidão nos Estados do Norte, onde Dred Scott e sua família haviam morado. Scott tentava ver declarada a liberdade própria e de sua família já que, nada obstante nascido em Estado que permitia a escravidão, teria morado em Estados do Norte, que proibiam a escravidão. Infeliz no campo jurídico e no político, a decisão foi um dos motivos deflagradores da Guerra Civil Norte-Americana. (Cf. Dred Scott versus Sandford, 60 U.S. 393 (1857), p. 393-396.

<sup>108</sup> ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 89.

<sup>109</sup> Cf. ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 90.

A opinião geral critica a Suprema Corte e sugere que os seus representantes deveriam ter dado o seu aval constitucional ao New Deal, logo em seu primeiro pacote. O mito prevalecente é que “a Suprema Corte da era *Lochner* era uma instituição dominada por um bando de incompetentes, ou de trapaceiros (ou de ambos)”. Todavia, para Ackerman, “a Corte *Lochner* estava fazendo o que a maioria dos juízes faz na maior parte do tempo, isto é, interpretar a Constituição”. Ainda que não se considere a decisão do caso *Lochner* uma decisão adequada, isso ocorre não porque a Velha Corte teria usurpado o papel do Poder Legislativo, mais sim porque o povo estadunidense da década de 1930 já não mais admitia os valores da Velha República.<sup>110</sup>

Para Ackerman, o New Deal foi um terceiro momento revolucionário, com fases semelhantes à promulgação da Constituição em 1787 e à Reconstrução, ocorrida após o fim da Guerra Civil, quando foram aprovadas as emendas que aboliram a escravidão. Durante todos esses momentos, o projeto revolucionário teria encontrado fortes opositores, o que caracteriza o perfil democrático das instituições norte-americanas. Por isso, segundo o professor da Universidade de Yale, ao “testar o *New Deal*, a Velha estava redimindo – e não traindo – a tradição constitucional norte-americana”.<sup>111</sup>

À guisa de ilustração da interpretação constitucional que à época dominava os círculos jurídicos, conta-se que o Procurador-Geral Homer Cummings estava tão convencido das falhas do primeiro pacote do *New Deal*, que se recusou a defender a Lei de Recuperação Nacional perante a Suprema Corte. Para convencer a Corte, os argumentos utilizados pelos Procuradores do Governo eram relacionados ao caráter emergencial e premente das reformas, e não tanto quanto à plena compatibilidade das reformas com o texto constitucional. Para Ackerman, em condições normais, o referido projeto sofreria um ataque maciço dos seus adversários e teria de passar pelo crivo da reforma constitucional formal. Aliás, foi justamente isso que os democratas cogitaram após a decisão prolatada no caso *Schechter*,<sup>112</sup> que declarou a inconstitucionalidade da Lei Nacional de Recuperação da Indústria.<sup>113</sup>

A questão é que o Presidente Franklin Delano Roosevelt, sabedor do difícil e demorado processo de ratificação de emendas constitucionais pelas Assembleias dos Estados-membros, teria atrelado a mudança do modelo econômico não à revisão formal da

---

<sup>110</sup> ACKERMAN, Bruce. *A transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Trad. de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 407, 364 e 379.

<sup>111</sup> ACKERMAN, Bruce. *A transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Trad. de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 407, 364 e 379.

<sup>112</sup> A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935).

<sup>113</sup> Cf. ACKERMAN, Bruce. *A transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Trad. de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 364, 379 e 389-392.

Constituição, mas sim à sua liderança presidencial, realizando as reformas econômicas necessárias via legislação ordinária, contando, para tanto, com o apoio do Congresso Nacional e com a legitimidade que supunha possuir, tendo em vista a sua avassaladora vitória nas urnas.<sup>114</sup> O mesmo caminho, porém em direção oposta, teria tentado trilhar Ronald Reagan, em sua crítica ao Estado do bem-estar social na década de 1980, sem, todavia, lograr êxito. Sintetizando a questão, Ackerman assevera: “as tentativas dos presidentes de transformar a Constituição por meio de ordens judiciais transformadoras constituem uma característica rígida da nossa prática moderna”.<sup>115</sup>

Para Ackerman, então, a Suprema Corte teria atuado com grande propriedade, visando a estabelecer dois princípios tradicionais que exigiriam uma revisão popular se o Presidente escolhesse o caminho da reforma constitucional. O primeiro envolvia o governo nacional. Ao estabelecer a Lei de Recuperação, o Congresso delegava amplos poderes normativos a grupos trabalhistas e empresariais que se reuniam para descrever minuciosamente códigos para uma concorrência leal. Uma vez preparados esses códigos, era dada ampla discricionariedade ao Presidente para aprová-los.

A Suprema Corte derrubou esse sistema, entendendo que o Congresso teria abdicado do papel principal da elaboração normativa, estabelecido na Fundação e reafirmado na Reconstrução. Para a Corte, os democratas que se reuniam no Capitólio em 1933 não haviam adquirido a autorização popular para desbancar a tradição do governo centralizado no Congresso e estabelecer um regime corporativista baseado na liderança presidencial. Em segundo lugar, entendia-se que, se algum governo, em especial, pudesse controlar o seu trabalho e as práticas de distribuição do comércio local (intraestadual), este seria o Governo Estadual, e não o Federal, pois este último poderia regular apenas o comércio interestadual.<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> Concernentemente à vitória de Roosevelt nas urnas após a primeira derrota do New Deal na Suprema Corte, Ackerman leciona: “(...) os norte-americanos votaram e proporcionaram a Roosevelt e ao Congresso do New Deal a maior vitória da história americana. Landon obteve a maioria dos votos apenas nos Estados do Maine e de New Hampshire; ele conseguiu obter apenas 36,5 por cento dos votos populares, o seu total girando em torno de 45 por cento em não mais que quatro Estados. Os republicanos ficaram com oitenta e nove posições na Câmara e dezesseis no Senado. Não menos importante, as eleições de 1936 sedimentaram as bases do Partido Democrático no cotidiano estadunidense para as gerações que se seguiram. Na verdade, ainda está para acontecer um exemplo de realinhamento político tão massivo e duradouro quanto esse.” (ACKERMAN, Bruce. *A transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Trad. de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 405).

<sup>115</sup> ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 69-72 e 75.

<sup>116</sup> ACKERMAN, Bruce. *Transformação do direito constitucional: nós o povo soberano*. Trad. de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte, Del Rey, 2008, p. 385. Quanto a esse último fundamento para rechaçar a legislação do primeiro pacote do *New Deal* – limitação do poder regulamentar do Congresso Nacional mediante a invocação da cláusula de comércio (comércio interestadual para o Governo Federal e comércio intraestadual para os Estados) –, Wolfe destaca que, antes do *New Deal*, não havia uma uniformidade da Corte

Christopher Wolfe também adota o posicionamento de que, quanto à política do *laissez-faire*, os juízes do New Deal não estavam a interpretar a Constituição de modo diferente da qual fora projetada pelos pais fundadores. Para Wolfe, pensadores como Oliver Wendell Holmes, historiadores como J. Allen Smith e Charles Beard, e cientistas políticos como Woodrow Wilson aceitaram em geral o argumento que identificava a Constituição e seus pais fundadores como adeptos da teoria política do *laissez-faire*. Assim, mais que atacar ao Tribunal da era de transição (Governo dos Juízes) porque seu controle judicial era um desvio da Constituição, muitos desses autores intentaram liberar a Constituição dos pais fundadores e de seus supostos dogmas econômicos.<sup>117</sup>

A separação da Constituição e dos autores finalmente se realizou, elevando o significado da Constituição a um nível de alta generalidade. A vaga série de princípios da Constituição Norte-Americana, segundo Wolfe, deveria adaptar-se às circunstância de cada nova era. As opiniões dos autores foram magníficas em seus dias, mas agora as novas circunstâncias que não puderam prever requeriam novos pontos de vista. A influência do pensamento darwiniano e evolutivo de finais do século XIX apoiava este conceito de uma Constituição profundamente elástica.<sup>118</sup>

### **4.3 O período de autocontenção: a Corte Roosevelt**

É comum dizer que um dos problemas enfrentados por Roosevelt, na implantação do New Deal, é que o referido Presidente, como poucos, passou um longo período, sem conseguir nomear um único juiz para a Suprema Corte. Conta-se que Roosevelt foi o primeiro Presidente norte-americano que não conseguiu nomear sequer um único *justice* em seu primeiro mandato. A Corte que ele havia herdado era constituída de três grupos: quatro conservadores; três liberais e dois centristas, que, no primeiro pacote do *New Deal*, se alinharam ao grupo conservador.<sup>119</sup>

---

nos precedentes anteriores, que permitissem afirmar, com segurança, se a Corte invocaria ou não a cláusula de comércio para rechaçar a legislação federal de Roosevelt. (Cf. WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 235). O mais notável é que, apesar da ausência de uniformidade dos precedentes anteriores e da presença de pelo menos três liberais na Corte, no primeiro teste do *New Deal*, o caso *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935), a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei de Recuperação da Indústria Nacional à unanimidade.

<sup>117</sup> WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 453.

<sup>118</sup> WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 453.

<sup>119</sup> Cf. ACKERMAN, Bruce. *Transformação do direito constitucional: nós o povo soberano*. Trad. de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte, Del Rey, 2008, p. 378.

Em segundo lugar, a Corte construiu um muro de proteção em torno dos Estados. Se algum governo, em especial, pudesse controlar o seu trabalho e as suas práticas de distribuição, esse governo seria o estadual, e não o federal. Todavia, ao término de seu mandato, o Presidente e o Senado haviam substituído os últimos Juízes entusiasmados com a Velha República por seguidores convictos do governo nacional ativista. As decisões de 5 contra 4 em 1937 haviam sido agora transformadas em julgamentos unânimes que conscientemente afastavam as doutrinas fundamentais da era passada.<sup>120</sup>

Roosevelt procedeu a nomeações em 1937 (Black), 1938 (Reed), 1939 (Frankfurter e Douglas), 1940 (Murphy), 1941 (Stone, como Presidente do Tribunal Supremo, além de Byrnes y Jackson) e 1943 (Rutledge, em substituição de Byrnes). Somente Roberts “sobreviveu” à Presidência de Roosevelt, sendo que, dos magistrados do *laissez-faire*, o último a ir embora foi MacReynolds em 1940. O novo “Tribunal de Roosevelt” foi eleito com boa disposição para defender amplas regulações governamentais nos assuntos econômicos e não decepcionou o autor das nomeações.<sup>121</sup>

#### **4.3.1 A famosa nota de rodapé nº 4 do *Carolene Products case***

Foi durante a Corte de Roosevelt que foi elaborada a famosa nota de rodapé nº 4 no caso *United States versus Carolene Products (1938)*, que dispõe sobre quais matérias a Suprema Corte há de exercer um controle de constitucionalidade mais rigoroso (liberdades civis relacionadas às dez primeiras emendas, participação política e direitos das minorias), entre as quais não se encontra a regulação estatal da economia, tônica das Cortes anteriores (Era Lochner). Além disso, os segundo e terceiro parágrafos sintetizam, de certo modo, a teoria procedimental do controle de constitucionalidade de John Hart Ely, apresentada em *Democracia e Desconfiança*.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> Cf. ACKERMAN, Bruce. *Transformação do direito constitucional: nós o povo soberano*. Trad. de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte, Del Rey, 2008, p. 378 e 28.

<sup>121</sup> Cf. WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 330.

<sup>122</sup> *United States versus Carolene Products 305 U.S. 144 (1938)*, p. 152 e 153. Confirma-se a tradução da referida nota de rodapé, extraída de ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 100 e 101:

“A presunção de constitucionalidade pode ter margem mais estreita quando a legislação parece, à primeira vista, estar compreendida numa proibição específica da Constituição, tal como a das dez primeiras emendas, consideradas igualmente específicas quando entendidas como contidas na Décima Quarta Emenda.

Não será necessário, agora, considerar se uma lei que restringe aqueles processos políticos dos quais, via de regra, pode-se esperar que provoquem a revogação das leis indesejáveis, deverá estar sujeita a uma análise judicial mais rigorosa (no contexto das proibições gerais da Décima Quarta Emenda) do que a maioria dos outros tipos de legislação...

Também não será necessário procurar saber se considerações do mesmo naipe devem influenciar o controle de leis direcionadas a certas minorias religiosas (...) ou de nacionalidade (...) ou raciais (...); se o preconceito contra minorias separadas e isoladas (*discrete and insular minorities*) pode ser uma condição especial que tende a

Para John Hart Ely, o segundo e terceiro parágrafos ainda não tinham recebidos a devida atenção da doutrina, sendo a tese por ele apresentada em *Democracia e Desconfiança* pioneira nesse sentido. Como já dito, John Hart Ely defende que o controle de constitucionalidade deve ser utilizado em hipóteses excepcionais de mau funcionamento da democracia representativa; ou seja: 1) quando a máquina de governo não vem permitindo a participação popular como deveria, mediante a obstrução os canais de mudança e de participação políticas, o que teria sido assinalado no segundo parágrafo da nota de rodapé; e 2) para a proteção de direitos de minorias, que, apesar de não terem negado expressamente seu direito a voz e voto, encontram-se em uma situação de vantagem em relação à maioria que pode vir a ser preconceituosa e editar leis com propósito de cercear os seus direitos, o que corresponderia à postura mencionada no terceiro parágrafo da aludida de rodapé.<sup>123</sup>

#### **4.3.2 A Corte se afasta do primeiro parágrafo de *Carolene Products*: exemplos de como a autocontenção em excesso pode ser prejudicial à proteção de direitos fundamentais**

Todavia, em seus primeiros anos, a Corte de Roosevelt adotou uma postura autorrestritiva não apenas em relação a leis que tratavam da regulamentação da economia (como foi o caso da decisão prolatada em *Carolene Products*, que rechaçou pretensa inconstitucionalidade de lei federal que proibia o transporte interestadual de leite com óleo vegetal), mas também em leis que vulneravam liberdades civis, apesar da advertência contida no primeiro parágrafo da nota de rodapé supramencionada, gerando, assim, resultados desastrosos na proteção de direitos, em especial quando os destinatários pertenciam a grupos desfavorecidos.

No caso *Minersville School District v. Gobitis (1940)*, a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade de lei do Estado da Pennsylvania que determinava a saudação da bandeira nacional. No referido caso, Gobitis, testemunha de Jeová convicto e pai de um casal de filhos, uma de doze e outro de dez anos, processou a escola de onde seus filhos foram expulsos porque os menores não saudaram a bandeira; ato cívico que afrontava suas convicções religiosas no sentido de que apenas Deus deveria ser venerado.<sup>124</sup>

A Corte, por sua maioria, em acórdão da lavra do Justice Frankfurter, entendeu que não cabia aos tribunais usar seu “julgamento independente” a fim de determinar se a saudação da bandeira era necessária, ou não, ao programa de treinamento da cidadania, com vistas à

---

restringir seriamente o funcionamento dos processos políticos em que costumamos nos basear para proteger as minorias, e que pode exigir, nessa mesma medida, um exame judicial mais minucioso.”

<sup>123</sup> ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 99, 101, 102 e 137.

<sup>124</sup> *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940), p. 586 e 591.

promoção do patriotismo. Em decorrência do referido julgado, recrudesceu a intolerância religiosa, a qual veio acompanhada de atos físicos de agressão. Embora não se possa dizer que os atos de violência decorreram tão-somente da decisão da Suprema Corte, o fato é que a referida decisão serviu como encorajamento para que “guardas do patriotismo e da moralidade nacional” tomassem a execução da lei mediante suas próprias mãos.<sup>125</sup>

No período de 10 a 20 de junho de 1940 foram realizados centenas de ataques às Testemunhas de Jeová. As populações de pequenas cidades e de comunidades rurais puseram fim às reuniões dos adeptos da mencionada religião, alguns dos quais foram espancados e expulsos de suas comunidades. Tamanha fora a violência que o FBI e as forças estaduais tiveram de intervir. As autoridades escolares passaram a exigir maior rigor na saudação da bandeira e alguns tribunais inferiores trataram as crianças recalcitrantes como delinqüentes, enviando-as aos reformatórios estaduais. O equívoco da Suprema Corte somente fora corrigido três anos mais tarde, no julgamento *West Virginia State Board of Education versus Barnette (1943)*.<sup>126</sup>

Em *Hirabayashi versus United States (1943)*, a Suprema Corte declarou a constitucionalidade da Executive Order 9066, ratificada por Lei do Congresso de 21 de março de 1942, que previa a possibilidade de determinação toque de recolher (*curfew orders*), bem como exclusão e reassentamento de americanos descendentes de japoneses que viviam em áreas militares. No caso concreto, o comandante da área militar onde residia Hirabayashi determinou toque de recolher no período 20hs às 6hs; ordem essa descumprida pelo acusado, o qual, além disso, deixou de se apresentar à Estação de Controle de Civis (*Civil Control Station*) com o propósito de que fosse excluído da referida área militar. Em decorrência das referidas violações, foi condenado a três meses de prisão. Hirabayashi alegou que não tinha qualquer ligação com o Governo Japonês e argüiu a inconstitucionalidade da *Executive Order*. No julgado, decidiu-se que a lei em questão não estabelecia discriminação inconstitucional contra os descendentes de japoneses, sendo útil para evitar atos de sabotagem ou espionagem durante os esforços de Guerra.<sup>127</sup>

Em *Korematsu versus United States (1944)*, a Suprema Corte reafirmou a validade da supramencionada lei de 1942, declarando ser constitucional a determinação de retirada de todos os cidadãos americanos de origem japonesa das áreas da Costa Oriental e sua

---

<sup>125</sup> Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 167, 168 e 261.

<sup>126</sup> Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 168.

<sup>127</sup> *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943), p. 81, 83, 84 e 87-90.

realocação em campos de concentração (*Assembly Centers*). De acordo com a opinião do Justice Owen Roberts, que votou vencido, *Assembly Center* era um “eufemismo para prisão” (*euphemism for a prison*), já que nenhuma pessoa relocada no referido campo de concentração poderia sair sem autorização militar.<sup>128</sup> Posteriormente, a Suprema Corte delimitou o alcance dos atos de exclusão, decidindo em *ex parte Endo (1944)*<sup>129</sup> que, uma vez provada a lealdade do cidadão norte americano, ele tinha o direito de ser imediatamente liberado.<sup>130</sup>

No julgamento *Ludecke versus Watkins (1948)*, a Suprema Corte avalizou a Lei de Sedição de 1789, que permitia, segundo Lêda Boechat, “as mais arbitrárias deportações de estrangeiros” no âmbito do ordenamento jurídico estadunidense. A lei admitia a expulsão de estrangeiros mesmo após a cessação das hostilidades e sem a observância do devido processo legal. No aresto, assentou-se descompetir ao Judiciário a apreciação da matéria, que seria atribuição exclusiva do Presidente da República e do Secretário de Justiça. Black divergiu. Para ele, a lei não poderia determinar a deportação de estrangeiro sem a realização do devido processo legal, principalmente após a cessação das hostilidades.<sup>131</sup>

No caso *Adler versus Board of Education of City of New York (1942)*, o Supremo Tribunal declarou a constitucionalidade da Lei Feinberg, do Estado de Nova Iorque, autorizadora da demissão de professores das escolas públicas, sob o fundamento de deslealdade e da simples participação em organizações consideradas subversivas. William Douglas divergiu. Asseverou que a lei impugnada afrontava a sociedade norte-americana, que não admitiria a culpa por associação, e o direito à liberdade de expressão.<sup>132</sup>

Os julgados acima referidos bem representam a postura da Corte Suprema no período de 1937 a 1952, notabilizando-se pela deferência ao Poder Legislativo em assuntos diversos, sobretudo nos casos relacionados aos esforços realizados durante a Segunda Guerra Mundial e ao combate à doutrina comunista (*Red Scare*).<sup>133</sup>

---

<sup>128</sup> *Korematsu versus United States* 323 U.S. 214 (1944), p. 230.

<sup>129</sup> *Ex parte Mitsuye Endo*, 323 U.S. 283 (1944).

<sup>130</sup> Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 253 e 254.

<sup>131</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 191, 237 e 238.

<sup>132</sup> Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 191, 243 e 244.

<sup>133</sup> Ressalte-se, todavia, que nem sempre o Tribunal adotou uma postura de deferência ao Poder Legislativo nos julgados que lhe eram apresentados. Em *Anti-Facist Committee v. McGrath (1951)*, a Suprema Corte entendeu que a inclusão de pessoas jurídicas na lista de organizações subversivas, sem que fosse observada a notificação prévia e possibilidade de defesa, ofendia o devido processo legal. (Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 191, 248 e 249).

Foi durante a Corte Roosevelt que surgiu a célebre expressão de Arthur Schlesinger Jr – “ativismo judicial” – a qual propunha rotular os Ministros da Suprema Corte em dois grupos: o daqueles que adotavam uma maior deferência ao Poder Legislativo e dos *Justices* que defendiam uma postura mais arrojada da Corte, sobretudo na proteção das liberdades civis.

O estudo do aludido contexto histórico demonstra que, embora geralmente se atribua à expressão “ativismo judicial” uma carga negativa, como uma espécie de ilícito praticado pelo Poder Judiciário, cometido quando ele usurpa funções de outros poderes, a expressão teria nascido durante um período em que se verificam julgados exemplificativos de desastrosa autocontenção da Suprema Corte Norte-Americana na proteção das liberdades civis. Autocontenção decorrente de nomeações feitas pelo Presidente Roosevelt como resposta a uma desastrosa e duradoura fase de ativismo judicial ocorrida nas décadas anteriores (Era Lochner).

#### **4.4 O ativismo de fortalecimento das liberdades civis: a Corte Warren**

A Corte Warren (1953 a 1969) representa um período de ativismo judicial considerado positivo na consagração de direitos e garantias fundamentais. Foi uma Corte que, na dicção de John Hart Ely, agiu de acordo com o modo prefigurado pela famosa nota de rodapé do caso *United States versus Carolene Products (1938)*.<sup>134</sup>

De acordo com Christian Wolfe, a Suprema Corte sob a Presidência de Earl Warren foi o Tribunal mais ativo da história dos Estados Unidos e deixou uma profunda marca na vida e no direito dos norte-americanos.<sup>135</sup> Durante a referida Presidência, a Corte passou a julgar temas relacionados às liberdades civis, os quais, segundo Baum, podem ser divididos em três grandes tipos gerais de direitos: direitos processuais de réus criminais e outros nos procedimentos governamentais; direitos de grupos menos favorecidos a igualdade de tratamento (negros, mulheres e outras minorias); e certos direitos “essenciais”, entre os quais estão a liberdade de expressão e religião.<sup>136</sup>

O republicano Earl Warren, entre outros cargos públicos importantes, foi Governador do Estado da Califórnia antes de se tornar Ministro da Suprema Corte. Nomeado pelo Presidente Eisenhower para o cargo de *Chief of Justice* em 2 de outubro de 1953, quando

---

<sup>134</sup> ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 98-100.

<sup>135</sup> WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 353.

<sup>136</sup> BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 247.

ainda era Governador, tomou posse em 5 de outubro do mesmo ano.<sup>137</sup> No futuro, suas posturas ativistas e liberais irritariam o Presidente Republicano, a ponto de Eisenhower afirmar que a nomeação de Earl Warren para a Suprema Corte foi “o pior e o mais danado” erro que cometera.<sup>138</sup>

Para Baum, Earl Warren não tinha capacidade jurídica notável e teve de encarar uma Corte acentuadamente dividida entre liberais e conservadores, além de *Justices* altamente capacitados e com posição já firmada em relação a vários temas, como Black, Douglas e Frankfurt. Todavia, Warren tinha indiscutível capacidade de liderança, que utilizava para produzir consensos, mesmo em casos polêmicos. Baum cita, por exemplo, o célebre caso *Brown versus Board of Education* (1954), no qual, apesar da sensibilidade do tema (integração racial) e da longevidade do precedente anterior (*Plessy versus Fergusson*, de 1896) e da nítida divisão da Corte, entre liberais e conservadores, o Supremo Tribunal, sob sua Presidência, emitiu uma decisão unânime.<sup>139</sup>

Lêda Boechat afirma que, devido à grande habilidade de Warren na condução dos trabalhos, a Corte passou a julgar com mais eficiência. As sessões secretas, que eram realizadas aos sábados, passaram a ser realizadas às sextas-feiras e o número de votos vencidos diminuiu significativamente em relação ao período anterior.<sup>140</sup>

Na decisão do caso *Brown versus Board of Education* (Junta de Educação), de 1954, a Corte finalmente pôs fim à doutrina “iguais, mas separados” (*equal, but separate*). De acordo com a referida doutrina, admitia-se a segregação racial nas escolas do Sul, existindo, assim, escolas destinadas exclusivamente para brancos e escolas destinadas exclusivamente para negros. A Corte, no julgamento do caso *Brown*, decidiu que não bastava que fosse garantido aos negros escolas de qualidade idêntica às dos brancos. A simples segregação racial, *de per se*, gerava um sentimento de inferioridade nos negros. Sentimento esse que, ao longo do tempo, se tornava de difícil reparação, porquanto sufocava a motivação dos segregados em

---

<sup>137</sup> Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 174.

<sup>138</sup> Cf. TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 63 e 80; e RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Warren (1953-1969): Revolução Constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991, p. 39.

<sup>139</sup> Cf. BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 234.

<sup>140</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 175.

aprender. A manutenção de brancos e negros em escola separadas, *por si só*, gerava desigualdade, ofendendo, assim, a cláusula de igual proteção.<sup>141</sup>

Brown foi o primeiro passo para o fim da segregação. A implementação da decisão da Corte, contudo, sofreu grande resistência, inclusive de Juízes e de administradores de escolas, e resultou em um longo processo de integração social, que demorou duas décadas para sua efetiva implementação. Relevante para a implementação da decisão foi a atuação do Congresso Nacional que, em 1964, permitiu que fossem negadas verbas federais às instituições que praticassem a segregação racial. Outro fator que acelerou o processo de integração social foi a Lei de Votos de 1965, ao possibilitar o aumento de eleitores negros no Sul.<sup>142</sup>

Tais constatações demonstram que, em certos casos, mais do que uma simples decisão judicial, o diálogo entre as instituições é imprescindível para a implementação de certas políticas públicas sensíveis ao corpo social. O *caso Brown* evidencia que, mesmo quando o Poder Judiciário acerta ao determinar a implementação de políticas públicas mais complexas, a efetiva concretização da decisão judicial depende do engajamento do Poder Legislativo na referida interpretação constitucional. O precedente também demonstra que o ativismo legislativo, quando concorrente ou paralelo ao ativismo judicial, resulta em efeitos positivos ao fortalecimento das instituições democráticas.

Além dos casos concernentes à integração racial, a Corte Warren destacou-se pelo julgamento de inúmeros casos concernentes às liberdades civis, entre os quais podem ser enumerados<sup>143</sup>:

1) *Mapp versus Ohio (1961)*, em que a Corte aplicou a norma de exclusão (*exclusionary rule*) para uma busca realizada em desacordo com a quarta emenda (que proíbe buscas e apreensões desarrazoadas ou sem mandado).

Relatando brevemente o caso, policiais desconfiavam que um suspeito de uma recente explosão, bem como materiais concernentes a apostas ilegais, estava na residência da Sra. Dollree Mapp; solicitado o ingresso na residência pelos policiais, após ligar para seu advogado, a acusada solicitou a apresentação de mandado judicial; chegado o reforço policial,

---

<sup>141</sup> Cf. WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 354 e 355.

<sup>142</sup> Cf. BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 305 e 306.

<sup>143</sup> Cf. BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 308 e 310-311; WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 362, 363, 377, 378, 383, 384, 387, 388, 390, 391, 398 e 401-403.

os policiais teriam apresentado a Mapp um papel que se supunha ser um mandado (mas não era), ingressaram na residência e não encontraram o suspeito ou qualquer material concernente à aposta ilegal, mas tão-somente material pornográfico, de posse proibida, de acordo com as leis de Ohio. A Corte, então, declarou que a prova obtida com a busca e apreensão indevida não poderia ser utilizada no referido processo, porquanto a busca e apreensão teria se dado em desacordo com a Quarta Emenda.<sup>144</sup>

2 e 3) *Engel versus Vitale* (1962) e *Abington School District versus Schempp* (1963), nos quais a Suprema Corte decidiu que as escolas públicas não podiam realizar orações tampouco exercícios de leitura da bíblia com seus alunos.

No caso *Engel*, o Tribunal proibiu o uso da seguinte oração: “Deus Todo-poderoso, reconhecemos que dependemos de Ti e imploramos suas bênçãos sobre nós, nossos professores e nosso país”. A Corte entendeu que, mesmo que fosse voluntária a oração, tal circunstância não poderia evitar que houvesse uma pressão coercitiva indireta sobre as minorias religiosas no sentido de se submeterem à religião oficial e realizar a referida oração. Para o Tribunal, a Primeira Emenda não apenas proibia o Estado de discriminar alguma religião em particular, mas também de apoiar qualquer religião em geral.<sup>145</sup>

No caso *Abington School District versus Schempp*, o Tribunal derogou a determinação de realização de orações nas escolas públicas do referido distrito, que se davam na forma de leitura da Bíblia e da recitação da oração “Pai Nosso”. Para o Tribunal, ainda que não fosse obrigatória a realização da referida oração, as crianças, por serem excessivamente sensíveis às opiniões de seus semelhantes, poderiam ser coagidas a realizar a oração, por medo de sofrer algum estigma.<sup>146</sup>

4) *Escobedo versus Illinois* (1964), no referido caso, Escobedo, suspeito pela prática de crime de homicídio contra o seu cunhado, foi preso e interrogado pela autoridade policial até que viesse a confessar o delito. Durante o interrogatório, antes da confissão, requereu por diversas vezes falar com o seu advogado – o qual, a pedido da mãe do acusado, já se encontrava no prédio –, mas cujo acesso ao seu cliente fora negado. A Suprema Corte declarou a nulidade da confissão obtida no interrogatório do acusado porque lhe fora negado o

---

<sup>144</sup> Mapp v. Ohio 367 U.S. 643 (1961), p. 644.

<sup>145</sup> Cf. WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 390 e 391.

<sup>146</sup> Cf. WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 391.

direito de consultar advogado e porque a autoridade policial não lhe esclareceu acerca do seu direito de manter silêncio.<sup>147</sup>

5) *Miranda versus Arizona* (1966), em que a Corte anulou algumas condenações em que os réus não teriam sido informados, antes de seu interrogatório, de seu direito ao silêncio e à presença de advogado;

No voto condutor do acórdão, o *Chief Warren* consignou que a acusação não poderia usar declarações colhidas durante a custódia do réu, a menos que demonstre o uso de procedimentos eficazes para garantir o privilégio contra a autoincriminação. Quanto às garantias processuais a serem empregadas, a menos que outros meios totalmente eficazes sejam concebidos para informar às pessoas acusadas de seu direito de silêncio, são necessárias as seguintes medidas: o custodiado deve ser avisado de que ele tem o direito de permanecer em silêncio, de que qualquer declaração que vier a fazer poderá ser usada como prova contra si, e que tem o direito à presença de um advogado, seja contratado ou nomeado.<sup>148</sup>

Somente será aceita a renúncia a esses direitos se esta for feita de forma voluntária, consciente e inteligente. Se um interrogatório for realizado sem a presença de um advogado, um pesado fardo recai sobre a acusação para demonstrar que o réu, consciente e inteligentemente, renunciou o seu direito a um advogado. Se o réu indicar, de qualquer forma e em qualquer fase do processo, que desejava consultar um advogado antes de falar, não poderá ser feito qualquer questionamento. Da mesma forma, se o custodiado estiver sozinho e indicar de qualquer maneira que ele não gostaria de ser interrogado, a polícia não poderá questioná-lo. O simples fato de o custodiado ter respondido a algumas perguntas não o priva do direito ao silêncio, se, durante o interrogatório, passar a fazer uso dele. Os avisos (*warnings*) da autoridade policial e a renúncia (*waiver*) do custodiado seriam pré-requisitos para a admissibilidade de qualquer declaração, de confissão ou de defesa, feita pelo réu. A comprovação de qualquer evidência no sentido de que o custodiado foi ameaçado, enganado ou persuadido a uma renúncia demonstra que não houve desistência voluntária ao privilégio.<sup>149</sup>

Harlan divergiu. Para o Justice, apesar das novas regras quanto ao interrogatório terem o elogiável propósito de impedir a brutalidade policial ou formas inquestionavelmente banidas de coerção, os que torturam (*use third-degree tactics*) negam tais práticas perante os tribunais e também serão capazes de mentir cuidadosamente a respeito das advertências e desistências. O

---

<sup>147</sup> *Escobedo v. Illinois*, 478 U.S. 378 (1964), p. 478 e 480.

<sup>148</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), p. 444 e 445.

<sup>149</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), p. 444, 445 e 475.

peso das novas regras, pelo contrário, será no sentido de proibir toda espécie de pressão que tenha por propósito forçar os suspeitos nervosos ou ignorantes a confessarem. Para o *Justice*, o interrogatório policial, realizado de acordo com os precedentes do devido processo legal, pode incluir certa pressão psicológica e a obtenção de vantagem da ignorância ou das fraquezas do custodiado. Segundo Harlan, indiscutivelmente havia necessidade de reformas no procedimento de interrogatório dos custodiados, mas a iniciativa delas devia partir do Poder Legislativo, e não dos Tribunais.<sup>150</sup>

6) *Griswold versus Connecticut (1965)*, caso em que se declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos.

No referido caso, um diretor executivo de um Centro de Planejamento Familiar (Griswold) e um médico foram multados em virtude da prescrição de anticoncepcionais. Juiz Douglas assinalou que a lei atuava diretamente sobre a “íntima relação entre marido e mulher” e seu médico. O *Justice*, evitando invocar a cláusula do devido processo legal, desgastada em virtude da intrusão do Poder Judiciário nas políticas econômicas durante a Era Lochner, afirmou que “garantias específicas da Declaração de Direitos têm penumbras, formadas pelas emanções daquelas garantias que contribuem para lhes dar vida e substância”. De acordo com o raciocínio de William Douglas, a primeira emenda, ao garantir a liberdade de associação, e a quarta emenda, ao garantir a proteção contra a busca e apreensões desarrazoadas, seriam exemplos de cláusulas constitucionais que criavam zonas de penumbra que se refeririam ao direito de proteção à intimidade do núcleo familiar.<sup>151</sup>

Assim, as penumbras da Primeira, Terceira, Quarta, Quinta, Nona e Décima-Quarta Emendas formam uma zona de intimidade que inclui a relação marital, a qual não poderia ser violada pela legislação infraconstitucional. Black votou vencido. Disse que, apesar de apreciar a intimidade, se sentia obrigado a admitir que o Governo tem o direito a invadi-la, a não ser que tal invasão seja proibida por alguma disposição específica da Constituição, inexistente quanto ao direito que ora se pleiteava.<sup>152</sup>

6) *Brandenburg versus Ohio (1969)*, julgado em que a Corte decidiu que a liberdade de expressão somente poderia ser proscrita quando sua finalidade fosse provocar ou tivesse a probabilidade de produzir uma iminente ação ilegal.

---

<sup>150</sup> Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Warren (1953-1969): Revolução Constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991, p. 206 e 207.

<sup>151</sup> Cf. WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 401-403. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Warren (1953-1969): Revolução Constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991, p. 209.

<sup>152</sup> Cf. WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 401-403.

No referido julgado, a Corte afastou o entendimento firmado em *Dennis versus United States (1951)*. No *Dennis case*, o Tribunal flexibilizou a prova do perigo claro e evidente (*clear and present dangerous*) para manter a condenação imposta a membros do Partido Comunista, que haviam conspirado a organização de um grupo que teria por propósito a derrubada do governo norte americano pela força e a instauração de uma ditadura do proletariado. Segundo Wolfe, no *Dennis case*, o Supremo Tribunal entendeu que quando uma atividade sediciosa, bem organizada, se associa a um poder estrangeiro, poderoso e hostil, a punição do discurso não depende da prática de qualquer ato concreto de tentativa de derrubada do Governo.<sup>153</sup>

Todavia, em *Brandenburg versus Ohio (1969)*, o Tribunal indicou que a expressão somente podia ser proscrita quando sua finalidade fosse provocar ou tivesse a probabilidade de produzir uma iminente ação ilegal. Segundo Wolfe, o Tribunal Warren em suas sentenças seguiu a orientação dos modernos liberais de que apenas a “expressão unida à ação” seria punível. No período, abandonou-se a crença de que a expressão sediciosa, por si só, seria punível, conforme entendimento adotado pela Corte no caso *Dennis*. Para a Corte, a liberdade de expressão é um direito que admite, inclusive, discursos que visam à própria supressão desse direito; não necessita de apoio público na forma de coerção; pelo contrário: manifesta sua força justamente ao tolerar os ataques de seus inimigos.<sup>154</sup>

7) *Stanley versus Georgia (1969)*, em que se decidiu que a mera posse de material pornográfico não podia ser castigada.

Segundo Wolfe, no julgamento de casos acerca da obscenidade, o Tribunal tratou de levar adiante um extremo lógico do liberalismo. A livre busca da felicidade, de acordo com os próprios desejos de cada um, enquanto não se infringem direta ou tangivelmente os direitos similares dos demais integrantes do corpo social. O Tribunal teria adotado o referido entendimento sob a influência das modernas tendências filosóficas que, com o declínio da influência da religião, ganharam força no referido período.<sup>155</sup>

A postura ativista do Tribunal, embora importante para a consolidação de alguns direitos fundamentais, encontrou resistências em outras instituições.

---

<sup>153</sup> Cf. WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 347.

<sup>154</sup> Cf. WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 383 e 384.

<sup>155</sup> Cf. WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 388.

No final dos anos cinquenta, não faltaram propostas para refrear o ativismo do Tribunal no Congresso. Entre as propostas, cogitara-se até diminuir o espectro de matérias sujeitas a apreciação do Tribunal (p. ex., retirar do âmbito de cognição do Tribunal matérias relacionadas à segurança, atividade subversiva etc.). Todavia, nenhuma lei nesse sentido chegou a ser aprovada, entre outros fatores, como leciona Wolfe, pela habilidade do líder da maioria no Senado, Lyndon Johnson, em barrar tais propostas.<sup>156</sup>

Na década de 1960 o Tribunal também enfrentou diversas críticas em decorrência de sua postura ativista nos processos criminais. As teses adotadas pelo Tribunal no sentido de ampliação das garantias constitucionais dos acusados foram bastante antipopulares, sendo, inclusive, tema da campanha presidencial de 1966. Richard Nixon e George Wallace criticaram veemente algumas sentenças do Tribunal, em especial aquelas concernentes aos direitos dos acusados e à proibição de orações nas escolas. Nixon foi além dos casos particulares. Acusou o Tribunal de impor suas próprias noções de certo ou errado ao invés de interpretar a Constituição e se comprometeu a, se vencesse, nomear “estritos estruturadores”, ou seja: juízes de perfil mais restritivo. Acrescente-se, no mais, que as “reformas” preconizadas pela Corte Warren coincidiram com uma onda de violentos crimes, o que gerou significativa insatisfação popular, mediante a associação dos julgados ao aumento da criminalidade.<sup>157</sup>

O Tribunal Warren, todavia, não adotou uma atitude ativista de vanguarda em todas as matérias que lhe foram submetidas.

No julgamento *Hoyt versus Florida* (1961), o Tribunal decidiu que a exclusão de mulheres da lista dos jurados na Flórida não ofendia a Constituição, porque a mulher deve ser considerada “o centro do lar e da vida familiar”.<sup>158</sup>

Em *Galvan versus Press* (1954), a Corte declarou constitucional a Lei de Segurança Interna de 1950, que determinava a deportação de estrangeiro que, em qualquer momento, tivesse sido filiado a Partido Comunista. No referido caso, um mexicano, residente nos Estados Unidos desde 1918, casado com uma americana e pai de quatro filhos, havia sido filiado ao Partido Comunista no período de 1944 a 1946, quando este era considerado legal e concorria regularmente às eleições. Frankfurter redigiu a opinião da Corte, assentando que

---

<sup>156</sup> WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 362 e 363.

<sup>157</sup> Cf. WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 378 e 405.

<sup>158</sup> Cf. WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 398.

cabia ao Congresso Nacional dispor sobre aspectos básicos da soberania nacional, não devendo a Corte intervir em casos tais. Black e Douglas votaram vencidos.<sup>159</sup>

Os dois casos acima citados servem para corroborar a supramencionada tese de que a postura autorrestritiva da Corte quanto a temas relacionados às liberdades civis pode ser deletéria ao fortalecimento de direitos fundamentais; a diferença é que, nos dois casos acima mencionados, as decisões não foram prolatadas Corte Roosevelt, mas sim pela Corte Warren.

#### **4.5 A Corte Burger: uma tentativa fracassada de recuo ao conservadorismo e à autocontenção**

Passados três anos de sua eleição, Nixon teve oportunidade de fazer quatro nomeações para a Suprema Corte: Warren Burger, como *Chief of Justice*, e como magistrados associados, Harry Blackmun, Lewis Powell e William Rehnquist. Não fosse pelo escândalo de *Watergate* e sua renúncia em decorrência da pressão popular, Nixon teria feito uma quinta nomeação, em 1975, a qual coube ao seu sucessor Gerald Ford. O novo Presidente nomeou para a vaga aberta com a aposentadoria de William Douglas o *Justice* John Paul Stevens.<sup>160</sup>

Para Christopher Wolfe, a Suprema Corte, durante o período em que esteve sob a chefia do Justice Warren Burger (1969-1986), notabilizou-se pela insegurança jurídica de seus julgados, em decorrência da fracassada tentativa de recuo ao conservadorismo sem revogação explícita dos precedentes anteriores da Era Warren. Mais do que isso: os julgados do referido Tribunal demonstram a ocorrência de um caminho sem volta em direção ao ativismo judicial, ao menos no que pertine a boa parte das liberdades civis.<sup>161</sup>

De início, a ideia era que a Corte assumisse um perfil conservador e de autocontenção. Todavia, para Wolfe, o Tribunal Burger havia herdado uma noção muito ampla de poder judicial dos tribunais anteriores. A referida Corte adotou, grosso modo, a mesma forma de interpretação da Corte Warren (ativismo), da qual não abriu mão, mas com propósitos diferentes (tentativa de direcionamento ao conservadorismo), fracassado em alguns casos. Não bastasse isso, em certos temas, perfilhou entendimentos mais liberais do que aqueles adotados pelo Tribunal Warren. De acordo com Wolfe, o Tribunal Burger foi uma Corte

---

<sup>159</sup> Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992, p. 239.

<sup>160</sup> Cf. WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 405.

<sup>161</sup> WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 405.

marcada pela mescla de posicionamentos liberais e conservadores e, ao fim, notabilizou-se pela insegurança jurídica em seus julgados.<sup>162</sup>

Um dos motivos disso é que, segundo Wolfe, após a passagem de uma Corte liberal (e ativista), um juiz que seja conservador (e autorrestritivo) acaba deparando-se com um difícil dilema: o primeiro, em relação à adesão ao propósito original das cláusulas da Constituição; o segundo, concernente ao respeito aos precedentes anteriores<sup>163</sup> (principalmente no caso do direito norte-americano em que, como nenhum outro, é válida a afirmação de que “*judge made law*”; ou seja: a de que o juiz faz a lei ou o direito; de que o precedente prefere ao estatuto).

Como exemplos da referida postura podem ser citados julgados que versaram acerca da nulidade das declarações colhidas na fase policial sem o esclarecimento do direito ao silêncio do investigado. Embora em repetidas ocasiões se tenha requerido ao Tribunal que revogasse o precedente *Miranda*,<sup>164</sup> a Corte se negou a fazê-lo de maneira explícita. Por outro lado, encontrou uma série de pretextos para deixar de aplicar o precedente, criando, pela via jurisprudencial, uma série de exceções que iam de encontro às balizas lançadas no voto de Earl Warren. Wolfe cita os seguintes julgados<sup>165</sup>:

1) *Harris versus New York (1971)*;<sup>166</sup> 2) *Michigan versus Mosley (1975)*;<sup>167</sup>; 3) *Rhode Island versus Innis (1980)*;<sup>168</sup> 4) *North Carolina versus Butler (1979)*;<sup>169</sup> 5) *Nix versus Williams (1984)*;<sup>170</sup> e 6) *New York versus Quarles (1984)*.<sup>171</sup>

---

<sup>162</sup> WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 406, 407, 411, 412 e 448.

<sup>163</sup> WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 411.

<sup>164</sup> *Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)*.

<sup>165</sup> WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 408.

<sup>166</sup> Harris, preso por tráfico de heroína, prestou declarações na fase inquisitorial que não foram admitidas em julgamento porquanto em desacordo com as balizas firmadas em *Miranda versus Arizona*. Em juízo, o acusado resolveu exercer sua defesa pessoal, declarando que não teria vendido heroína, mas sim fermento em pó, para enganar o comprador. Indagado pela acusação sobre as divergências entre as declarações prestadas na fase judicial e em juízo, Harris disse que não se lembrava de nada que havia declarado na fase inquisitorial. No julgamento, foi esclarecido ao júri que tais declarações não poderiam ser admitidas como confissão, podendo ser tão-somente sopesadas para fins de credibilidade das declarações firmadas pelo réu na fase judicial. A acusação, no mais, não forneceu ao júri as declarações prestadas na fase policial, que, segundo a orientação adotada em *Miranda*, foram consideradas ilícitas. O júri condenou o acusado pelo crime de perjúrio. A sentença foi mantida em grau de apelação. A Suprema Corte entendeu que o privilégio de vedação à autoincriminação não permitia que o réu cometesse perjúrio, prestando falsas declarações em juízo e, assim, manteve a condenação. Black dissentiu. Para o Justice, se a Constituição não admitia as referidas declarações para fins de confissão, não se admitiria que tais declarações fossem utilizadas pela acusação, durante o cross-examination, para colocar em xeque a credibilidade da defesa pessoal do acusado. (Cf. *Harris v. New York 401 U.S. 222 (1971)*, p. 221-226).

<sup>167</sup> No referido caso, o acusado foi preso por suspeita de ter participado de alguns roubos. Advertido quanto ao seu direito de não se autoincriminar, Mosley optou pelo silêncio quanto aos referidos fatos até que viesse a consultar um advogado, cessando, assim, seu interrogatório. Passadas mais de duas horas depois da cessação do

---

ato, antes de se consultar com um advogado, o acusado passou a ser interrogado, por outro policial, acerca de um homicídio que não tinha qualquer relação com os fatos em relação ao qual fora preso. Antes de ser questionado acerca do referido homicídio, o policial advertiu novamente Mosley quanto ao seu direito de não se autoincriminar. Mosley, inicialmente, negou que tivesse participado do homicídio. Todavia, após ser informado que um coautor do delito havia delatado a participação de Mosley, o acusado confessou o crime. Para a defesa, se Mosley já havia recusado, anteriormente, a responder sobre o crime em relação ao qual fora preso, não poderia a autoridade policial interrogá-lo novamente naquela assentada, ainda que concernentemente a outro crime. No Tribunal, prevaleceu a tese de que a recusa quanto à submissão de interrogatório do primeiro delito não impedia o interrogatório do segundo crime. (Cf. *Michigan v. Mosley* - 423 U.S. 96 (1975), p. 96-98).

<sup>168</sup> Logo após um roubo a um táxi, Innis foi preso porquanto identificado pela vítima, mediante uma foto, como o autor do delito. Após ser advertido acerca de seu direito de ficar calado, o custodiado solicitou conversar com um advogado. Os policiais foram instruídos a não interrogarem o custodiado, até que ele tivesse contato com o advogado. Enquanto era conduzido para a Delegacia Central de Polícia, os policiais começaram a conversar entre si acerca do perigo de alguma criança que estudava em uma escola próxima ao local dos fatos encontrar a arma utilizada no roubo; probabilidade que seria agravada pelo fato de a escola ser destinada a crianças portadoras de deficiência. O custodiado, então, interrompeu a conversa dos policiais e indicou onde a arma, uma espingarda de cano serrado, estava escondida. (Cf. *Rhode Island v. Innis* - 446 U.S. 291 (1980), p. 291).

<sup>169</sup> No referido julgado, o acusado foi preso por sequestro e roubo e, após informado de seu direito ao silêncio e à assistência de advogado, foi-lhe fornecido um formulário, o qual o acusado se recusou a assinar. Os agentes, então, perguntaram se poderiam conversar com ele. O réu disse que conversaria com os policiais, mas que se recusava a assinar qualquer formulário. As declarações do acusado, narradas no testemunho dos policiais, serviram como prova para a condenação perante o júri. A Corte de apelação declarou a nulidade da prova e determinou a realização de novo julgamento. A Suprema Corte manteve a condenação de primeiro grau, sob o fundamento de que a renúncia (*waiver*) à garantia de não se autoincriminar não precisa de forma expressa, podendo ocorrer implicitamente, mediante o fornecimento de declarações à autoridade policial. (Cf. *North Carolina v. Butler* - 441 U.S. 369 (1979), p. 369-374).

<sup>170</sup> Williams, preso sob a suspeita de ter assassinado uma garota de dez anos de idade, após esclarecido quanto aos seus direitos constitucionais, requereu uma entrevista com um advogado. No percurso até o advogado, um policial convenceu o acusado a dizer onde se encontrava o corpo da vítima. Declarada a nulidade da primeira condenação de Williams e a exclusão de suas declarações do processo, o acusado foi submetido a um segundo julgamento, no qual fora condenado em decorrência das evidências contidas no local do crime. Afirmou-se que, mesmo que o custodiado não tivesse dito onde estava o corpo da garota, este estava prestes a ser encontrado por um grupo de 200 voluntários que faziam uma busca sistemática no local dos fatos e que, no mais, as baixas temperaturas do local preservariam o corpo nas mesmas condições em fora encontrado pelos policiais. No referido julgado, consignou-se que, apesar de não ser aplicável a doutrina da fonte independente (*independent source doctrine*), as provas colhidas no corpo da vítima poderiam ser utilizadas como evidência, porquanto seriam uma descoberta inevitável (*inevitable discovery*). (Cf. *Nix v. Williams* - 467 U.S. 431 (1984), p. 432, 433, 435 e 438).

O legislador brasileiro, a partir de 2008 (Lei nº 11.690/2008), introduziu no Código de Processo Penal a determinação de desentranhamento da prova ilícita por derivação (artigo 157, *caput*, do CPP) e tentou disciplinar algumas exceções ao referido instituto, há muito consagradas na jurisprudência do Supremo Tribunal Norte-Americano. Nesse contexto, assentou que mesmo havendo a inadmissibilidade de determinada prova ilícita, esta não contaminaria outra prova que pudesse ser obtida mediante uma “fonte independente” (artigo 157, §1º, do CPP). Quanto à “fonte independente”, asseverou, no dispositivo seguinte (artigo 157, §2º, do CPP), que corresponderia aquela que “seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. Todavia, o conceito erigido pelo Código de Processo Penal parece estar equivocado, tendo o legislador conceituado, na verdade, a exceção “descoberta inevitável”, de que trata o precedente supramencionado, a qual, como dito no próprio precedente, não se confunde com a exceção “fonte independente”.

<sup>171</sup> No referido julgado, após dois policiais receberem de uma mulher a descrição de Quarles, suposto autor de um rapto, um dos policiais entrou no supermercado e, após breve perseguição, deteve o acusado e o revistou. Verificando que o suspeito tinha um coldre vazio, o policial perguntou onde estava a arma, tendo Quarles indicado onde a escondera. Somente após a apreensão da arma, o policial anunciou a prisão de Quarles e lhe esclareceu sobre o seu direito de não se autoincriminar. Processado por porte ilegal de arma, o juiz de primeiro grau determinou a exclusão das declarações feitas pelo acusado antes que ele fosse alertado de seu direito ao silêncio. A Corte de Apelação e a Suprema Corte de Nova Iorque mantiveram a determinação de exclusão da referida prova, sob o fundamento de que a prova decorrente da apreensão da arma vulnerava a Quinta Emenda. O Supremo Tribunal Federal, todavia, reverteu o julgamento, sob o argumento de que o caso se tratava de uma situação onde a segurança pública era primordial. Se antes das perguntas, o policial tivesse alertado o suspeito

Um importante precedente da Corte Burger foi *Regents of the University of California versus Bakke (1978)*, em que, pela primeira vez, a Corte deliberou sobre a política de ações afirmativas. No referido caso, a Suprema Corte apreciou a alegação de inconstitucionalidade da política de ações afirmativas da Universidade de Medicina da Califórnia, Davis Medical School. A referida instituição teria reservado 16 vagas das 100 disponíveis para “minorias desfavorecidas” (negros, mexicanos, asiáticos e indígenas). O demandante Bakke tentou ingressar na Universidade nos anos de 1973 e 1974, não alcançando pontuação suficiente para ingresso nas vagas de ampla concorrência; todavia, por possuir melhor “performance” do que os candidatos que ingressaram nas vagas destinadas às “minorias favorecidas”, demandou a Universidade com o propósito de ver garantida uma vaga no almejado curso.<sup>172</sup>

No referido julgamento, quatro Justices (Stevens, Burger, Stewart e Rehnquist) argumentaram que reservar dezesseis cadeiras entre uma classe médica total de cem violava a cláusula de proibição de discriminação. Quatro juízes (Brennan, Marshall, White e Blackmun) haviam defendido o programa como forma razoável de assegurar o interesse do Governo por superar os efeitos da discriminação racial que levou a substanciais e crônicas sub-representações das minorias nas Faculdades de Medicina. O Juiz Powell foi o voto oscilante e decisivo. Seu voto derogava o programa Davis da Universidade da Califórnia porque a classificação racial era mais ampla do que o necessário para lograr seus propósitos. Para o *Justice*, se a Universidade tivesse considerado a raça como um fator no processo de seleção e não como um critério único para alguns postos teria alcançado as mesmas metas, garantindo aos brancos como Bakke um tratamento mais individualizado de suas condições sociais.<sup>173</sup>

No caso *Furman versus Georgia (1972)*, o Tribunal empregou nominalmente a Oitava Emenda para derogar algumas sentenças de morte. No julgado, não foi declarada a inconstitucionalidade, *de per se*, da pena de morte, mas sim o caráter arbitrário (ou desproporcional) da referida sanção para certos casos, o que inspirou a reforma de algumas legislações estaduais. Christopher Wolfe chama a atenção para o fato de que, no referido

---

quanto ao seu direito ao silêncio, poderia ser que a arma não fosse encontrada pelo agente público, vindo a parar nas mãos de um cúmplice do delito, de um consumidor ou de um empregado da loja, comprometendo, assim, a segurança do local. No julgado, a Corte, embora admitindo que a exceção criada no referido julgado pudesse, em certo grau, diminuir a clareza da regra Miranda (*Miranda rule*), os policiais não teriam dificuldade para aplicá-la nos casos em que se justificasse, já que poderiam distinguir quase instintivamente (*almost instinctively*) entre perguntas necessárias a garantir a própria segurança ou a segurança do público e questões destinadas tão somente a colher evidências contra o suspeito. (Cf. *New York v. Quarles 467 U.S. (1984)*, p. 649-653).

<sup>172</sup> *Regents of the University of California v. Bakke 438 U.S. 265 (1978)*, p. 265 e 266.

<sup>173</sup> Cf. WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 417.

precedente – incrivelmente, em seu entender – se apresentaram nove opiniões separadas, a demonstrar o quão dividida estava a Corte no referido julgado.<sup>174</sup>

Outro importante julgado da Corte Burger foi *Roe versus Wade* (1973), em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da proibição do aborto antes do primeiro trimestre de gravidez. Christopher Wolfe afirma que *Roe versus Wade* foi provavelmente a “maior surpresa e o mais puro exercício do Poder Judicial desde Dred Scott”. No referido julgado, embora o Tribunal tenha se negado explicitamente a responder perguntas quanto ao momento de iniciar-se a vida, decidiu, todavia, que uma mulher é livre para decidir com seu médico, nos três primeiros meses, acerca do aborto. A partir do segundo trimestre, o Estado poderia regular e restringir a interrupção da gravidez a partir de seu interesse na saúde da mãe (e não a partir da expectativa de vida do feto), dado que, nesse período, os abortos seriam mais perigosos que um parto normal. Finalmente, depois dos dois primeiros trimestres, o Estado poderia proibir o aborto em função de seu interesse em uma “potencial vida humana”, porquanto a partir desse momento o feto já seria “viável” e poderia “sobreviver fora do útero da mãe”. De todo modo, mesmo após o sexto mês, o Estado não poderia proibir o aborto nos casos em que a vida ou a saúde da mãe (inclusive a psicológica) estivessem em perigo.<sup>175</sup>

Posteriormente, a possibilidade de restrição de aborto no primeiro trimestre, sob a invocação da proteção à saúde da mãe, foi rechaçada no caso *Akron* de 1983.<sup>176</sup> Entendeu-se que, com a evolução da medicina, o aborto realizado no segundo trimestre passou a ser menos

---

<sup>174</sup> WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 431 e 432. Aquilo que, para Wolfe, foi de causar estranheza (uma opinião para cada juiz), é fato comum no Brasil. Aqui, há mandamento constitucional que veda expressamente a realização de reuniões secretas (CR, artigo 92, IX). De maneira que, se tal previsão traz grande vantagem ao Poder Judiciário no que pertine à transparência de suas decisões, pode-se dizer que, por outro lado, as reuniões secretas nos Estados Unidos não são de todo ruim, pois permitem que os Justices conheçam com razoável antecedência o posicionamento dos outros magistrados e, assim, nas discussões realizadas nas salas secretas, seja mais fácil a busca de um consenso. No Brasil, a imediata leitura do voto do Relator, após a sustentação oral dos advogados, é fator que também prejudica a obtenção de consensos. Ainda que, no Brasil, não seja possível a realização de reuniões secretas (e é bom que assim permaneça, pois tais sessões pouco contribuiriam para o melhoramento da imagem do Poder Judiciário perante o cidadão comum), deveria se considerar, ao menos, a possibilidade de existência de um lapso temporal, ainda que reduzido, entre as sustentações orais e a leitura do voto do Relator. A disponibilização do voto com certa antecedência para os outros Ministros, após as sustentações orais, também poderia ser útil para uma melhor racionalidade e uniformidade das decisões. O fato é que, na atualidade, cada Ministro comparece à sessão de julgamento com o seu voto pronto, quando não pede vista, interrompendo o julgamento. Por isso é que se afirma, não totalmente sem razão, que o Supremo comporta-se não como um autêntico colegiado, mas como um arquipélago de onze ilhas isoladas e relativamente distantes umas das outras.

<sup>175</sup> WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 426 e 427.

<sup>176</sup> *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983).

perigoso, o que afastava a justificativa de proibição da interrupção da gravidez no referido período, permanecendo, assim, apenas a vedação à realização do aborto após o sexto mês.<sup>177</sup>

Em *Planned parenthood of Missouri versus Danforth (1976)*, a Corte declarou a inexistência de direito dos pais em “vetar” abortos realizados por suas filhas, ainda que menores solteiras. A lei impugnada, do Estado do Missouri, determinava que, no caso de mulheres solteiras, menores de 18 anos de idade, deveria ser obtido o consentimento dos pais para a realização do aborto.<sup>178</sup>

Os julgados acima relatados corroboram a assertiva de Wolfe, no sentido de que, nada obstante a intenção de Nixon, a Corte Burger não adotou uma política de autocontenção, tampouco de conservadorismo. Pelo contrário: em alguns casos, adotou posturas até mais liberais do que aquelas perfilhadas pela Corte Warren. Servem para demonstrar que o Supremo Tribunal havia alterado “indelevelmente” – nas palavras de Wolfe – a sua filosofia de interpretação da Constituição, em direção ao ativismo judicial.

#### **4.6 Considerações finais quanto ao ativismo judicial norte-americano**

O breve estudo da evolução da jurisprudência da Corte da Era Lochner ou Governo dos Juízes até a Corte Burger, mediante o instrumental fornecido pelos autores utilizados nesse capítulo, em especial Christopher Wolfe, revela a grande evolução pela qual passou a interpretação do direito pela Suprema Corte Norte-Americana após a introdução do ativismo judicial, que representou um marco na superação do método tradicional de interpretação.

Mais do que isso. O referido estudo revela que, se o excesso de ativismo gerou resultados desastrosos na Era de Transição (Governo dos Juízes), o excesso de autorrestrição, após as nomeações feitas por Roosevelt, também resultou em efeitos deletérios à proteção dos direitos fundamentais.

Quanto à Corte Warren, pode-se dizer que, apesar de severamente criticada por alguns setores da sociedade, o ativismo praticado durante o referido período foi de resultados em regra positivos, mediante o qual foram implementadas e fortalecidas importantes garantias individuais relacionadas às liberdades civis.

Por fim, o estudo da Corte Burger parece demonstrar que a consagração de certos direitos, ainda que mediante o ativismo judicial, parece ser um caminho sem volta. E isso não somente porque a Corte teria modificado a sua forma de interpretar a Constituição, mas

---

<sup>177</sup> Cf. WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 428.

<sup>178</sup> Cf. WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991, p. 428.

também porque as bases das modificações de seus precedentes não se encontravam apenas no Poder Judiciário ou nas novas concepções dos juízes a respeito da moralidade ou das políticas públicas. As bases da modificação do entendimento jurisprudencial encontravam-se na própria sociedade norte-americana, cujos costumes e valores haviam modificado substancialmente desde a Segunda Guerra Mundial.

Diferentemente do que ocorrera com Roosevelt, o cuidado e o esforço de Nixon em nomear juízes de perfil mais autorrestritivo e conservador, assim como a sua especial opção por juízes de perfil mais técnico (*Justices* provenientes de outras Cortes), não foram suficientes para o intento de fazer recuar as conquistas liberais alcançadas durante a Corte Warren ou a mudança do estilo de interpretação herdado da referida Corte.

A mudança da interpretação judicial, tendente ao reconhecimento de direitos não previstos expressamente na Constituição, mediante o ativismo judicial, mostrou-se um caminho sem volta. E o próprio reconhecimento de que a interpretação era uma atividade criativa mudaria também o modo como a sociedade, em geral, e os juristas, em particular, enxergam o direito e as cláusulas previstas na Constituição.

Nos próximos capítulos, demonstrar-se-á que a postura de maior deferência em relação ao Poder Legislativo durou um período maior nos países de tradição romano-germânica (*civil law*): pelo menos até a Segunda Guerra Mundial nos países da Europa Ocidental, e, no caso do Brasil, até o fim da ditadura. No mais, serão traçadas algumas diferenças essenciais entre o ativismo judicial no Brasil e o ativismo judicial nos Estados Unidos.

## 5. O CONSTITUCIONALISMO DO PÓS-GUERRA (NEOCONSTITUCIONALISMO) E MAIS ALGUMAS CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS

### 5.1 Apontamentos iniciais: breves considerações sobre a jurisdição constitucional em países de tradição romano germânica após a Segunda Guerra Mundial

O francês Alexis Tocqueville, alcunhado por alguns como o profeta da democracia,<sup>179</sup> ao visitar os Estados Unidos em 1831, ficou impressionado com o fato de o Poder Judiciário daquele país poder declarar a inconstitucionalidade de leis. Dizia o pensador político francês que o referido poder, embora reclamado em outros cantos do mundo, jamais havia sido reconhecido ao Poder Judiciário de outros países.<sup>180</sup>

Como já dito, nos Estados Unidos, o controle de constitucionalidade iniciara em 1803, no famigerado julgamento *Marbury versus Madison*, em que declarada a inconstitucionalidade (formal) de lei que dispunha sobre a competência para a apreciação de *writ of mandamus* impetrado perante a Suprema Corte. Quanto ao controle de constitucionalidade relacionado a disposições de direito material, sabe-se que esse era exercido pelo menos desde 1857, no julgamento do *Dred Scott case*, em que, mediante invocação do princípio do *devido processo legal substantivo* (cujo enunciado encerra um paradoxo semelhante a “brancura preta”, para utilizar uma expressão de John Hart Ely<sup>181</sup>), declarou-se a inconstitucionalidade do Compromisso do Missouri, que vedava a escravidão em alguns territórios nos Estados Unidos.

Na Europa Continental, todavia, a situação era bastante diferente. Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente *legicêntrica*, que enxergava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase exclusiva – do Direito, sem atribuir força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos.<sup>182</sup>

---

<sup>179</sup> BROGAN, Hugh. *Alexis de Tocqueville: o profeta da democracia*. Trad. de Mauro Pinheiro: Rio de Janeiro: Record, 2012.

<sup>180</sup> TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracia na América*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, p. 83.

<sup>181</sup> ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 25.

<sup>182</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 76 e 77.

Contudo, depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim das ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa desse quadro. Percebeu-se que as maiorias políticas podiam perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, tal como ocorreu na Alemanha nazista; e, assim, as novas constituições criaram ou fortaleceram a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.<sup>183</sup>

Além da mudança na estrutura das constituições, as profundas cicatrizes deixadas pela Segunda Guerra Mundial resultaram na formulação de novas propostas filosóficas dispostas a reconhecer o fracasso do *positivismo normativista* durante os regimes totalitários e, assim, buscou-se repensar o seu sentido e vínculo com o agir humano, para além dos procedimentos lógico-formais, que tentavam garantir a cientificidade do direito.<sup>184</sup>

Um dos reflexos mais significativos deste paradigma foi precisamente a promulgação da Lei Fundamental da Alemanha e, nos anos sucessivos, o surgimento de uma postura estratégica do Tribunal Constitucional Federal Alemão –*Bundesverfassungsgericht (BVerfG)*, em sua língua nativa – a qual ficou conhecida como *jurisprudência dos valores*.<sup>185</sup>

Provavelmente o mais relevante marco jurisprudencial desse novo paradigma de leitura e concretização da Constituição nos países de tradição romano-germânica é o caso *Lüth (BVerfGE 7, 198)*, de 1958. Primeiro julgamento em que, na dicção de Robert Alexy, o Tribunal Constitucional Federal Alemão adotou uma concepção ampla e extensa (*broad e comprehensive*) de direitos fundamentais, que passaram a ser vistos como princípios veiculadores de valores, em lugar de uma concepção estreita e estrita (*narrow and strict*), vigente no paradigma anterior, que via tais direitos como simples regras.<sup>186</sup> Na dicção do constitucionalista George Marmelstein, o caso *Lüth* foi o “mais importante da história do constitucionalismo alemão no pós-guerra”.<sup>187</sup>

---

<sup>183</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 77.

<sup>184</sup> Cf. TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 112.

<sup>185</sup> Cf. TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 112.

<sup>186</sup> ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Ratio Juris, Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 131.

<sup>187</sup> LIMA, George Marmelstein. *50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra*. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do->

Brevemente resumindo o caso, Eric Lüth, judeu que presidia o clube de imprensa da cidade de Hamburgo, havia convocado o público alemão e os donos de casas de cinema a boicotarem o filme “Amada Imortal”, produzido por Veit Harlan, em 1945. Isso porque o referido produtor de cinema, durante o período nazista, fora um dos diretores de maior destaque durante o regime totalitário, tendo produzido, em 1941, o filme “Jud Süß”, considerado uma das mais odiosas e negativas representações dos judeus no cinema.<sup>188</sup>

Veit Harlan e os investidores do filme resolveram processar, então, Eric Lüth, sob a alegação de que a ação do diretor do clube de imprensa violava o artigo 826 do Código Civil Alemão, que previa que todo aquele que causasse prejuízo deveria cessar a ação danosa e reparar o dano causado. O Tribunal Distrital de Hamburgo decidiu que o diretor do clube de imprensa deveria deixar de promover qualquer boicote ao filme de Harlan. Todavia, a Corte Constitucional Alemã decidiu que a ação de Eric Lüth estava amparada pela liberdade de imprensa, assegurada no artigo 5º da Lei Fundamental Alemã.<sup>189</sup>

No referido julgado, o Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu que os direitos fundamentais incorporam uma ordem objetiva de valores (dimensão objetiva dos direitos fundamentais), que possuem eficácia não apenas nas relações entre Estado e cidadãos, mas também entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) e que a referida ordem objetiva irradia da Constituição em direção a todo o ordenamento jurídico, impondo a releitura dos dispositivos infraconstitucionais mediante os princípios consagrados pela Constituição.<sup>190</sup>

Além disso, o Tribunal também assentou que, uma vez que os referidos direitos fundamentais adquirem a roupagem de princípios, e não de regras, valores aparentemente

---

[caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/](#)>. Acesso em 19/06/2014.

<sup>188</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Ratio Juris, Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 132. ESTRADA, Alexei Julio. Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. In: CARBONNEL, Miguel. (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madri: Trotta, 2007, p. 124. LIMA, George Marmelstein. *50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra*. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em 19/06/2014.

<sup>189</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Ratio Juris, Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 132. LIMA, George Marmelstein. *50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra*. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em 19/06/2014.

<sup>190</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Ratio Juris, Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 133. LIMA, George Marmelstein. *50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra*. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em 19/06/2014.

conflitantes poderiam entrar em rota de colisão, a qual deveria ser resolvida mediante a técnica de ponderação ou balanceamento.<sup>191</sup>

Como se vê, a partir de Lüth surgem conceitos extremamente preciosos ao constitucionalismo contemporâneo (chamado por alguns autores de neoconstitucionalismo), cujo traço mais marcante seria a concretização de direitos constitucionais via atuação das Cortes constitucionais ou pelo Poder Judiciário, mediante a utilização de institutos tais como: a) dimensão objetiva (valorativa) de direitos fundamentais; b) irradiação de valores da Constituição para as leis infraconstitucionais; c) eficácia horizontal dos direitos fundamentais; e d) ponderação ou balanceamento entre princípios constitucionais.

Para Karam, o objetivo da jurisprudência dos valores, que teve início com o caso Lüth, era romper com o modelo jurídico vigente à época do nazismo e, paralelamente, legitimar as decisões tomadas com base na Constituição de 1949, que não tinha bases democráticas, mas fora outorgada, em 1949, pelos aliados.<sup>192</sup> Nesse contexto, buscando superar os impasses da legislação nacional socialista e romper com o positivismo legalista, a jurisprudência dos valores se vê obrigada a socorrer a alternativas metodológicas – muitas vezes invocando um direito supralegal – capazes de evitar o formalismo que caracterizava a tradição jurídica alemã.<sup>193</sup>

O abandono da supremacia do Poder Legislativo na Europa, fez com que se aproximassem a concepção de Constituição da Europa e dos Estados Unidos; país onde desde o início do Século XIX, entendia-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita

---

<sup>191</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Ratio Juris, Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 133. LIMA, George Marmelstein. *50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra*. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em 19/06/2014.

<sup>192</sup> Na verdade, há um certo exagero em afirmar que a Lei Fundamental de 1949 fora outorgada pelos aliados. Como esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, após o projeto elaborado por uma comissão de especialistas, a Lei Fundamental passou por um Conselho Parlamentar, composto de 65 representantes eleitos pelas Assembleias dos Estados, que apreciou, aperfeiçoou e aprovou o texto fundamental em 08/05/1949. Quatro dias após a aprovação da Constituição, a autorização de promulgação fora concedida pelo Governo de Ocupação. A Constituição foi finalmente publicada em 23/05/1949 e entrou em vigor em 24/05/1949. A elaboração da Constituição obedeceu a algumas diretrizes genéricas dos aliados na aprovação de seu texto. Diz-se, por exemplo, que a França e Inglaterra tinham interesse que a Alemanha adotasse um Estado Federado, e não unitário, pois, segundo sua concepção, um Estado Federado seria mais fraco. Todavia, a par de tais diretrizes genéricas, concedeu-se liberdade ao povo alemão para aprovar o texto, que foi submetido à aprovação dos aliados antes da promulgação. Não se pode dizer, assim, que se trata de uma constituição totalmente outorgada. Diferentemente, no Japão, o texto da Constituição do pós-guerra foi literalmente imposto pelos EUA (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 59 e 60).

<sup>193</sup> TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasiliis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 113.

o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação das leis. Todavia, com uma importante diferença: enquanto nos Estados Unidos a Constituição norte-americana é sintética, prevendo apenas traços básicos da organização do Estado e poucos direitos individuais, as cartas europeias foram, em geral, muito além disso.<sup>194</sup>

As constituições europeias surgidas após a Segunda Guerra Mundial e as constituições da América Latina, surgidas após o fim das ditaduras, não se limitaram a estabelecer competências ou a separar os poderes públicos, senão que contém altos níveis de normas “materiais” ou substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos. Exemplos representativos deste tipo de constituições, segundo a lição de Miguel Carbonnel, são a espanhola de 1978, a brasileira de 1988 e a colombiana de 1991.<sup>195</sup>

## **5.2 Constitucionalismo contemporâneo: neoconstitucionalismo, constitucionalismo argumentativo, constitucionalismo garantista ou pós-positivismo?**

Afirma-se que a referida forma de concretizar os direitos fundamentais, mediante a atuação do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais, seria uma nova fase do constitucionalismo, com traços nitidamente diferentes daqueles existentes no constitucionalismo moderno, dos séculos XVIII e XIX. Para designar o referido estágio do constitucionalismo contemporâneo, têm sido utilizados diversos nomes, tais como “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo argumentativo”, “constitucionalismo principialista”, “constitucionalismo garantista” e até mesmo simplesmente “pós-positivismo”.

A diferença mais marcante entre as referidas formas de constitucionalismo (constitucionalismo moderno e constitucionalismo contemporâneo), é que, enquanto no constitucionalismo moderno, a lei erguia-se como símbolo da vontade geral, protegendo a liberdade, garantindo a igualdade (ao menos no aspecto formal) e limitando o poder dos agentes estatais, em especial os magistrados, reminiscência do Antigo Regime, no constitucionalismo contemporâneo, o culto e a confiança na lei, desgastados com a manipulação das maiorias pelos regimes totalitários característicos da segunda metade do Século XX, são substituídos pela releitura da constituição como instrumento normativo limitador da própria lei e, assim, da vontade da maioria.<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 77 e 78.

<sup>195</sup> CARBONNEL, Miguel. *Presentación: El constitucionalismo en su laberinto*. In: CARBONNEL, Miguel. (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madri: Trotta, 2007, p. 9 e 10.

<sup>196</sup> Cf. MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 24.

Nesse contexto, a atividade judicial passa a desempenhar papel fundamental, imprescindível para a releitura da constituição como instrumento normativo limitador dos poderes constituídos e da própria lei (força normativa da constituição) e ponto de equilíbrio entre a razão, valores e a vontade da maioria. Esse novo constitucionalismo surge, assim, como um núcleo de resistência social frente ao Poder Legislativo e como garantia de que determinados valores que não estão sujeitos às decisões políticas.<sup>197</sup>

O referido modelo de implementação de direitos fundamentais (via Poder Judiciário e mediante aplicação direta ou irradiante da Constituição, para, respectivamente, casos não regulados pelo Poder Legislativo ou para casos regulados, mas em aparente desconformidade com a Constituição), vem recebendo diferentes nomenclaturas conferidas por diversos autores, os quais se vinculam a correntes teóricas que, apesar de possuírem alguns pontos de intersecção, apresentam profundas divergências entre si.

### 5.2.1 *Neoconstitucionalismos*

A terminologia mais comum para designar o referido fenômeno, ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, provavelmente seria “neoconstitucionalismo”; expressão que, apesar de não empregada no debate constitucional da Alemanha e Estados Unidos, é largamente difundida na Itália, Espanha e na América Latina.<sup>198</sup>

Luigi Ferrajoli leciona que a expressão “neoconstitucionalismo” foi introduzida no léxico jurídico por filósofos do direito de Gênova.<sup>199</sup> Mais precisamente, conta-se que tal neologismo fora utilizado pela primeira vez no *XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social*, realizado em Buenos Aires e La Plata, entre os dias 10 e 15 de agosto de 1997, em palestra proferida pela filósofa genovense Susanna Pozzolo.<sup>200</sup>

Em sua palestra, posteriormente publicada na Revista *Doxa*, Susanna Pozzolo denomina “neoconstitucionalismo” uma corrente de pensamento dentro da Filosofia do Direito que se caracteriza pela defesa da especificidade da interpretação constitucional; isto é: pela diferença da interpretação constitucional em relação à interpretação dos demais textos

---

<sup>197</sup> Cf. MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 24 e 25.

<sup>198</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 75.

<sup>199</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 15.

<sup>200</sup> Cf. TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 100.

normativos. Segundo Pozzolo, a referida tese seria abraçada particularmente por Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino, os quais, apesar de serem filósofos que em suas argumentações apresentam alguns pontos de divergência, poderiam ser englobados em uma única corrente filosófica, que se caracterizaria pelos seguintes aspectos:<sup>201</sup>

1) *Princípios versus normas*. Tese segundo a qual o ordenamento jurídico não se constitui apenas de normas (leiam-se: regras), mas também de normas e princípios. Os princípios se diferenciariam das regras pela dimensão de peso ou pela aplicabilidade do “tudo ou nada” e, além disso, corresponderiam a valores morais positivados. Junto a tese dos princípios, se encontra normalmente a expressão de uma tese prescritiva, segundo a qual os juízes deveriam servir-se em maior medida de tais estandartes na interpretação e na argumentação jurídica, podendo extrair dos textos constitucionais normas e princípios idôneos para regular diretamente as controvérsias.

2) *Ponderação versus subsunção*. Ponderação se referiria a um método interpretativo/aplicativo próprio que requerem os princípios. Os princípios não seriam interpretáveis/aplicáveis segundo a subsunção, peculiar das normas (leiam-se, novamente, regras). Os princípios são aplicáveis mediante ponderação ou balanceamento. A referida técnica é realizada em três passos: a) uma operação interpretativa tendente a localizar os princípios aplicáveis aos casos concretos; b) sopesamento dos princípios em uma relação hierárquica, de cunho obviamente axiológico; e c) elaboração da hierarquia axiológica de acordo com o caso concreto, e não em abstrato.

3) *Constituição versus independência do legislador*. Tese dirigida a sustentar uma penetração geral do texto constitucional. De acordo com a referida tese, ficaria superada a tese de discricionariedade do positivismo kelseniano, segundo a qual o legislador ordinário utilizaria a Constituição com uma espécie de marco para as suas decisões políticas. Mais que isso: a Constituição teria um conteúdo substancial condicionante, que cumpriria uma tarefa muito parecida com a tese parecida com o direito natural.

4) *Juízes versus liberdade do legislador*. Com esta formulação, Susanna expressa uma tese favorável à interpretação criativa da jurisprudência. Ao juiz caberia a tarefa de uma contínua adequação da legislação às prescrições constitucionais, e não apenas a aplicação da lei ao caso concreto (subsunção). Se antes o juiz apenas aplicava a lei ao caso concreto sem valorá-la, agora o juiz deve interpretar a lei à luz das exigências de justiça veiculadas pelo

---

<sup>201</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Trad. de Josep M. Vilajosana. Buenos Aires: Doxa, n. 21, Vol. II, 1998, p. 339-342.

caso. A interpretação moral do caso incide, deste modo, na interpretação das palavras do direito. O juiz, nesse paradigma, assume a fundamental função de elemento racionalizador do ordenamento jurídico.

Mais do que estabelecer uma diferença entre a interpretação da Constituição e dos demais atos normativos, Susanna Pozzolo defende que o neoconstitucionalismo propõe, na verdade, uma revisão da doutrina positivista, no que se refere à “regra de reconhecimento”.<sup>202</sup> De acordo com a filósofa italiana, o direito seria válido não por um teste de *pedigree*, mas em razão de um teste moral, o qual não se baseia na gênese dos princípios, e sim no seu conteúdo.<sup>203</sup>

De acordo com a visão neoconstitucionalista de Pozzolo, a ciência jurídica deve assumir responsabilidades morais. Não pode limitar-se a uma descrição do direito. A ciência jurídica meramente descritiva não tem utilidade nenhuma para a prática jurídica, já que não pode prover um esquema conceitual de justificação de decisões. Se a ciência jurídica tem a tarefa de reformular ou reconstruir o ordenamento jurídico, ajudando juristas práticos a solucionar problemas que insurgem com a interpretação e aplicação do direito, deve usar conceitos normativos que tomem em consideração o conteúdo obrigatório do direito.<sup>204</sup>

Os pontos mais polêmicos do neoconstitucionalismo de Susanna Pozzolo encontram-se em suas lições acerca da especificidade da interpretação constitucional no que pertine ao sujeito responsável pela interpretação. Após defender que, embora a interpretação constitucional caiba também ao legislador, os principais sujeitos da mencionada interpretação seriam, na verdade, o juiz constitucional e ao juiz ordinário. Não bastasse isso, Pozzolo afirma que, em decorrência de uma interpretação axiológica e reconstrutiva da constituição, esta não pode ser assumida como a norma mais elevada do sistema jurídico, o que pressupõe que a Constituição seja interpretada a luz de alguns princípios superiores.<sup>205</sup>

Mais adiante, ao tratar do problema de que a interpretação moral pode levar ao “governo dos juízes”, Susanna afirma que este perigo ao menos dissolve o terrível perigo de que a democracia produza a chamada “tirania das maiorias” (o que significa, em suma, que o perigo do “governo dos juízes” seria um mal menor). Nesse contexto, segundo Pozzolo, a

---

<sup>202</sup> Na lição de Herbert L. Hart, regra de reconhecimento é aquela que fornece critérios para avaliar a validade para outras normas. (Cf. HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. de Antônio Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 133).

<sup>203</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Trad. de Josep M. Vilajosana. Buenos Aires: Doxa, n. 21, Vol. II, 1998, p. 343.

<sup>204</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Trad. de Josep M. Vilajosana. Buenos Aires: Doxa, n. 21, Vol. II, 1998, p. 344.

<sup>205</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Trad. de Josep M. Vilajosana. Buenos Aires: Doxa, n. 21, Vol. II, 1998, p. 348.

debilidade democrática da interpretação moral dos juízes não se verifica, porquanto foram os próprios cidadãos, sob a roupagem do poder constituinte que estabeleceram essa forma de “auto-paternalismo”, prevendo um texto constitucional que coloca a salvo alguns direitos de eventual tentativa de decisão da maioria em lesioná-los.<sup>206</sup>

Se a maternidade da expressão é atribuída à italiana Susanna Pozzolo, a sua popularidade, sobretudo nos países da América Latina, deve-se ao mexicano Miguel Carbonnel, após a ampla divulgação de uma coletânea de ensaios por ele organizada, em 2003, na Espanha: *Neoconstitucionalismo(s)*.<sup>207</sup> Como sugere o título da própria coleção, no plural, haveria não um único pensamento neoconstitucionalista, mas vários, perfilhados por autores que adotam, por vezes, pressupostos metodológicos e marcos teóricos totalmente distintos entre si.

Outro professor genovês que abraça expressamente a nomenclatura “neoconstitucionalismo” é o italiano Paolo Comanducci. Em artigo publicado na supramencionada coleção,<sup>208</sup> o filósofo leciona que o termo “neoconstitucionalismo” pode ser entendido como: ideologia do direito, teoria do direito e método de análise do direito.<sup>209</sup>

Para Comanducci, o constitucionalismo desde os seus primórdios era fundamentalmente uma ideologia, que tinha por propósito a limitação do poder e a defesa de liberdades “naturais” (ou direitos individuais). Tal ideologia tinha como pano de fundo o jusnaturalismo, que sustentava a conexão identificativa em direito e moral e, por outro lado, tinha como adversário político o positivismo ideológico. Como teoria do direito, todavia, o constitucionalismo não era relevante. A teoria dominante do século XIX e do século XX era a teoria positivista e, na dicção de Comanducci, o jusnaturalismo nunca tivera por propósito destronar a hegemonia da proposta positivista.<sup>210</sup>

O neoconstitucionalismo, todavia, além de ser ideologia destinada a limitar os poderes estatais e consagrar direitos fundamentais, é também uma teoria concorrente com o positivismo jurídico. O neoconstitucionalismo, como teoria do direito, aspira a descrever os logros da constitucionalização. Defende a existência de um modelo de sistema jurídico que

---

<sup>206</sup> POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Trad. de Josep M. Vilajosana. Buenos Aires: Doxa, n. 21, Vol. II, 1998, p. 348 e 349.

<sup>207</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 75.

<sup>208</sup> O referido artigo foi publicado também na revista *Isonomía*, n. 16, de abril 2002, o qual, por ser de domínio público, será utilizada como referência para o artigo, nesse trabalho.

<sup>209</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. Trad. de Miguel Carbonnel. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 16, abril de 2002, p. 90.

<sup>210</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. Trad. de Miguel Carbonnel. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 16, abril de 2002, p. 96 e 97.

emerge de uma Constituição invasora, da positivação de um catálogo de direitos fundamentais, da onipresença de princípios e regras da Constituição e por algumas peculiaridades da interpretação e da aplicação dos dispositivos constitucionais. Representa uma alternativa às principais características do positivismo teórico, a saber: estatalismo, legiscentrismo e formalismo interpretativo.<sup>211</sup>

Por sua vez, como corrente metodológica, o neoconstitucionalismo se contrapõe ao positivismo metodológico e conceitual, que firma a tese segundo a qual é sempre possível identificar e descrever o direito como ele é, distinto, portanto, do direito como deveria ser. Essa tese preconiza, basicamente, a ausência de conexão entre direito e moral. O neoconstitucionalismo metodológico sustenta, pelo contrário, a tese de conexão necessária, identificativa e justificativa do direito e da moral.<sup>212</sup>

Em outro ensaio, publicado em 2007, Paolo Comanducci leciona que, para cada de modelo de Constituição, há uma forma específica de interpretação constitucional. O modelo contemporâneo de Constituição<sup>213</sup> deve ser interpretado mediante uma leitura moral, tal como propõe Ronald Dworkin, ou seja: no sentido de que todos os cidadãos e os juízes em especial, devem interpretar e aplicar as cláusulas abstratas da Constituição, partindo do pressuposto de que elas invocam princípios morais sobre decência política e justiça. Princípios esses que não devem ser interpretados em uma acepção originalista, vale dizer, tal como pensavam os *founding fathers*, quando elaboraram a Constituição, mas sim mediante uma reconstrução histórica e sistemática de seu contexto.<sup>214</sup>

---

<sup>211</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. Trad. de Miguel Carbonnel. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 16, abril de 2002, p. 97.

<sup>212</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. Trad. de Miguel Carbonnel. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 16, abril de 2002, p. 101.

<sup>213</sup> O modelo contemporâneo de Constituição se refere às constituições aprovadas após a Segunda Guerra Mundial, que, na lição de Comanducci, se caracterizam por: 1) onipresença da Constituição no ordenamento jurídico, com alteração efetiva da hierarquia de fontes e com abandono do “legiscentrismo”; 2) presença de princípios, e não a apenas de regras; 3) relação especial com democracia, no sentido de que: 3.1) não pode haver Constituição sem democracia nem democracia sem Constituição; e 3.2) Constituição funciona como limite à democracia entendida como a regra da maioria; 4) Constituição como ponte entre o direito e a moral (ou a política), no sentido de que a Constituição permite a abertura do sistema jurídico a considerações de tipo moral, em um duplo sentido: 4.1) os princípios constitucionais são princípios morais positivados; e 4.2) a justificação no âmbito jurídico não pode deixar de se socorrer a princípios morais; e 5) a aplicação da Constituição, diferentemente da aplicação da lei, não pode fazer-se pelo método de subsunção, mas sim pelo método da ponderação e do balanceamento. Cf. COMANDUCCI, Paolo. *Modelos de interpretación de la Constitución*. Trad. de Manuel Ferrer Muñoz. In: CARBONNEL, Miguel. (org) *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madri: Trotta, 2007, p. 52 e 53.

<sup>214</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Modelos de interpretación de la Constitución*. Trad. de Manuel Ferrer Muñoz. In: CARBONNEL, Miguel. (org) *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madri: Trotta, 2007, p. 52 e 60-62. Quanto à leitura moral da Constituição, recomenda-se a leitura de DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006; em especial o capítulo introdutório.

Nessa perspectiva, os juízes, ao interpretarem a Constituição, devem atender aos reclamos de moralidade da sociedade atual, mas sem desconsiderar, por outro lado, a tradição histórica do constitucionalismo e dos precedentes judiciais, respeitando, assim, a “integridade do direito”. Conceito que Dworkin explica mediante a figura de uma *chain novel* (romance em cadeia), em que o intérprete, tal como um romancista ou coautor de uma série de TV que se repete por décadas, deve acrescentar um capítulo novo a capítulos escritos pelos outros juízes, pensando não apenas no passado, mas também, naqueles que escreverão os próximos capítulos.<sup>215</sup>

Apesar de admitir, em certa medida, a criatividade na interpretação jurisprudencial, Paolo Comanducci afirma que a ponderação, caso por caso, é uma técnica particularmente “perigosa”. Defende que a deliberada opção de não instituir hierarquias explícitas entre os princípios, ao menos por grupos de casos, implica na atribuição aos juízes constitucionais de uma margem tão ampla de discricionariedade que os converte não apenas em legisladores, mas também, em alguns casos, em coautores da Constituição. Além disso, afirma que a opção por tal senda faz com que as margens de certeza do direito se estreitem consideravelmente.<sup>216</sup>

As teses defendidas pelos dois professores genoveses (Pozzolo e Comanducci) possuem notáveis pontos de encontro e, por assim dizer, apresentam as características principais do movimento que boa parte dos autores denominam “*neoconstitucionalismo*”: a) distinção qualitativa (e não apenas quantitativa) entre princípios e regras; b) interpretação da Constituição mediante técnicas de ponderação, e não subsunção; c) utilização da moral como parâmetro de validade para o direito positivado; e d) aceitação da criatividade na jurisdição constitucional. Todavia, tais filósofos discordam, por exemplo, quanto às vantagens e os riscos da utilização excessiva da técnica de ponderação, bem como quanto às vantagens do protagonismo judicial, temas que serão retomados, adiante.

Ainda quanto ao pensamento dos principais autores adeptos do neoconstitucionalismo, vale a pena mencionar a acertada síntese de Daniel Sarmento. Conforme sintetiza o constitucionalista fluminense, os neoconstitucionalistas geralmente buscam sua inspiração em autores que, até hoje, não teriam se definido como tal. Ronald Dworkin e Robert Alexy, por exemplo, nunca teriam se definido como neoconstitucionalistas. Carlos Santiago Nino, por

---

<sup>215</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Modelos de interpretación de la Constitución*. Trad. de Manuel Ferrer Muñoz. In: CARBONNEL, Miguel. (org) *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madri: Trotta, 2007, p. 62. Confira também DWORKIN, Ronald. *O império do Direito. O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo e versão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 275-279.

<sup>216</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Modelos de interpretación de la Constitución*. Trad. de Manuel Ferrer Muñoz. In: CARBONNEL, Miguel. (org) *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madri: Trotta, 2007, p. 52 e 66.

sua vez, teria falecido em 1993, antes mesmo do início da utilização do referido neologismo.<sup>217</sup> Por fim, curiosamente, outro teórico em que os autores que se definem como neoconstitucionalistas buscam inspiração seria Luigi Ferrajoli; autor que, além de se afirmar positivista, tece severas críticas ao neoconstitucionalismo.

### 5.2.2 A crítica positivista

Dois autores que, adotando o positivismo como metodologia e teoria do direito, tecem severas críticas às correntes neoconstitucionalistas são Elival da Silva Ramos<sup>218</sup> e Luigi Ferrajoli.<sup>219</sup>

Ferrajoli afirma que, dentre as três acepções comuns de positivismo – como: a) “metodologia do estudo do direito”, o estudo do “direito tal como ele é” (direito posto) e não pelo que ele deve ser moral e politicamente;<sup>220</sup> b) “teoria”, que descreve o “direito como fato”, isto é como “conjunto de regras postas direta ou indiretamente pelos órgãos do Estado”;<sup>221</sup> e c) “ideologia”, segundo a qual o direito existente, somente porque tal, é também “justo” – adota apenas as concepções “a” e “b”, ou seja: direito como “metodologia” e “teoria”, mas não como “ideologia”.<sup>222</sup>

---

<sup>217</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 75.

<sup>218</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35-103: Seção I do Capítulo I: Teoria do Direito e Modelo Dogmático e Seção II do Capítulo II: Hermenêutica Jurídica.

<sup>219</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 13-56. Apesar de Luigi Ferrajoli tecer severas críticas ao neoconstitucionalismo, adotando uma doutrina positivista (ou positivista crítica), o mestre italiano é considerado por alguns autores como adepto do neoconstitucionalismo. É o caso, por exemplo, de Alfonso Figuera, que alinha a tese de garantista de Ferrajoli de “neoconstitucionalismo fraco”. (FIGUEROA, Alfonso García. *Neoconstitucionalismo, derrotabilidade e razão prática*. Trad. de Eduardo Ribeiro Moreira. São Paulo, Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 20, Vol. 79, abril/junho de 2012, p. 16).

<sup>220</sup> De modo semelhante, Elival da Silva Ramos, para quem “o positivismo parte da premissa metodológica de que o direito deve ser estudado enquanto fato social, independentemente das considerações valorativas que se possa fazer a seu respeito” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36).

<sup>221</sup> Segundo Elival da Silva Ramos, a contribuição mais importante do positivismo jurídico à teoria do direito consiste no conceito de ordenamento jurídico, “na ideia de que o direito objetivo compõe-se de um conjunto de normas que não se encontram meramente justapostas, mas sim integradas logicamente, em um único sistema”. Da referida unidade extraem-se as ideias de coerência e completude. De acordo com a referida teoria, o juiz não criaria o direito, mas apenas revelaria o direito existente, tampouco poderia recusar-se a resolver uma controvérsia qualquer. Também pertence à teoria do direito às concepções de coatividade (ou coercibilidade do direito) e preferência das normas elaboradas pelo legislador (e pela Constituição) em relação a outras fontes do ordenamento jurídico (tais como costume e jurisprudência). (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38-40)

<sup>222</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 38 e 39. Idêntico é o entendimento de Elival da Silva Ramos, para quem, nos aspectos metodológico, dogmático e científico, o positivismo não está superado. Pelo contrário: “se for descartado o método positivista, ‘não se fará

Em sua crítica ao neoconstitucionalismo, o jurista italiano coloca neoconstitucionalistas e jusnaturalistas sob um mesmo rótulo. Diz que os defensores de uma concepção antipositivista do constitucionalismo nem sempre se consideram jusnaturalistas, porém tais constitucionalistas guardam com o jusnaturalismo um notável ponto de congruência, qual seja: a distinção forte, qualitativa e estrutural entre princípios e regras. Para Ferrajoli, o positivismo preconiza apenas uma diferença quantitativa (e não qualitativa) entre regras e princípios.<sup>223</sup>

Para Ferrajoli, apenas “princípios diretivos ou diretivas”, tais como os princípios informadores da ordem econômica, a previsão de desenvolvimento da cultura e pesquisa etc., seriam “mandados de otimização”. Demais princípios como a vida, liberdade e propriedade, chamados pelo mestre italiano de “princípios reguladores, regentes ou imperativos”, não teriam distinção qualitativa entre as regras. A diferença entre estes e as regras seria tão-somente uma questão de estilo.<sup>224</sup>

Quando uma regra é cumprida, ela aparece na forma de princípio. Quando não se pratica um homicídio ou não se furta, além de se estar observando uma regra, está-se observando o princípio da vida e da propriedade privada. No caso de violação de um princípio, segundo o mestre italiano, não se fala em ponderação, mas sim em subsunção. Na dicção de Ferrajoli, até princípios vagos e imprecisos com a dignidade da pessoa humana ou os princípios penais da determinação e da ofensividade, quando violados, aparecem como regras.<sup>225</sup>

No constitucionalismo garantista ou positivismo, as garantias constitucionais inseridas na Constituição não são somente “valores objetivos”, mas também conquistas historicamente determinadas, resultado das lutas e revoluções de muitas gerações, e suscetíveis de ulteriores

---

ciência, mas filosofia ou ideologia do direito””. (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37)

<sup>223</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 17 e 18. Semelhante é o entendimento de Elival da Silva Ramos, que compara o moralismo jurídico (modelo de distinção qualitativa entre princípios e regras, em que poderiam ser agrupadas as teses de Ronald Dworkin e de Robert Alexy) ao jusnaturalismo: “tanto o jusnaturalismo clássico, quanto a forma enfraquecida com que se apresenta hodiernamente, aqui intitulada de moralismo jurídico, trazem embutido um certo ontologismo axiológico, encarando os valores como objetos ideais, ‘anteriores a qualquer processo histórico, porque eternos’”. (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 62 e 89-96)

<sup>224</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 17, 18 e 39.

<sup>225</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 39 e 41.

desenvolvimentos e expansões, com a garantia de novos direitos. O constitucionalismo garantista nega a conexão entre direito e moral. Pelo contrário: reforça a separação, quer por intermédio da teoria do direito (mediante o princípio da legalidade), quer por intermédio da filosofia política (liberalismo político).<sup>226</sup>

Diferentemente de Alexy, para quem as normas jurídicas possuem uma “pretensão de justiça”, ou seja, as normas são válidas desde que “não tenham o caráter de injustiça extrema”,<sup>227</sup> Ferrajoli defende que a moral não deve ser utilizada como parâmetro de validade da norma jurídica. Nesse sentido, menciona a existência de normas reputadas por alguns como injustas, além de moral e politicamente contestadas, as quais, todavia, não podem ter a sua validade questionada, porquanto inseridas na Constituição. Nesse sentido, menciona a segunda emenda da Constituição Norte-Americana, que prevê o direito de possuir e portar arma, bem como o artigo 7º da Constituição Italiana, que dispõe sobre a relação entre o Estado e a Igreja Católica.<sup>228</sup>

Para Ferrajoli, a negação do cognitivismo ético (ou seja: de uma concepção objetivista da moral) e a defesa da separação entre direito e moral, os quais formam o pressuposto do constitucionalismo garantista, são o fundamento e, ao mesmo tempo, a principal garantia do pluralismo moral e do multiculturalismo, isto é: a garantia da convivência pacífica das muitas culturas que convivem em uma mesma sociedade. E, além disso, tais negações garantem a submissão dos juízes à lei e à “estranha ideia dworkiana” de que existe sempre uma “única resposta justa” ou “correta”, identificada, de fato, com aquela mais acreditada e mais difundida na prática jurisprudencial.<sup>229</sup>

Segundo o mestre italiano, a ideia de que os princípios constitucionais sempre são objeto de ponderação ao invés de aplicação, ou pior, de que podem ser ponderados com

---

<sup>226</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 25.

<sup>227</sup> Mais adiante serão tecidas algumas considerações quanto à referida tese de Robert Alexy, inspirada na “fórmula de Radbruch”. Por ora, mencione-se que a referida tese de Robert Alexy pode ser encontrada em ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 7-9, 15-16, 26-27, 34-35, 48-49 e 55-58.

<sup>228</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 31.

<sup>229</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 32.

princípios morais inventados pelos juízes, gera um perigo para a independência da jurisdição e para a legitimação política.<sup>230</sup>

A legitimidade da jurisdição se funda sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei, dependente, por sua vez, do grau de taxatividade e de determinação da linguagem legal. Para Ferrajoli, é oportuno que o Poder Legislativo promova o desenvolvimento de uma linguagem legislativa e constitucional o mais precisa e rigorosa possível. Segundo Ferrajoli, entre os fatores mais graves da discricionariedade judicial e do crescente papel da argumentação está a crise da linguagem legal. A obscuridade, vagueza e a indeterminação da linguagem legal, ainda que em alguma medida inelimináveis, violam os princípios da separação dos poderes e da submissão dos juízes à lei, comprometendo, assim, a preservação de todo o edifício do estado de direito.<sup>231</sup>

### ***5.2.3 O constitucionalismo argumentativo: o meio termo entre o positivismo e o neoconstitucionalismo***

Outros constitucionalistas, entre eles podem ser mencionados Lênio Streck, André Karam e Daniel Sarmento, seriam adeptos da tese de que as constituições do pós-guerra transformaram profundamente o direito constitucional e mesmo a teoria do direito. Nesse aspecto, flertam com o neoconstitucionalismo no que se refere à imprescindibilidade de releitura da legislação infraconstitucional e efetividade da aplicação da Constituição, assim como o abandono a uma postura de excessiva deferência ao Poder Legislativo. Todavia, tais autores negam veemente algumas teses neoconstitucionalistas relacionadas, por exemplo, à onipotência do Poder Judiciário, à utilização descriteriosa de técnicas de ponderação e àquilo que denominam de panpricipiologismo; vale dizer: a resolução de todas as questões jurídicas mediante a invocação de princípios, com desprezo à aplicação das regras.

Para Karam, ainda que se encontre certa resistência por parte de setores mais conservadores da comunidade acadêmica, os juristas que participam do debate

---

<sup>230</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 14.

<sup>231</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 53-55. Na verdade, a indeterminação da linguagem, por vezes, não é um defeito da legislação, mas sim uma forma de “delegação estratégica” da questão ao Poder Judiciário ou mesmo o reconhecimento de que, para que não haja o engessamento do sistema, é preciso conferir uma certa flexibilidade de concreção da norma ao intérprete aplicador. Nesse ponto, Elival da Silva Ramos parece discordar com o posicionamento de Luigi Ferrajoli: “o emprego pelo legislador de expressões correspondentes a conceitos vagos ou indeterminados não caracteriza, de modo geral, uma fala na formulação de tetos legais e sim uma determinada técnica de regulação, que deixa ao intérprete-aplicador maior flexibilidade para alcançar as finalidades pretendidas”. (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 124 e 125)

neoconstitucional não têm dúvidas de que “estamos, sim, diante de um novo paradigma, impulsionado por um novo modelo de estado, que exige o desenvolvimento de uma nova concepção de direito, bem como de sua respectiva teoria”.<sup>232</sup>

Em crítica ao positivismo, afirma que embora Ferrajoli tenha dificuldade em falar em superação da referida corrente teórica, defendendo ser o garantismo não uma superação, mas o complemento do positivismo, o mestre italiano admite, em certa medida, o fim da rígida separação entre direito e moral, na medida em que reconhece que a moral é positivada no direito através dos princípios constitucionais. O garantismo – seja ele entendido como *positivismo crítico* ou *positivismo de combate* – rompe, ideologicamente, com a tradição exegética e, teoricamente, com a tradição normativista, conservando apenas questões de caráter metodológico, na esteira do proposto por Bobbio.<sup>233</sup>

Karam esclarece, todavia, que muito embora haja certo consenso acerca da existência de um novo paradigma de direito e que este precisa receber uma nomenclatura adequada, o neoconstitucionalismo reúne juristas que sustentam teorias distintas e que, na maior parte das vezes, sequer adotam tal nomenclatura, de maneira que é recomendável a adoção de outra terminologia. Propõe, então, a substituição da expressão neoconstitucionalismo por “constitucionalismo argumentativo”, em face da imprecisão terminológica daquela expressão e, sobretudo, porque a centralidade em torno da argumentação jurídica seja talvez o ponto de maior convergência entre seus representantes.<sup>234</sup>

Karam<sup>235</sup> e Streck<sup>236</sup>, todavia, criticam a recepção de algumas teses da argumentação jurídica no Brasil e, em especial, a jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional Alemão, o que, segundo eles, ensejou a ocorrência de um “ativismo *sui generis*” ou “ativismo

---

<sup>232</sup> TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 106.

<sup>233</sup> TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 106.

<sup>234</sup> TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 106 e 107.

<sup>235</sup> TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 114 e 115.

<sup>236</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 72-74.

à brasileira” no âmbito da Suprema Corte e nos órgãos do Poder Judiciário no Brasil, em que foram mantidos alguns pressupostos do positivismo formalista, como, p. ex., o entendimento de que a interpretação é um ato de vontade, adicionado à ampla utilização da técnica de ponderação, sem as cautelas exigidas na teoria de Robert Alexy; fato esse que teria resultado em um fenômeno “complexo e perigoso”, com o aumento desarrazoado da discricionariedade judicial.

De acordo com Karam, a recepção de alguns pressupostos da jurisprudência dos valores e a ideia kelseniana de discricionariedade no exercício da interpretação acabam fazendo com que juízes se afastem dos ditames legais para, em suas consciências, buscarem uma solução que atenda aos fins de justiça social, autorizando-os tanto à criação do direito quanto ao gerenciamento processual, o que implica uma intervenção indevida tanto na esfera administrativa quanto legislativa, com sérias consequências para a segurança jurídica.<sup>237</sup>

Os princípios, segundo Karam, tornam-se uma espécie de máscara da subjetividade, na medida em que passam a ser aplicados como enunciados performativos que se encontram à disposição dos intérpretes, permitindo que os juízes, ao final, decidam como quiserem. Entre os princípios mais invocados, surgem a proporcionalidade e a razoabilidade, que exercem a função de verdadeiros curingas, servindo de muleta para todo e qualquer argumento jurídico.<sup>238</sup>

Para Karam, considerando que no interior da dogmática jurídica a interpretação continua a ser entendida como a escolha de um sentido que advém da consciência do julgador – ao qual é delegada a tarefa de, casuisticamente, concretizar os direitos fundamentais a partir de suas convicções pessoais –, o que se verifica é um alto grau de voluntarismo cujo resultado, ao final, é uma *justiça lotérica*, marcada pela imprevisibilidade, o que remete à imagem do *pêndulo de Léon Foucault*.<sup>239</sup>

Quanto à discricionariedade dos juízes no que pertine à interpretação do direito, Lênio Streck leciona que esta, assim como o solipsismo do Poder Judiciário, não é exclusividade da

---

<sup>237</sup> TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 117.

<sup>238</sup> TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 118 e 119.

<sup>239</sup> TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 119.

Escola do Direito Livre e tampouco foi resolvido pelo positivismo normativista (kelseniano). Mais: para Streck, expressões do gênero “o juiz não se subordina a nada, a não ser o tribunal de sua razão”, “princípio do livre convencimento motivado”, “decido de acordo com minha consciência” e “sentença vem de *sentire*” correspondem ao superado paradigma da filosofia da consciência. Paradigma que, iniciando em Descartes (penso, logo existo) e passando por Kant (e seu imperativo categórico) e outros filósofos, foi suplantado com o giro ontológico de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer.<sup>240</sup>

Para Streck, a partir do giro ontológico-linguístico passou-se a perceber que é a linguagem, e não a consciência do sujeito pensante, que se dá o sentido ao objeto. Na filosofia da linguagem ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação. As teorias argumentativas que apostam na vontade do intérprete sofrem de um letal déficit democrático. Atribuem um papel inferior à linguagem e às palavras, como se delas pudesse extrair qualquer significado, inclusive contrário àquilo que enunciam. Assim, conclui: combater a discricionariedade e o ativismo<sup>241</sup> é um compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída.<sup>242</sup>

Daniel Sarmento, por sua vez, afirma assumir, sem constrangimentos, o rótulo de neoconstitucionalista, se o neoconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem afastar a importância das regras e da subsunção, abre espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar seu uso. Aceita o neoconstitucionalismo se este for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição de direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais no ordenamento. Na esteira do neoconstitucionalismo, Sarmento defende também uma ação firme e construtiva do Judiciário para a proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. Nesse contexto, aceita ser chamado de neoconstitucionalista.<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 26, 58, 14 e 61.

<sup>241</sup> Cumpre aqui, salientar, mais uma vez que, para o autor sul-rio-grandense, ativismo não é o simples exercício arrojado da jurisdição, mas sim quando a Corte extrapola os limites da Constituição: “De pronto, consigno que, quando o Judiciário age – desde que devidamente provocado – no sentido de fazer cumprir a Constituição, não há que se falar em ativismo. O problema do ativismo surge exatamente no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o bem, seja para o mal”. (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 22)

<sup>242</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 86, 61, 91 e 110.

<sup>243</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 112.

Todavia, Sarmento assevera que se o rótulo neoconstitucionalista significar a adesão de algumas teses perfilhadas por alguns outros autores que se cognominam neoconstitucionalistas, entre as quais citem-se: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipotência judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário; prefere não ser chamado de neoconstitucionalista. Segundo afirma, tais teses não se conciliam com exigências fundamentais de segurança jurídica, democracia e liberdade, que são alicerces de qualquer bom constitucionalismo – novo ou velho.<sup>244</sup>

### **5.3 A visão de neoconstitucionalismo adotada neste trabalho e sua relação com o ativismo judicial**

Nesse trabalho, de um lado, adota-se a tese neoconstitucionalista no que se refere à superação dos dogmas positivistas de identificação do direito simplesmente como direito posto e de discricionariedade da interpretação; porém, de outro, rechaça-se a tese de onipotência do Poder Judiciário ou de panpricipiologização do direito, defendida por alguns autores neoconstitucionalistas.

É inadmissível que juízes, diante de todos casos concretos, estejam a solucionar disputas judiciais sempre mediante a ponderação de princípios, inclusive em casos fáceis, em que determinada regra editada pelo Poder Legislativo resolve o problema. Se determinada regra aprovada pelo Poder Legislativo é dotada de clareza, não se está diante em um caso de exceção implícita (o que alguns autores chamam de *derrotabilidade* da regra jurídica<sup>245</sup>) e

---

<sup>244</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 112 e 113.

<sup>245</sup> Quanto à tese de derrotabilidade das normas jurídicas, que, na doutrina norte-americana é denominada de *defeasibility*, recomenda-se a leitura de BUSTAMANTE, Thomas. *Conflitos normativos e decisões contra legem: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 115-144; assim como a leitura de FIGUEROA, Alfonso García. *Neoconstitucionalismo, derrotabilidade e razão prática*. Trad. de Eduardo Ribeiro Moreira. São Paulo, Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 20, Vol. 79, p. 11-33, abril/junho de 2012. A tese da derrotabilidade das normas jurídicas parte do pressuposto de que não é possível prever todas as exceções à aplicação de determinada regra jurídica *ex ante*. Quase todas as regras jurídicas (ou todas elas, segundo alguns autores) conteriam exceções em sua aplicação, as quais nem sempre são percebidas pelo legislador quando da criação da regra. É como o caso, por exemplo, das regras “não pise a grama” ou “é proibida a entrada de cães no trem”. A primeira regra evidentemente não se aplica ao jardineiro quando no exercício de suas funções de jardinagem, sendo difícil encontrar algum intérprete que defenda, com seriedade, a hipótese contrária. Quanto à segunda, juristas bem intencionados podem divergir se ela se aplica ou não ao cego acompanhado de seu cão guia. Reconhecido que a regra não se aplica ao cego e ao seu cão, estar-se-á em um caso de derrotabilidade da regra. A tese da derrotabilidade das normas jurídicas corresponde, em certa medida, um contraponto à tese de Dworkin, no sentido de que os princípios se aplicam mediante ponderação e as regras de acordo com o “tudo-ou-nada”. Isso porque as regras, semelhantemente aos princípios, podem deixar de ser aplicadas em determinado caso concreto sem que, necessariamente, seja necessário declarar a sua revogação ou invalidade. A tese da derrotabilidade das normas jurídicas admite a possibilidade de prolação de decisões *contra legem*, ainda que sem a declaração de inconstitucionalidade da lei.

uma interpretação adequada da Constituição alberga a escolha feita pelo Legislador, a regra deve ser respeitada.

No mais, propugna-se que, mesmo em casos em que a regra precisar ser afastada, como, por exemplo, mediante uma constatação de derrotabilidade da regra jurídica, é imprescindível que o juiz apresente argumentos robustos e convincentes para o afastamento da regra, já que na primeira decisão no sentido de derrotabilidade da regra, o princípio da inércia<sup>246</sup> favorece a aplicação norma editada pelo Poder Legislativo; nesse caso, o maior ônus argumentativo é – evidentemente – daquele que pretende afastar a norma.

E o mais importante: é imprescindível que o juiz adote o mesmo entendimento nos casos seguintes, obedecendo, assim, ao direito como integridade e garantindo, dessa maneira, a previsibilidade das decisões judiciais. Como bem coloca Dworkin em sua metáfora sobre o romance em cadeia, na reconstrução do ordenamento jurídico feita pelo julgador, devem ser considerados tanto os precedentes (capítulos anteriores), como as decisões a serem prolatadas no futuro para os mesmos tipos de casos (capítulos futuros), devendo o juiz ter especial responsabilidade e cautela quando resolver afastar determinado precedente ou uma regra erigida pelo legislador.<sup>247</sup>

Deve-se também rechaçar a ideia de que o juiz, diante de casos difíceis, possui discricionariedade para chegar a qualquer solução; discricionariedade essa também entendida como a impossibilidade de se obter uma única resposta correta para determinada interpretação constitucional.<sup>248</sup>

---

<sup>246</sup> O princípio da inércia é um importante princípio da argumentação jurídica que, como leciona Alexy, guarda raízes em Chaim Perelman. Aqui, o significado do aludido princípio, segundo Alexy: “O princípio da inércia diz que uma ideia que tenha sido aceita uma vez não pode ser rejeitada sem um motivo suficiente. Por isso, tem o caráter de uma regra de carga da argumentação: a apelação a uma práxis existente não requer nenhuma justificação, somente a mudança exige justificação”. (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. de Zilda Zutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: 2011, p. 171).

<sup>247</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo e versão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 275-286.

<sup>248</sup> Nesse ponto, vale a pena salientar que a tese da discricionariedade não deita suas raízes no neoconstitucionalismo; pelo contrário: é uma tese que, apesar de não ser exclusividade do positivismo jurídico, tornou-se extremamente popular com o positivismo normativista (kelseniano). Nesse sentido, note-se que Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, não se propôs a resolver os problemas de eventuais excessos do Poder Judiciário. Para o autor, não há qualquer método capaz de ser classificado como de Direito positivo, segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como correta. Para o jurista de Viena, a interpretação realizada pelos aplicadores do direito seria tanto um ato de conhecimento quanto de vontade; e aplicada a lei sem que seja mais possível anular a sentença judicial, tal interpretação se tornaria uma interpretação autêntica, pois ela cria direito (ainda que fora, aparentemente, da moldura semântica do dispositivo) (Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 391, 394 e 395). A tese de discricionariedade da interpretação é defendida também pela Jurisprudência Sociológica norte-americana, que teve como um dos precursores o *Justice* Oliver Wendell Holmes Jr, a quem se atribui a seguinte frase: “The prophecies of what the court will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by de the law”; ou, conforme notas fornecidas pela própria tradutora da citação: “As previsões sobre o que os tribunais

Se o administrador, nos casos em que a lei faculta a discricionariedade, deve escolher aquela opção que melhor atenda ao interesse público, o juiz, diante de uma regra cuja redação permite a obtenção de interpretações que levará a soluções diametralmente opostas, deve decidir pela interpretação que, de um lado, atente ao direito como integridade e, de outro, lhe apresente como a mais correta, expondo porque uma interpretação é superior a outra.

Aqui, são valiosas as lições de Ronald Dworkin, Pietro Sanchez e outros filósofos do direito, no sentido de que a racionalidade da decisão judicial depende, entre outros elementos, de que sejam observados os princípios da sinceridade, da transparência e da integridade;<sup>249</sup> e a tese de possibilidade de obtenção de (ou necessidade de se buscar) uma única resposta correta em casos difíceis, como um contraponto à discricionariedade da interpretação judicial, comum às concepções positivistas e sociológicas de direito.<sup>250</sup>

---

efetivamente farão, e nada mais pretensioso que isso, são o que entendo por direito”. (HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The path of law*. Apud ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 19 e 158). Um pouco mais a respeito da jurisprudência sociológica norte-americana, sua relação com o realismo jurídico e o pragmatismo jurídico, recomenda-se a leitura de RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44-49 e 73-77. Elival, aliás, na trilha da tradição positivista, qualifica a tese da única resposta correta como um “fetiche” da corrente moralista, composta por autores entre os quais menciona expressamente Robert Alexy e Ronald Dworkin (Confira-se na obra anteriormente citada, p. 51-52)

<sup>249</sup> Luís Pietro Sanches defende que uma justificação racional deve atender, ao menos, dois requisitos: 1) sinceridade e transparência; e 2) ao precedentes ou à *integrity* de Dworkin. Entende-se por sinceridade a exposição de todos os critérios relevantes ao caso, de sua origem e implicações, assim como dos distintos argumentos que permitam inferir a decisão a partir das premissas. Transparência é a necessidade de se utilizar de uma linguagem e uma construção gramatical inteligível e capaz de persuadir. (SANCHÍS, Luis Pietro. *Notas sobre la interpretacion constitucional*. Apud COMANDUCCI, Paolo. *Modelos e interpretación de la constitución*. In: CARBONNEL, Miguel. (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madri: Trotta, 2007, p. 59). Semelhantemente, Dworkin defende a sinceridade e franqueza dos argumentos como um pressuposto indispensável para a leitura moral da Constituição. Para ele, dizer que juízes interpretam a Constituição de modo neutro é uma “suntuosa mendacidade”. Por isso, então, a importância de se admitir que a Constituição permite leituras morais. Todavia, para Dworkin, admitir a tese de que a interpretação da Constituição passa por uma leitura moral não significa aceitar que juízes possam julgar com base em convicções morais meramente relativas ou subjetivas; a tese da interpretação moral da Constituição impõe, pelo contrário, que os juízes demonstrem, de maneira franca e sincera as verdadeiras bases de seus juízos, permitindo ao público participar da discussão de suas decisões. (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15 e 57). A sinceridade é, em certa medida, também uma das regras fundamentais da teoria do discurso prático racional geral de Alexy, que pode ser extraída, em certa medida, de sua regra 1.2. Recapitulando, são regras fundamentais de validade do discurso prático geral: (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se; (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita; (1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes. (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados. (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. de Zilda Zutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: 2011, p. 171).

<sup>250</sup> Dworkin defende que o fato de que nem todos os juízes obtêm a mesma solução para um caso difícil não se deve confundir com a afirmação, comum do positivismo, de que não há respostas corretas em *hard cases*. Para Dworkin, se em um processo judicial duas partes demandam por um bem da vida e seus argumentos sugerem a obtenção – evidentemente – de duas respostas distintas e não se pode chegar a uma conclusão de *non liquet* (ou seja: em que o juiz, não encontrando uma solução clara para o caso, deixe de julgar), deve-se admitir a possibilidade de que, sopesando os argumentos de ambas as partes, assim como da integridade do ordenamento jurídico, é possível chegar a uma resposta mais plausível para aquela lide. Assim, apesar de as decisões de um

Nesse trabalho, defende-se que a tese da obtenção da única resposta correta não significa que, diante de casos difíceis, todos os julgadores chegarão à mesma resposta, e sim que os julgadores devem agir com sinceridade na exposição e análise de todos os argumentos apresentados à causa, bem como devem decidir por aquela solução que *sinceramente* lhes pareça mais correta ao caso, expondo *todos* os argumentos determinantes de sua decisão; ou seja: que os levaram à conclusão de que aquela (e não outra) seria a melhor solução para a lide, respeitando sempre – repita-se – o direito como integridade. Em suma, a tese da única resposta correta não é um procedimento infalível para a obtenção de uma única resposta por diversos magistrados, mas sim um procedimento que possibilitará a cada magistrado a obtenção da resposta que se afigura mais adequada ao caso concreto e possibilitará ao público externo a aferição dos critérios utilizados por cada julgador para que ele chegasse à referida solução.<sup>251</sup>

Defende-se também que, apesar de o juiz não poder invalidar uma lei com base simplesmente em suas próprias convicções morais, religiosas ou políticas, o nível de desenvolvimento do constitucionalismo, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, impõe o rechaço de uma teoria jurídica ou filosófica que atribua como regra de conhecimento o simples ato de uma autoridade, que não atenda a ditames mínimos de conformidade à justiça. Para tanto, é o caso de se admitir que, além de os princípios constitucionais positivarem importantes conteúdos de valor ético (tese comum a algumas correntes positivistas e ao neoconstitucionalismo), a própria juridicidade de regras inseridas na Constituição originária pode ser afastada em casos de extrema incompatibilidade com a moral, conforme lição extraída de Alexy ao aludir à fórmula de Radbruch e à pretensão de correção (moral) do direito<sup>252</sup>.

---

grupo de juízes serem falíveis e talvez nunca seja possível conseguir provar sua correção de modo a convencer toda a plateia (e, em especial, os advogados de cada uma das partes do acerto da decisão), isso não significa que não se possa pedir aos juízes que eles decidam os casos difíceis de acordo com sua melhor capacidade de julgar. No mais, o nível de empate entre os argumentos das partes (entendido por empate quando dado juiz encontra-se igualmente convencido pelos argumentos de ambas as partes sem que nenhum grupo de argumentos se lhe apresente ao menos um pouco melhor do que o outro) tende a diminuir quanto mais aumenta a complexidade do ordenamento jurídico. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 429-446). Lênio Streck, por sua vez, embora inspirado em Dworkin, prefere utilizar a expressão “resposta adequada à Constituição”, que não seria a única, nem a melhor, mas simplesmente uma resposta adequada à Constituição. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 400).

<sup>251</sup> Adota o mesmo entendimento RAMOS NETO, Newton Pereira. *A função jurisdicional como prática (re)construtiva: é possível um sistema efetivo sem riscos?* No prelo.

<sup>252</sup> Alexy leciona que Radbruch, conquanto tenha sido adepto do positivismo antes da tomada de poder pelo nacional-socialismo, mudou radicalmente de posição após a Segunda Guerra Mundial, o que o levou a incluir no conceito de direito elementos de conteúdo moral, mediante aquilo que alguns autores denominam de “fórmula de Radbruch”. De acordo com a referida fórmula, uma norma específica de dado sistema jurídico (vale dizer: criada

Todavia, na trilha de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, defende-se que não há, na atual Constituição da República Federativa do Brasil, regra jurídica que seja de extrema injustiça, a ponto de ser considerada um “não-direito”, tal como preconiza a tese de Radbruch.<sup>253</sup> Isso decorre, entre outras razões, pelo caráter democrático da Constituição de 1988. Como leciona Otto Bachof, é quase impossível uma Assembleia Nacional Constituinte, eleita de forma democrática, elaborar aquilo que ele chama de “normas constitucionais inconstitucionais”.<sup>254</sup> Contudo, para o jurista alemão, a probabilidade de ocorrência de normas desse jaez aumenta significativamente em períodos de mudança política radical ou quando a

---

mediante a atuação de uma instituição que tem autoridade para editar normas jurídicas válidas) pode perder o seu caráter jurídico se o seu enunciado albergar uma situação de extrema injustiça. Ou seja: além dos elementos *legalidade e eficácia social*, comuns a boa parte dos conceitos positivistas, é inserido um terceiro elemento no conceito de direito, relacionado à *correção material*, o qual impõe o afastamento da juridicidade de dada norma jurídica em casos de extrema injustiça. Alexy denomina a referida proposta de “tese da fraca vinculação” entre direito e moral. Esclarece que não é qualquer grau de injustiça que faz com que a norma perca o seu caráter jurídico; e, assim, antecipa a resposta à arguta objeção de Luigi Ferrajoli, já mencionada acima, no sentido de que as Constituições compromissárias podem acabar prevendo normas constitucionais em certas medidas injustas, mas que, devido ao seu processo de criação, não devem ter sua validade questionada; de acordo com Alexy (e Radbruch), não é qualquer injustiça que fará com que a norma constitucional e infraconstitucional deixe de ser jurídica; somente deixarão de ser jurídicas normas cuja injustiça atinja um grau insustentável. Como exemplo de referida norma, Alexy menciona artigo 11 da “Lei de Cidadania” do Reich, de 25 de novembro de 1941, que declarava a perda de nacionalidade de judeus que emigrassem da Alemanha. (ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 7-9, 15-16, 26-27, 34-35, 48-49 e 55-58). Apesar de, no exemplo fornecido por Alexy, o caso não ser de difícil solução para as Constituições que prevêm o direito à igualdade, a tese de Alexy (e de Radbruch) parece ser de todo interessante para os casos em que a injustiça extrema está consagrada em uma norma originária da própria Constituição (como seria, por exemplo, a autorização da escravidão contida na Constituição originária dos Estados Unidos) ou então quando, apesar da extrema injustiça de uma norma infraconstitucional, não seria possível detectar aparentemente uma ofensa direta a um princípio consagrado expressamente na Constituição.

<sup>253</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira; e SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 504 e 505. Na dicção de Sarmento, seriam evidentemente injustas e corresponderiam a um “não-direito” normas que, mesmo introduzidas na Constituição originária (emanação do Poder Constituinte originário), acolhessem a escravidão ou determinassem a tortura de prisioneiros.

<sup>254</sup> Para Bachof, existem alguns reclamos de justiça que o direito deve observar, tais como: “o respeito e proteção da vida humana e da dignidade do homem, a proibição da degradação do homem num objecto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a exigência da igualdade de tratamento e a proibição do arbítrio”. Se a norma decorrente da “livre decisão do de vontade do *pouvoir constituant*” (norma constitucional em sentido formal) for incompatível com o direito supralegal ou com norma constitucional de grau superior (direito supralegal positivado na Constituição), a norma constitucional formal deve ser declarada inválida pelo órgão que tem competência para a guarda da Constituição. (Cf. BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Trad. de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009, p. 2-3, 38-40, 54-57 e 62-64). Nesse ponto, é oportuno registrar que a tese da possibilidade de decretação de inconstitucionalidade das normas constitucionais originárias possui uma diferença fundamental em relação à fórmula de Radbruch; enquanto Bachof trabalha no plano da validade da norma contrária à obrigatoriedade mínima do direito para com a justiça, Radbruch trabalha a correção da norma no plano da existência, recusando, assim, não apenas a validade, mas a própria juridicidade da norma. Acrescente-se, por fim, que o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, afastou expressamente a tese das “normas constitucionais inconstitucionais” no que se refere às normas da Constituição originária. Confirmam-se: ADI nº 4097 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2008, DJe-211 de 06/11/2008 PUBLIC 07-11-2009 (pretensão inconstitucionalidade da inelegibilidade do analfabeto) e ADI nº 815, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ de 10/05/1996 (inconstitucionalidade dos artigos 45, §1º e 2º da CF: número máximo de deputados federais de estado-membro).

Constituição é outorgada.<sup>255</sup> A Constituição brasileira é essencialmente democrática, porquanto fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte eleita pelo povo, em que houve, no mais, intensa participação popular, antes e durante o processo de elaboração e promulgação da Constituição.<sup>256</sup>

De outra banda, não há espaço para a tese de protagonismo do Poder Judiciário, no sentido de que a função jurisdicional é superior à do Poder Legislativo. Supremacia judicial não se confunde com protagonismo judicial.

A tradição comprova que, em certos casos, ainda que determinada decisão judicial seja acertada, sua implementação pode vir a depender de intensa atuação do Poder Legislativo e Poder Executivo. Tese perfilhada não apenas pelos adeptos da Teoria do Diálogo, mas também por aqueles que defendem a superioridade do *judicial review* sobre outros métodos de controle de constitucionalidade.

O caso *Brown*<sup>257</sup> e o fim da doutrina da segregação racial são bons exemplos disso. Demorou-se mais de uma década desde a prolação do primeiro precedente que pôs fim à doutrina da segregação racial nas escolas até a efetiva implementação da integração racial, com mudanças radicais no sistema do preenchimento de vagas nas escolas públicas e transporte dos estudantes, sendo imprescindível, nesse contexto, a atuação do Poder Legislativo, sobretudo mediante a ameaça de suspensão de repasse de recursos para os distritos que insistissem na segregação.

Ainda quanto à tese de protagonismo judicial, o Poder Judiciário não é criador de políticas públicas em sentido amplo, mas sim concretizador de políticas já existentes, previstas na Constituição ou nas leis ordinárias. O Poder Judiciário tem não capacidade para criar ou regular políticas públicas complexas, como, p. ex., a Política Nacional de Educação ou o Sistema Único de Saúde. Todavia, pode assumir importante papel na implementação e

---

<sup>255</sup> BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Trad. de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009, p. 3 e 4.

<sup>256</sup> A participação popular foi um dos traços mais marcantes da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Estima-se que, durante os trabalhos da Constituinte, cerca de dez mil pessoas transitavam diariamente no Congresso Nacional, representando os mais variados grupos sociais. Além disso, as 24 subcomissões temáticas (3 para cada comissão) eram regimentalmente obrigadas a realizar entre 5 e 8 audiências públicas, em que foram ouvidos Ministros de Estado, lideranças empresariais e sindicais, intelectuais, associações de moradores, entidades feministas e de defesa dos homossexuais, representantes do movimento negro, ONGs ambientalistas, indígenas, empregadas domésticas, meninos de rua etc. Por fim, acrescenta-se a possibilidade de participação da população mediante a apresentação de emendas populares, que constassem com 30 mil assinaturas. Foram apresentadas 122 emendas dessa espécie, reunindo mais de 12 milhões de assinaturas. Das 122 emendas, 83 foram admitidas, por atenderem aos requisitos regimentais. (Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; e SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 164-166).

<sup>257</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

concretização de tais políticas, principalmente nos casos em que há uma lacuna entre o regulado e o efetivamente concretizado; ou quando o Administrador não vem garantindo um mínimo de efetividade à referida política pública.

Ressalte-se também que não pode o Poder Legislativo estar vinculado aos motivos determinantes de uma decisão (fundamentos erigidos pela declaração de inconstitucionalidade de determinada lei), sob pena de engessamento do sistema constitucional. Se o Poder Legislativo pode errar em seu mister de editar leis conforme a Constituição, o Poder Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal, pode equivocarse ao declarar a inconstitucionalidade de determinada lei ou emenda constitucional, no exercício da função de interpretar a Constituição.

Isso não significa, todavia, que o único caminho para se obter a revisão de eventuais decisões equivocadas da Suprema Corte seja a via do diálogo institucionalizado, tal como propõe a Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011.<sup>258</sup>

A referida emenda possui vantagens e desvantagens. De um lado, possibilita um maior engajamento do próprio colégio de eleitores na discussão de questões constitucionais decididas pelo Parlamento e pelo Supremo, fortalecendo o processo democrático e a responsabilidade do eleitorado pelas decisões que toma. Por outro lado, pode vir a flexibilizar a existência de um núcleo irreformável da Constituição (artigo 60, §4, CR), ou de uma constituição fundamentalista,<sup>259</sup> que é colocado a salvo das maiorias ocasionais. No mais, a

---

<sup>258</sup> Art. 102. (...)

§2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

<sup>259</sup> O conceito de constituição fundamentalista é inspirado em “Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional” de Bruce Ackerman. O constitucionalista defende a existência de três modelos de Constituições ou de Democracias: monistas, dualistas e fundamentalistas. Segundo Ackerman, o modelo monista corresponde ao constitucionalismo inglês, em que os vencedores das últimas eleições têm autoridade para criar leis sem que sua validade venha a ser questionada pelo Poder Judiciário. No modelo dualista, admite-se que o Poder Judiciário exerça um papel contra-majoritário de declaração de inconstitucionalidade de leis (*judicial review*); porém, os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição (*Bill of Rights*) não estão a salvo do poder de revisão formal da Constituição. Segundo Ackerman, neste modelo, não cabe ao Poder Judiciário declarar a invalidade de emendas constitucionais, ainda que estas sejam “moralmente desastrosas”. Como um exemplo desse limite à atuação da função jurisdicional, Ackerman menciona hipoteticamente um projeto de alteração da Primeira Emenda Constitucional norte-americana que, com imenso apoio popular, pusesse fim à liberdade de religião e erigisse o cristianismo como religião única e oficial nos Estados Unidos. Para Ackerman, a Constituição norte-americana seria, antes de tudo, democrática e, após, asseguradora de direitos, por isso a possibilidade de uma emenda desse jaez. Por fim, no modelo “fundamentalista de direitos”, adotado pela Alemanha (e Brasil), existe um determinado rol de direitos que é colocado a salvo do poder de revisão formal da

única experiência parecida do constitucionalismo brasileiro remonta à Constituição de 1937, a mais autoritária constituição republicana elaborada no País.<sup>260</sup>

O fato é que, adotada uma ou outra opção política, não haverá maiores prejuízos para a democracia ou para a proteção dos direitos fundamentais se se entender que a última palavra na declaração de determinada emenda constitucional é sempre uma palavra provisória (e não definitiva) e que as chances de acerto aumentam quando não uma, mas diversas instituições assumem a responsabilidade de participar de maneira ativa na promoção de direitos fundamentais.

Ainda que não adotado o diálogo institucionalizado pela EC nº 33/2011, mesmo declarada a inconstitucionalidade de uma proposta à emenda à Constituição, a questão pode ser novamente levada ao Poder Judiciário (em outra emenda) e, a partir de novos elementos trazidos ao debate, pode o Poder Judiciário rever seu posicionamento, declarando a constitucionalidade de regramento semelhante ao anterior que declarara inconstitucional.

A aprovação da PEC, por outro lado, não é razão para desespero por parte de juristas comprometidos com a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais ou com a proibição de retrocesso. Eventuais excessos do Poder Legislativo ou mesmo das maiorias ocasionais sempre poderão ser corrigidos mediante a interpretação da Constituição feita pelo Poder Judiciário em relação à emenda constitucional que foi mantida, mesmo que não caiba mais ao referido Poder a última palavra provisória a respeito da declaração de inconstitucionalidade das propostas de emenda à Constituição. Se o futuro mostrar desacerto do Poder Legislativo e do colégio de eleitores na manutenção da emenda inicialmente declarada inconstitucional, os efeitos deletérios de tais erros poderão ser corrigidos pelo Poder Judiciário mediante a interpretação da Emenda à Constituição, ainda que aprovado o procedimento revisional previsto na PEC.

---

Constituição, o qual não pode ser afastado sequer mediante a atuação da vontade popular. (ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 9-21).

<sup>260</sup> Conforme norma contida no artigo 96, parágrafo único, da Constituição de 1937, se declarada a inconstitucionalidade de lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, promoção ou defesa do interesse nacional, poderia o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento que, confirmando a decisão pelo voto de 2/3 (dois terços) de seus membros, tornaria sem efeito a decisão do Tribunal. Como nunca foi realizado o plebiscito de aprovação da Constituição de 1937, previsto no artigo 187 da Carta, o Congresso Nacional não chegou a ser eleito e, assim, o Presidente da República exercia sozinho as competências que seriam próprias do Poder Legislativo da União, mediante a edição de decretos-lei (artigo 180). Com fundamento nas supramencionadas autorizações constitucionais, Getúlio Vargas, em 1939 (Decreto-lei nº 1.564/1939), cassou uma decisão do STF que declarara a inconstitucionalidade de outro decreto-lei da lavra do Presidente. (Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; e SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 126 e 127)

Possuem acerto as afirmações de Conrado Hübner Mendes, no sentido de que: a) a última palavra quanto ao controle de constitucionalidade de leis deve ser entendida como “última palavra provisória”, ou seja referente apenas a determinado ciclo ou rodada de apreciações de constitucionalidade; e b) há nítido fortalecimento do processo democrático quando, após a prolação da última palavra provisória, se permite às instituições participantes do processo de interpretação trazerem novos argumentos que reforcem ou afastem os argumentos anteriormente apresentados por outra instituição.<sup>261</sup>

O Poder Legislativo não apenas pode como deve, semelhantemente ao Poder Judiciário (ou até mesmo com maior intensidade), ter participação ativa (ativismo legislativo) no processo de interpretação e concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

De outro lado, o atual estágio do constitucionalismo não admite uma atitude positivista (exegética ou normativista) de excessiva deferência ao Poder Legislativo, quer mediante a adoção do legiscentrismo, quer mediante a alegação de que o referido Poder, por ser eleito periodicamente, é o mais adequado para refletir os valores do povo. Conforme já demonstrado, o passivismo judicial, na forma de excessiva deferência ao Poder Legislativo, pode ser tão prejudicial à concretização de direitos fundamentais quanto um ativismo imoderado do Poder Judiciário.

Dos argumentos acima apresentados extrai-se uma essencial diferença entre a tese aqui propugnada e aquela adotada por autores que se apresentam como constitucionalistas argumentativos quanto ao principal foco desse trabalho: o ativismo judicial ou jurídico.

A diferença, todavia, é mais uma questão terminológica do que teórica ou metodológica. Tais autores, ao combaterem a discricionariedade judicial, conceituam o ativismo judicial como uma incursão insidiosa do Poder Judiciário no núcleo essencial da função de outros Poderes Estatais. Assim, o exercício do ativismo judicial, por si só, já seria ilegítimo.

Nesse trabalho, todavia, defende-se que, apesar da pouca uniformidade em torno dos diversos conceitos de ativismo judicial, a expressão não deve ser dissociada do sentido que

---

<sup>261</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida no Departamento de Ciência e Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Data da defesa: 03/07/2008. Data da publicação: 22/12/2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em 03/08/2014, p. 206, 214 e 165.

lhe foi atribuído quando de sua “criação” (ou emergência), relacionado ao embate entre os grupos de *Justices* Frankfurter-Jackson *versus* Black-Douglas.

Quando se afirma que o exercício do ativismo judicial pode ser em certa medida sadio, tem-se que “ativismo judicial” não pode significar simplesmente incursão ilícita do Poder Judiciário no núcleo essencial de outros poderes. Significa entender que ativismo judicial e autorrestrição judicial (ou deferência ao Poder Legislativo) são pólos opostos de uma mesma reta, cujos excessos, de um lado ou de outro, podem vir a ser igualmente danosos para a proteção dos direitos fundamentais. Significa reconhecer que o exercício de certa dose de criatividade é ínsito à atividade interpretativa e que uma atuação arrojada e firme do Poder Judiciário no caso de séria afronta a direitos fundamentais não é somente recomendada, como estritamente necessária.

Após essas breves – mas importantes – considerações teóricas, no próximo e último capítulo serão relacionados alguns exemplos de como o referido exercício arrojado da função judicial (ativismo judicial ou jurídico) vem sendo exercido no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição de 1988 e por que se pode dizer que o ativismo aqui praticado diferencia-se do ativismo judicial norte-americano. O referido capítulo tem por propósito também apresentar soluções para dois casos recentes de ativismo judicial da Suprema Corte brasileira: um caso em que o exercício do ativismo judicial foi correto e outro em que, a despeito do acerto no mérito da decisão prolatada pela Corte, o ativismo judicial foi precipitado, devendo ela ter aguardado, em um primeiro momento, a decisão das instâncias representativas.

## 6. UM BREVE PARALELO ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E O ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS

### 6.1 O Supremo Tribunal Federal pós-1988: do passivismo ao ativismo judicial

Embora o Brasil tenha adotado uma Constituição tipicamente neoconstitucionalista em 1988,<sup>262</sup> pode-se dizer que até o ano de 2003 o Supremo Tribunal Federal adotava, nas questões constitucionais difíceis, uma postura de autorrestrição em relação ao Poder Legislativo; segundo alguns autores, em razão da influência da indiscutível capacidade intelectual do Ministro Moreira Alves.<sup>263</sup>

O Ministro Moreira Alves, passando a integrar o Supremo Tribunal Federal em 20/06/1975, aposentou-se apenas em 20/04/2003,<sup>264</sup> exercendo cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal por praticamente 28 (vinte e oito) anos, sendo um dos mais longevos Ministros da Suprema Corte.

O Ministro adotava o dogma kelseniano de que o Supremo Tribunal Federal poderia exercer apenas o papel de “legislador negativo”. Sempre perfilhou a corrente da interpretação estrita e moderada dos textos constitucionais. Defendia a impossibilidade de se declarar a inconstitucionalidade parcial da lei se da decisão resultasse uma inversão clara do sentido da lei: para Moreira Alves, ou se declarava a inconstitucionalidade total da lei, ou a ação não poderia ser conhecida por sua impossibilidade jurídica (*e. g.*, ADI-MC nº 896, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 16/02/1996).<sup>265</sup>

Quanto à interpretação conforme da constituição, pouco antes da promulgação da Constituição de 1988, no julgamento da Representação nº 1417, realizado em 09/12/1987, asseverou: “se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar

---

<sup>262</sup> Relembre-se, aqui, o conceito fornecido por Miguel Carbonnel, no sentido de que seriam neoconstitucionalistas as constituições que, elaboradas após a Segunda Guerra Mundial e sobretudo a partir da década de setenta do Século XX, “no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes publicos, si no que contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”. Para Carbonnel, seriam exemplos representativos desse tipo de constituições: “la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991” (CARBONNEL, Miguel. *El constitucionalismo en su laberinto*. In: CARBONNEL, Miguel (org). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madri: Trotta, 2007, p. 9-10).

<sup>263</sup> Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. In: In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 545.

<sup>264</sup> Confirma-se quadro com a linha sucessória dos Ministros, disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal, <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 16/07/2014.

<sup>265</sup> Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. In: In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 574 e 575.

o princípio da interpretação conforme a constituição”, que implicaria, segundo o Ministro, em “criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo”.

Moreira Alves opunha-se também ao efeito vinculante nas ações direta de inconstitucionalidade, aceitando apenas o efeito *erga omnes*. Manteve o referido posicionamento mesmo com o advento da EC nº 3/93, afirmando que o efeito vinculante caberia apenas à Ação Declaratória de Constitucionalidade, mas não à Ação Direta de Inconstitucionalidade. Mesmo com a edição da Lei nº 9.868/1998, afirmou que não deveria ser aplicado o efeito vinculante à ADI, sendo inconstitucional o artigo 28, parágrafo único, do supramencionado dispositivo, conforme voto vencido prolatado na Rcl nº 1880, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgada em 07/11/2002.<sup>266</sup>

Mesmo no caso do mandado de injunção – ação em que geralmente se defende que, por expressa previsão legal (artigo 5º, LXXI, da CR), a Corte deveria abandonar o papel de “legislador negativo” –, o Supremo, sob a influência do Ministro Moreira Alves, adotou, de início, uma posição “não-concretista” quanto à referida garantia constitucional, equiparando os efeitos do mandado de injunção aos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; vale dizer: no caso de procedência do pedido, ao invés de se editar uma regra para a referida situação fática, optava-se pela comunicação da mora legislativa ao Congresso Nacional, instando-o a legislar.

Confira-se, nesse sentido, o seguinte excerto da ementa do MI nº 107:

(...) Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5., LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, par-2., da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. (...) (STF, Tribunal Pleno, MI 107 QO, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 23/11/1989, DJ 21/09/1990 p.9782. EMENT Vol. 01595-01. p.1)

Evidentemente, nem sempre a postura autorrestritiva do Ministro Moreira Alves prevaleceu. No julgamento do RMS nº 22.307, julgado em 19/02/1997, por exemplo, a maioria dos Ministros, mesmo com o voto contrário de Moreira Alves, deu interpretação conforme a Constituição, para conceder aos servidores civis a mesma revisão de vencimentos

---

<sup>266</sup> Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. In: In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 583 e 584.

outorgada aos militares, modificando claramente o sentido da lei e a vontade objetivada do legislador.<sup>267</sup>

Em outro julgamento – ADI nº 855, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 01/07/1993 –, o Supremo Tribunal Federal, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Moreira Alves, acolheu a alegação de que lei estadual do Paraná que determinava a pesagem dos botijões de gás à vista do consumidor ofendia o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Apesar da brevidade do voto do Relator, o longo relatório citava expressamente a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, que anos depois se tornaria Ministro da Corte e que, com amparo na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, defendia a técnica de ponderação na jurisdição constitucional. Outra circunstância digna de nota é que o referido julgado foi relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, com quem Moreira Alves travou disputas argumentativas memoráveis.<sup>268</sup>

A postura mais ativista da Suprema Corte nos primeiros anos da Constituição de 1998 era, contudo, excepcionalíssima. A autorrestrição era a regra. Conforme leciona Azevedo Campos, o papel autorrestritivo da Corte era um resquício do regime ditatorial de que havia acabado de sair o país: “comportamento mais adequado à sobrevivência institucional durante os períodos de autoritarismo governamental”.<sup>269</sup>

Com efeito, a história da mudança do número de cadeiras do Supremo Tribunal Federal bem reflete a passagem dos regimes ditatoriais no País. Demonstra também que, durante regimes antidemocráticos, o Poder Judiciário não consegue manter uma postura de enfrentamento do Poder Executivo em longo prazo.

Note-se que a composição da Suprema Corte, em 1891, era de quinze Ministros, mas fora reduzida para onze, em 1931, durante a ditadura Vargas, tendo, no mesmo ano, aumentado para 11 Ministros. A próxima alteração do número de cadeiras na Corte ocorreria durante outra ditadura. Em 1965, o número de Ministros aumentou para dezesseis (AI nº 2, de 1965) e, em seguida, foi reduzido para 11 (AI, nº 6, de 1969), aposentando-se os Ministros

---

<sup>267</sup> Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. In: In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 574 e 575.

<sup>268</sup> Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. In: In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 546.

<sup>269</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. In: In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 544.

Hermes Lima, Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal, Gonçalves Oliveira e Lafayette de Andrade.<sup>270</sup>

A postura institucional do Supremo Tribunal Federal, todavia, mudou significativamente a partir 2003; ano que coincide com a aposentadoria dos últimos Ministros nomeados durante o Governo Militar, mais especificamente: Ministro Moreira Alves, aposentado em 20/04/2003, e Sidney Sanches, aposentado em 27/04/2003.<sup>271</sup>

Após 2003, a Suprema Corte mudou radicalmente de posição em relação a vários temas. No julgamento do MI nº 670, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007, abandonou-se a teoria não-concretista, preconizada pelo Ministro Moreira Alves no MI nº 107, julgado em 23/11/1989, e adotou-se a teoria concretista geral. Teoria segundo a qual, constatada a omissão do Poder Legislativo em editar lei determinada pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal editaria regra que regularia não apenas o caso concreto, mas todas as situações semelhantes.

Não bastasse o entendimento firmado no julgamento do supramencionado mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, acabou superando o dogma do legislador negativo kelseniano, conforme tese amplamente defendida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

É bem verdade que, em alguns julgados, notou-se certa resistência no abandono da conduta autorrestritiva, tão contundentemente defendida pelo Ministro Moreira Alves. Nesse sentido, é ilustrativo o julgamento da ADI nº 3.459, Rel. Min. Marco Aurélio, concluído em 24/08/2005, no qual o Ministro Gilmar Mendes viu sufragada a tese de que o “legislador negativo é também um legislador positivo; (pois) quando se elimina uma alternativa normativa, a rigor se consagra uma outra fórmula”.

No julgado supramencionado, que tratava da declaração de inconstitucionalidade de emenda introduzida pelo Poder Legislativo em lei de reajuste geral a qual delimitava a revisão remuneratória apenas ao Poder Executivo, a maioria dos Ministros entendeu que, se declarada a inconstitucionalidade da expressão “do Poder Executivo”, inserida em um dos artigos da lei, o Supremo estaria substituindo a vontade do Poder Legislativo estadual, ampliando o âmbito

---

<sup>270</sup> Confira-se quadro com a linha sucessória dos Ministros, disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal, <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoMinistroApresentacao&pagina=linhaSucessoria>>. Acesso em 16/07/2014, bem como SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 120.

<sup>271</sup> Confira-se quadro com a linha sucessória dos Ministros, disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal, <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoMinistroApresentacao&pagina=linhaSucessoria>>. Acesso em 16/07/2014.

de aplicação da norma e, assim, estaria atuando positivamente. Com esses fundamentos, o Tribunal resolveu não conhecer a ação.

Na ocasião o Ministro Nelson Jobim, referindo-se a tese adotada pelo Ministro Gilmar Mendes, afirmou que o Ministro pretendia adotar uma espécie de “pan-tribunalismo”, algo como uma “coisa germânica”.

Gilmar Ferreira Mendes continua a insistir, todavia, tanto em sua atuação doutrinária quanto jurisprudencial, que em muitos casos (alguns anteriores, inclusive, à sua atuação como Ministro), a Corte não atentou para os limites, “quase sempre imprecisos”, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a interpretação modificativa dos sentidos impostos pelo legislador.<sup>272</sup>

Cita diversos casos em que o Supremo Tribunal Federal, “a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos”, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na Corte Constitucional italiana, tem denominado de “decisões manipulativas de efeitos aditivos”; o que, segundo ele, teria ocorrido no julgamento das ADIs nºs: 3.324, 3.046, 2.652, 1.946, 2.209, 2.596, 2.332, 2.804, 1.797, 1.668, 1.344, 2.405, 1.105 e 1.127.<sup>273</sup>

Por fim, arremata: é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabará por se livrar do “vetusto dogma do legislador negativo” e “aliar-se-á à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo”.<sup>274</sup>

Para Bernardo Campos, se no Supremo Tribunal Federal brasileiro (pós-1988) o Ministro Moreira era o “campeão” da autorrestrrição; Gilmar Mendes, nomeado em 2002 pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, seria o “campeão” do “ativismo judicial” ou a “quintessência do hodierno ativismo judicial do Supremo”. Mais que isso: o Ministro Gilmar Mendes seria engajado não apenas com teses aparentemente ativistas, mas também com um processo de expansão e concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal, em detrimento do controle difuso de constitucionalidade.<sup>275</sup>

---

<sup>272</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1256.

<sup>273</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1256.

<sup>274</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1257.

<sup>275</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. In: In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 593 e 594.

Concorda-se com Bernardo Campos no que se refere à afirmação de proeminência do Ministro Moreira Alves na corrente autorrestritiva do Supremo Tribunal Federal pós-1988 e quanto à constatação de que o Ministro Gilmar Mendes vem adotando um papel de ativismo judicial e de preferência à concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal.

Como exemplos de preferência pela concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal, citem-se a participação ativa do constitucionalista, antes mesmo de seu ingresso no Supremo Tribunal Federal, no processo de elaboração das Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999, bem como entendimento por ele adotado em relação à amplitude do uso do instituto da reclamação constitucional.<sup>276</sup>

Todavia, discorda-se da afirmação de que o Ministro Gilmar Mendes possui posição de proeminência em relação a outros Ministros que lhe são (ou lhe foram) contemporâneos, no que se refere à adoção do ativismo judicial. Na verdade, na atual composição da Suprema Corte, é difícil dizer qual Ministro ganharia, para utilizar uma expressão de Arthur Schlesinger Jr., “o troféu de campeão do ativismo judicial”.

Nesse sentido, cite-se, por exemplo, o entendimento do Ministro Celso de Mello quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, em sua memorável decisão proferida na ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello, cautelar deferida em 29.4.2004; julgado em que houve, inclusive, inovação da jurisprudência da Corte quanto ao controle de constitucionalidade de leis orçamentárias (a ação versava sobre a inconstitucionalidade de veto do Presidente da República a dispositivo que previa custeio mínimo de ações destinadas à saúde em lei orçamentária anual).

Citem-se, também, os votos dos Ministros Carlos Ayres Britto e Joaquim Barbosa (esse último apontado por Carlos Alexandre Campos como, “sem dúvida, o maior opositor às propostas ativistas de Gilmar Mendes”<sup>277</sup>) no julgamento da ADPF nº 144, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 06/08/2008. Nessa ação, a Associação de Magistrados Brasileira pretendia, mediante a declaração de inconstitucionalidade da expressão “com sentença transitada em julgado”, contida na redação original do artigo 1º, I, “e”, da Lei Complementar nº 64, de

---

<sup>276</sup> Confira-se, nesse sentido, o posicionamento adotado pelo Ministro no julgamento das Reclamações nºs 2138, Relator para o acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgada em 13/06/2007 (tese de incompetência da justiça federal de primeiro grau para julgar ação de improbidade contra Ministro de Estado), e 4.335, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgada em 20/03/2014 (possibilidade de utilização da reclamação para garantir entendimento firmado pelo Supremo em decisão do sistema difuso de constitucionalidade, mesmo quando o precedente não veicular hipótese de repercussão geral ou súmula vinculante).

<sup>277</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. In: In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 582.

18/05/1990 (antes da modificação introduzida pela Lei Complementar nº 135/2010, alcunhada de “Lei da Ficha Limpa”), criar nova hipótese de inelegibilidade de agentes políticos, para os casos em que, apesar de condenação criminal, não houvesse sentença transitada em julgado.

De todo modo, a mudança de postura do ativismo da Suprema Corte não decorre simplesmente da mudança de perfil dos integrantes do Tribunal. Mais do que isso, o ativismo na Suprema Corte pós-2003 guarda raízes mais profundas, qual seja: na crise de representatividade entre eleitores e agentes políticos eleitos e na omissão do Poder Legislativo em regular questões polêmicas.

## **6.2 A essencial diferença entre o ativismo brasileiro e o ativismo norte-americano: passivismo *versus* ativismo do Poder Legislativo**

Enquanto o estudo dos julgados da Suprema Corte, realizado no capítulo quarto da presente dissertação, demonstra que o ativismo judicial da Suprema Corte, via de regra, tinha por propósito a contenção do ativismo do Poder Legislativo – sendo algumas das poucas exceções os casos *Miranda* e *Brown versus Board of Education*, em que o ativismo judicial da Suprema Corte teria partido da omissão do Poder Legislativo –, no Brasil, ocorre inverso.

Nesse sentido, note-se que, em boa parte dos principais casos apontados como ativismo da Suprema Corte brasileira e, em especial, as questões de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas e na judicialização da política, verifica-se que o ativismo judicial decorreu da inércia dos demais poderes constituídos, em especial do Poder Legislativo. Nesse sentido, confirmam-se:

a) ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello, cautelar deferida em 29/04/2004: legitimidade de intervenção do Poder Judiciário em Políticas Públicas (veto do Presidente da República a dispositivo que previa custeio mínimo de ações destinadas à saúde em lei orçamentária anual); tal precedente geralmente é invocado em ações que tratam do fornecimento de tratamento médico ou garantia de educação básica à população carente;

b) MI nº 670, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 25/10/2007, em que superada a doutrina não-concretista do mandado de injunção e adotada a doutrina concretista (geral), segundo a qual o Supremo Tribunal Federal, diante da inércia do Poder Legislativo, deveria editar a norma que regularia o exercício da cidadania; o caso tratava especificamente do direito de greve dos servidores públicos (artigo 37, VII, da Constituição da República).

c) ADPF nº 144, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 06/08/2008: tentativa (frustrada) de criação de hipótese de inelegibilidade para réus com condenação criminal não transitada em julgado (o não acolhimento da referida proposta de ativismo judicial resultou na

elaboração da Lei da Ficha Limpa – Lei Complementar nº 135, de 04/06/2010, decorrente do processo constitucional de iniciativa popular);

d) Súmula Vinculante nº 13, publicada em 29/08/2008: proibição de contratação de parentes, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, da autoridade nomeante; e ADC nº 12, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgada em 20/08/2009: declaração de constitucionalidade de resolução do CNJ – órgão do Poder Judiciário – que dispunha sobre a proibição de contratação de parentes até o terceiro grau, para cargos de comissão ou função gratificada;

e) ADI nº 3.999, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgada em 12/11/2008, e MS nºs 26.602, 26.603 e 26.604, Relatores Min. Eros Grau, Celso de Mello e Carmen Lúcia, julgados em 04/10/2007: declaração de constitucionalidade de resoluções do TSE que regiam o processo e o julgamento de perda do mandato parlamentar na hipótese de desfiliação partidária;

f) ADI nº 4.277 e ADPF nº 132, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgadas em 05/05/2011: interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil (e mutação constitucional da interpretação do artigo 226, §3º, da CR), para reconhecer a pessoas do mesmo sexo (união homoafetiva) o regramento infraconstitucional da união estável;

g) ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 12/04/2012: interrupção da gravidez de fetos anencéfalos; o que, para alguns, representava a inclusão de uma nova causa de exclusão do crime de aborto no artigo 128 do Código Penal;

h) AP nº 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa (atual: Relator Min. Roberto Barroso), julgamentos de 17/12/2012 e 04/09/2013, AP nº 565, Rel. Ministra Carmen Lúcia, julgada em 08/08/2013, e AP nº 396, Rel. Ministra Carmen Lúcia, questão de ordem julgada em 26/06/2013, no que pertine à cassação de mandato dos parlamentares após o trânsito em julgado da ação criminal, em virtude da regra extraída dos artigos 55, VI, c/c §2º, c/c 15, III, da Constituição; e

i) Rcl nº 4.335, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgada em 20/03/2014, em que discutida a tese de aplicação mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição da República (suspensão de eficácia, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal) em julgados do sistema de controle difuso; o caso tratava especificamente de possibilidade de reclamação constitucional em caso de ofensa ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23/02/2006.

Boa parte dos referidos casos, se não todos, decorrem, em certa medida, da inércia do Poder Legislativo em editar normas de eficácia geral que atendam a específicos reclamos sociais.

Por essa razão, defende-se que a principal razão do incremento do ativismo da Suprema Corte brasileira, mais do que o perfil ativista de alguns Ministros que fazem e fizeram parte de sua composição, parece ser a inércia do Congresso Nacional em legislar temas polêmicos.

Aliás, passadas mais de duas décadas promulgação da Constituição, indaga-se se o próprio Ministro Moreira Alves, indicado como o melhor representante da filosofia da autocontenção no âmbito da Suprema Corte, manteria o mesmo posicionamento autorrestritivo, que adotara nos primeiros anos após a promulgação da Constituição.

O fato é que passados mais de 25 (vinte e cinco) anos e aprovadas mais de 5 (cinco) mil leis desde a promulgação da Constituição, a lacuna legislativa quanto a determinados temas, tais como o regulamento da greve dos servidores públicos e a aposentadoria especial do referido setor, que possuem “mandado expreso de legislação” (artigo 37, VII e 40, §1º, da CR, em sua redação original, ou 40, §4º, em sua redação atual), somente pode ser explicada pelo interesse do Poder Legislativo em não-legislar.

O interesse em não-legislar, por sua vez, possui diversos fatores, entre eles o distanciamento entre eleitores e os seus representantes eleitos, a repartição de competências legislativas da Constituição brasileira (com preponderância da competência do Legislativo Federal) e o sistema proporcional de votação adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Quanto ao distanciamento entre eleitores e seus representantes, vale a pena mencionar a lição de Mauro Cappelletti, no sentido de que os valores políticos são – muitas vezes – locais, corporativos ou de grupo, do que decorre o declínio de confiança nos parlamentos eleitos, criando-se, então, um déficit na representação, que liga o eleitor ao seu representante escolhido nas urnas. Não bastasse a indiferença do Legislativo a certos reclames sociais, o aparato administrativo, por vezes, é entendido como paternalístico, autoritário e inacessível. Disso decorre um sentimento de impotência e abandono, de “solidão na multidão”, comum à massa dos cidadãos que não participam dos grupos de pressão.<sup>278</sup>

Diante desse quadro de crise de representatividade e ineficiência da Administração Pública, o Poder Judiciário é chamado a intervir; para conter o gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo, e o gigantismo do Poder Legislativo.

---

<sup>278</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 45 e 46.

Com base nessas constatações, o mestre italiano conclama os juízes a abandonarem a concepção tradicional, típica do século XIX, de limitação de sua função criativa, e a elevarem-se ao nível dos outros poderes, tornando o Judiciário um “terceiro gigante”, capaz de controlar o “legislador mastodonte” e o “leviatanesco administrador”.<sup>279</sup>

Os fenômenos a que se referem Cappelletti – distanciamento do Poder Legislativo e Executivo e, conseqüentemente, aumento da judicialização – são certamente fenômenos mundiais. Todavia, defende-se que o referido distanciamento do Poder Legislativo (ou déficit de representatividade) possui graus diferentes no Brasil e nos Estados Unidos, principalmente no que se refere à edição de leis polêmicas, mediante o ativismo legislativo.

O primeiro ponto a ser destacado é que o sistema de repartição de competências. O âmbito de matérias sujeitas à apreciação do Poder Legislativo estadual norte-americano é evidentemente maior do que as atribuições dos órgãos legislativos estaduais no Brasil (nos Estados Unidos, p. ex., os governos estaduais legislam sobre direito civil e direito penal; competência que escapa ao poder legislativo estadual brasileiro). Essa concentração maior de competências nos entes menores faz com que o Poder Legislativo nos Estados Unidos seja bem mais ativista em questões polêmicas do que o Poder Legislativo no Brasil, já que, ali, as questões morais positivadas na legislação ordinária refletem, via de regra, valores locais.

O segundo ponto refere-se ao sistema eleitoral nos Estados Unidos. Como sabido, o sistema majoritário ali praticado leva à sobrevivência de poucos candidatos e, conseqüentemente, a poucos partidos, que são facilmente diferenciados quanto a temas relacionados a direitos civis, sociais e matéria tributária. No Brasil, em prestígio ao pluripartidarismo, que seria mais adequado às representações das minorias, adotou-se um sistema proporcional de lista aberta com voto uninominal, em que cada voto é atribuído, ao mesmo tempo, para um candidato e para a legenda que o ajudará a eleger.

No sistema brasileiro, são eleitos os candidatos mais votados dos partidos que ultrapassam o quociente eleitoral, de acordo com o número de vagas conquistadas por cada legenda. Acrescente-se ao original sistema brasileiro, a possibilidade de coalizões entre partidos meramente instrumentais (ou seja: que valem somente enquanto durarem as eleições).

Tal sistema, afinal, faz com que os parlamentares, com raras exceções, evitem firmar posição quanto a temas polêmicos. De um lado, não firmam posição contrária às pretensões da minoria que pretende ter o direito afirmado, pois receiam que a perda de voto dessa

---

<sup>279</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 46 e 47.

minoria lhes seja significativa em eventual disputa eleitoral no futuro; de outro, não firmam posição favorável porque temem que outra minoria, que se opõe à primeira, retire o seu apoio nas urnas. Por causa dessas idiossincrasias do sistema eleitoral brasileiro, talvez não haja melhor oximoro a representar o posicionamento de boa parte dos congressistas em temas polêmicos: “não sou contra nem a favor, muito pelo contrário...”.

Para boa parte dos membros das duas casas do Poder Legislativo federal, mais do que o desinteresse de legislar em relação a certos temas, existe, na verdade, o interesse em não-legislar; evitar temas polêmicos em que a assunção de determinada posição pode afastar parcela de votos do eleitorado que o elegeu. E, no sistema proporcional, onde poucos candidatos ultrapassam o quociente eleitoral, cada voto é importante.

Essa omissão consciente do Poder Legislativo é denominada, por alguns autores, de “delegação estratégica” (de questões polêmicas) ao Poder Judiciário. É bem verdade que o referido fenômeno é mundial, e não apenas brasileiro. Todavia, defende-se que, pelas circunstâncias acima enumeradas (sistema eleitoral e repartição de competências) ela se faz mais presente no Brasil do que nos Estados Unidos. A respeito do tema, Bernardo Abreu de Medeiros chega a afirmar que é quase uma impossibilidade o Poder Legislativo deliberar sobre certas questões, como, *e. g.*, o aborto e a união homoafetiva, que acabarão sendo deixadas para o Poder Judiciário regular.<sup>280</sup>

Ao não legislar sobre dada matéria, o interessado procurará quem puder assegurar a sua pretensão e, nesse aspecto, o Poder Judiciário mostra-se a mais democrática das instituições, porquanto, diferentemente do Poder Legislativo, o julgador não pode aludir à conveniência ou oportunidade de julgar as questões morais que lhe são apresentadas: ou afirma o direito ou nega-o. Por isso que, ao invés de “ativismo judicial”, a expressão “ativismo jurídico”, patenteada por José Cláudio Santana,<sup>281</sup> parece melhor corresponder às características do sistema judicial no Brasil.

Prefere-se a expressão “ativismo jurídico” a ativismo judicial, porquanto a primeira expressão ressalta o princípio da inércia do Poder Judiciário, dando devido crédito aos demais operadores do Direito – defensores públicos, advogados, membros do Ministério Público etc.

---

<sup>280</sup> Cf. MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Bahia: Juspodivm, 2011, p. 535.

<sup>281</sup> A respeito do tema, confirmam-se as seguintes conferências, proferidas pelo jurista: “Constituição: entre o contratado e o desejado”; “A Constituição de ontem ou de hoje: o que nos revela o futuro? Os 400 anos das Leis Fundamentais do Maranhão”; “República complacente ou monarquia relutante: a constituição fragilizada”, extraídas de <<http://claudiopavao.blogspot.com.br>>. Acesso em 14/11/2012.

– corresponsáveis pela concretização dos direitos e garantias fundamentais e pela criação “judicial” do direito.

Aliás, considerado o grande volume de demandas que são levadas ao Poder Judiciário – principalmente nos Juizados Especiais em que a ausência de condenação de honorários na primeira instância e a gratuidade da justiça são fatores que afastam eventual inibição no ajuizamento das demandas –, os juízes atuam, geralmente, mais como limitadores do ativismo exagerado de outros operadores do Direito do que como os protagonistas do ativismo judicial (ou jurídico).

Os momentos de aprovação das Constituições dos Estados Unidos e no Brasil levam também a importantes diferenças entre o ativismo praticado nos dois países.

No caso norte-americano, o recurso à tese da leitura moral da Constituição<sup>282</sup> é praticamente uma necessidade. Dado o significativo tempo de promulgação da Constituição dos Estados Unidos (que possui mais de duzentos e trinta anos) e seu difícil processo de emenda constitucional, de extrema rigidez, que coloca a vontade de emendar à mercê das contingências representacionais dos estados-membros, a leitura moral da Constituição possibilita que o referido diploma seja adaptado à realidade social norte-americana gradualmente, podendo eventuais excessos cometidos pelo legislador ordinário e afastando concepções morais dos pais fundadores já abandonadas pela sociedade contemporânea.

No caso brasileiro, todavia, a situação é bem diferente. É que, não bastasse a Constituição da República Federativa do Brasil ser bem mais fácil de emendar do que a Constituição Norte-Americana, a jovialidade da Constituição de 1988 resulta em pouca divergência entre os valores erigidos pelos constituintes e a atual sociedade brasileira. De modo que, no Brasil, o recurso à leitura moral da constituição para combater a interpretação textual ou originalista da Constituição de 1988 parece ser bastante excepcional.

---

<sup>282</sup> Entende-se por leitura moral da Constituição, aqui, a tese de que os princípios abstratos consagrados pelos constituintes veiculam valores morais que fornecem soluções para determinados problemas concretos que, se fossem cogitados pelos próprios constituintes, talvez eles mesmos chegassem a soluções diametralmente opostas àquelas cuja interpretação contemporânea de tais princípios sugerem. É o que leciona Dworkin quando, opondo-se à leitura originalista da Constituição, afirma que “a leitura moral insiste em que eles (leiam-se os pais fundadores) não chegaram a compreender plenamente o princípio moral que eles mesmos impuseram na forma de lei”, porquanto nada obstante tenham consagrado, por exemplo, o princípio da igual proteção, eles mesmos praticavam a segregação nas escolas; e também quando afirma que “somos governados pelo que nossos legisladores disseram – pelos princípios que declararam – e não por quaisquer informações acerca de como eles mesmos teriam interpretado esses princípios ou os teriam aplicado em casos concretos” (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 10, 20 e 15).

### 6.3 Um ativismo judicial acertado: a vedação de tratamento discriminatório às uniões homoafetivas

Um bom exemplo da necessidade excepcional de utilização da tese da leitura moral da constituição no contexto brasileiro estaria no conceito de união estável adotada pela Constituição. A referência expressa a homem e mulher no artigo 226, §3º, da Constituição parece demonstrar a tese de que os constituintes não pretendiam assegurar os mesmos benefícios das uniões estáveis entre homens e mulheres às uniões homoafetivas, ainda que estas estivessem dotadas do requisito da estabilidade; ou, se os constituintes não tinham por propósito negar aos homossexuais alguns dos benefícios das uniões estáveis, pareciam não admitir que as uniões homoafetivas e heteroafetivas pudessem ser disciplinadas pelo mesmo diploma normativo ou receber a mesma designação (uniões estáveis).

Como leciona Newton Pereira Ramos – em crítica, inclusive, ao posicionamento de Lênio Streck, que, apesar de adotar algumas das teses defendidas por Ronald Dworkin, chega a solução diversa<sup>283</sup> –, a atribuição de regime diferenciado às uniões homossexuais não mais atende aos reclamos da atual sociedade brasileira, de maneira que não deve o intérprete da Constituição ficar preso à literalidade de seu texto.<sup>284</sup>

Assiste razão ao jurista maranhense. Combinado o princípio da vedação à tratamento discriminatório à tese da leitura moral da Constituição, chega-se à conclusão de que a melhor interpretação do artigo 226, §3º, da Constituição é aquela que não exclui os homossexuais do rol de benefícios do corpo social assegurados aos heterossexuais. Isso porque, na elaboração da Lei Fundamental, os constituintes erigiram determinadas cláusulas abstratas que não podem ser ignoradas, entre elas a que veda o tratamento discriminatório firmado em critérios de raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação (artigo 3º, IV, da CR). Cláusulas que os constituintes, quando de sua consagração, não tinham a noção exata de sua dimensão e profundidade, principalmente quanto aos desdobramentos que delas se poderia alcançar no futuro.

---

<sup>283</sup> Confira-se o posicionamento de Lênio Streck: “não cabe ao Poder Judiciário ‘colmatar lacunas’ do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário ‘crie’ uma Constituição ‘paralela’, estabelecendo, a partir da subjetividade assujeitadora de seus integrantes, aquilo que ‘indevidadamente’ – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. A resolução das querelas relativas às uniões homoafetivas deve ser feita – enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária (a exemplo do que ocorre na Espanha) – no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito de família. Há limites hermenêuticos a que o Judiciário se transforme em legislador, o que, entretanto, não foi levado em conta por ocasião da análise da ADIn 4277 e ADPF 132.” (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 265).

<sup>284</sup> Cf. RAMOS NETO, Newton Pereira. *A função jurisdicional como prática (re)construtiva: é possível um sistema efetivo sem riscos?* No prelo.

Dessa maneira, ainda que se diga que a intenção original dos constituintes era – aparentemente – discriminar as uniões homoafetivas, conferindo-lhes tratamento diferente das uniões heterossexuais, não é mais possível proceder a tal discriminação, haja vista a impossibilidade de se conferir tratamento diferenciado às uniões formadas entre pessoas adultas e capazes, pela simples circunstância da orientação sexual de tais pessoas.

Observa-se, todavia, que no Brasil a regra não é a divergência entre os valores abraçados pelos constituintes e a aqueles vigentes na atual sociedade brasileira. O caso das uniões homoafetivas seria uma exceção à regra. Na dicção *jeffersoniana*, a Constituição do Brasil ainda estaria dentro do prazo de validade<sup>285</sup> (ainda que se admita que as sociedades atuais mudam com mais velocidade do que as sociedades do final do Século XVIII). Pelo contrário, o grosso do ativismo judicial no Brasil verifica-se não pela incompatibilidade entre os valores existentes quando da promulgação da Constituição e aqueles vigentes na época atual, mas sim pela compatibilidade entre os valores de antes e de agora, os quais se encontram pendentes de implementação, em decorrência da inação do legislador ordinário.

A diferença de postura entre os congressistas brasileiros e os legisladores norte-americanos é uma das razões porque o ativismo judicial é visto geralmente com um viés negativo nos Estados Unidos, enquanto no Brasil, é visto, via de regra, com um viés positivo. Ali, é comum dizer-se que, mediante o ativismo, o Poder Judiciário está usurpando uma função que pertenceria ao Poder Legislativo; aqui, entende-se que o Poder Judiciário está assumindo tarefas que, de início, caberiam ao legislador, mas que, por não serem realizadas a tempo e modo, os juízes acabam trazendo para si a responsabilidade de implementar.<sup>286</sup>

---

<sup>285</sup> Thomas Jefferson e os revolucionários da Revolução Francesa defendiam que as constituições deveriam ter vida breve; 34 anos, segundo o *founding father* norte-americano; e 20 anos de acordo com os revolucionários franceses; o que permitiria que cada geração se re-constitucionalizasse e impediria que uma geração sujeitasse, “absurda e tiranicamente”, as gerações futuras. (Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces constitucionales*. Trad. de Miguel Carbonnel. In: CARBONNEL, Miguel. (org). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madri: Trotta, 2007, p. 98).

<sup>286</sup> Conrado Hübner Mendes chega a afirmar que, em quatro contextos comuns de ativismo judicial: 1) omissão do legislador; 2) ativismo legislativo sem grande consistência deliberativa; 3) ativismo legislativo com grande consistência deliberativa; e 4) análise de constitucionalidade de lei antiga. Após a apresentação dos quatro contextos de ativismo judicial, arremata que, exceto no terceiro caso (ativismo legislativo com grande consistência deliberativa), a Corte não encontrará muita resistência no exercício do ativismo judicial. (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida no Departamento de Ciência e Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Data da defesa: 03/07/2008. Data da publicação: 22/12/2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em: 03/08/2014, p. 208 e 209).

#### **6.4 Um ativismo judicial precipitado: a cassação do mandato dos parlamentares no bojo da ação penal condenatória; o que se pode aprender com a recente história democrática brasileira e a lição de *Carolene Products*?**

Questiona-se, todavia, até que ponto tal paternalismo do Poder Judiciário, no Brasil, seria vantajoso para o fortalecimento das instituições democráticas e para diminuir o déficit de responsabilidade entre os representantes eleitos e o verdadeiro detentor da soberania, principalmente nos casos em que – tecnicamente – a decisão da Corte não gera nenhum benefício direto para a otimização de algum direito fundamental previsto na Constituição, sobretudo direitos que tenham sido alijados de certo grupo de cidadãos, por inação do Poder Legislativo.

Explica-se tal questionamento com um recente exemplo, abordado na introdução desse trabalho: a cassação do mandato dos parlamentares condenados pelo “mensalão”; caso em que a pretexto de assegurar uma maior moralidade no exercício do mandato eletivo, o Supremo chegou a solução diversa da literalidade do dispositivo constitucional, mas do qual não resultou – aparentemente – em nenhum ganho imediato à proteção das liberdades fundamentais e da igualdade nem na desobstrução de canal de acesso ao poder político.

Na cassação do mandato dos parlamentares condenados pelo “mensalão” (AP nº 470), o Supremo Tribunal Federal, apesar de norma expressa dispondo que a perda do mandato deveria decorrer de deliberação da casa respectiva (artigo 55, VI, c/c §2º, da CR), determinou que a cassação decorresse independentemente da deliberação daquela Casa.

Para além do problema de inobservância da integridade dworkiniana, já que o Supremo Tribunal Federal, em feito semelhante e julgado praticamente no mesmo período (AP nº 565, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgado em 08/08/2013), teria adotado entendimento oposto, tem-se que a decisão do Supremo terminou por dificultar, se não o aperfeiçoamento da Constituição Federal, ao menos uma maior responsabilização dos parlamentares diante de seus eleitores.

De fato, parece existir uma antinomia entre os artigos 55, VI, c/c §2º, c/c 15, III, da Constituição; no mais, pode-se dizer também que os casos de condenação a sanções privativas de liberdade mais elevadas, ensejadoras da fixação de regime fechado ou semiaberto ao parlamentar, consistiriam exceções implícitas (derrotabilidade da regra) à qualquer possibilidade de manutenção do mandato do parlamentar após o trânsito em julgado da ação penal. É também imoral que réus condenados por crimes contra a Administração Pública

continuem a deter o mandato parlamentar, mesmo após o trânsito em julgado da ação penal e, conseqüentemente, a perda de seus direitos políticos.

Todavia, acatada a decisão do Supremo pelo parlamento, a sociedade civil perdeu a oportunidade de demonstrar sua insatisfação em relação a eventual solução que seria dada pela casa legislativa, exercendo a pressão política necessária para a reforma da regra constitucional; pressão essa que já levou a resultados positivos na recente histórica democrática pós-1988. Cite-se, nesse sentido, a EC nº 35, de 20/12/2001, que aboliu a necessidade de autorização da casa respectiva do parlamentar para o início da ação penal, bem como a recusa de realização de ativismo judicial no julgamento da ADPF n. 144, que acabou resultando na edição da Lei da Ficha Limpa, a qual, além de legitimada pelo democrático processo de iniciativa popular, trouxe outras hipóteses de inelegibilidade moralizantes ao acesso dos cargos eletivos, sequer objetivadas na ADPF.

Os parlamentares condenados no julgamento do mensalão deveriam ter o seu mandato cassado? Responde-se afirmativamente. Contudo, o processo de cassação deveria ter observado o artigo 55, VI c/c §2º, da CR; ou seja: mediante votação realizada pelos próprios parlamentares, que poderiam ser legitimamente pressionados pela população. A imposição de tal sanção, já no julgamento da ação penal, sem que sequer haja provocação de eventual parlamentar prejudicado (caso em que, sim, poder-se-ia falar de hipótese de desobstrução dos canais de acesso ao poder político), parece imprópria e de pouca utilidade para o fortalecimento da democracia.

E se a maioria dos parlamentares, mesmo diante da pressão popular, resolvesse não cassar o mandato dos seus pares, o que fazer? 1. Os parlamentares que, no julgamento político, mantivessem os mandatos dos seus confrades, poderiam, nas urnas, sofrer as conseqüências de sua opção política. 2. O titular do Poder Constituinte originário poderia pressionar a supressão ou revisão (pelo menos fim do voto secreto) da regra prevista no artigo 55, VI c/c §2º, da Constituição da República (o que, diga-se de passagem, realmente aconteceu, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 76, de 28/11/2013<sup>287</sup>).

---

<sup>287</sup> Nesse ponto, é de se notar que a proposta de emenda constitucional que ensejou a promulgação da Emenda Constitucional nº 76/2013 (PEC nº 43/2013) foi resultado de diversas manifestações populares decorrentes da manutenção do mandato do parlamentar Natan Donadon, condenado pelo Supremo a pouco mais de 13 (treze) anos de reclusão, no julgamento da AP nº 396, realizado em 28/10/2010. Nesse sentido, confira-se notícia veiculada no sítio do próprio Senado Federal: TORRES, Tércio Ribas. “Histórico da PEC do voto aberto”, extraído de <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/11/26/historico-da-pec-do-voto-aberto>>. Acesso em 07/08/2014. Curiosamente, no referido julgado, o Supremo Tribunal Federal determinou a perda do mandato parlamentar, nos autos da supramencionada ação, no julgamento de questão de ordem decidida em 26/06/2013. Apesar da referida decisão, a Câmara dos Deputados resolveu deliberar acerca da cassação do mandato do referido parlamentar, como lhe assegurava a Constituição. Pautado o processo, em sessão realizada

A nota de rodapé n.º 4 do caso *Carolene Products* parece fornecer uma boa resposta a tais reflexões. Se não se está diante de uma omissão do Poder Legislativo de que decorra imediata afronta a direitos fundamentais, não se vê muita utilidade em uma atitude mais arrojada do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional. Em tais casos, é melhor ao Poder Judiciário persuadir ao invés de obrigar, convencer ao invés de impor, funcionando, assim, como um “professor da cidadania”,<sup>288</sup> deixando que o Poder Legislativo decida e assuma os riscos de suas escolhas. Em certos casos, melhor do que ver o Poder Judiciário erguer-se como um terceiro gigante<sup>289</sup> é avistar o verdadeiro gigante acordar.<sup>290</sup>

---

em 28/08/2013, a Câmara dos Deputados não alcançou quorum suficiente para a cassação e, por essa razão, foi mantido, no julgamento realizado pelo órgão legislativo, o mandato do parlamentar, que já se encontrava preso. O mandato foi finalmente cassado em 12/02/2014, já sob a égide da EC n.º 76/2013, que prevê o voto aberto nos casos de cassação de mandato parlamentar. O ativismo da Câmara dos Deputados, em resposta ao ativismo do Supremo, foi essencial para a mudança do texto constitucional, que abarcou, inclusive, outras hipóteses de supressão do voto secreto. Se simplesmente a Mesa da Câmara dos Deputados tivesse declarado a perda do mandato do parlamentar sem pautar o processo de cassação, em decorrência simplesmente da decisão do Supremo Tribunal Federal, é provável que o voto secreto em tais casos tivesse sobrevivido por mais tempo. Defende-se, assim, que o fator determinante da movimentação popular que ensejou a reforma constitucional não foi o ativismo do Supremo Tribunal Federal, mas sim o ativismo da Câmara dos Deputados, em resposta ao ativismo da Suprema Corte. Outra sorte teria o texto constitucional se, em resposta ao ativismo da Suprema Corte, a Câmara dos Deputados tivesse respondido passivamente. O referido episódio confirma também duas teses de Conrado Mendes Hübner: a primeira, no sentido de que efeitos deletérios decorrentes de eventuais excessos do ativismo judicial podem ser compensados com boas doses de ativismo legislativo; a segunda, no sentido de que a adoção de um modelo de separação de poderes que busque (institucionalmente ou informalmente) um diálogo entre as instituições no lugar de um modelo que adote a tese da palavra final definitiva aumenta a possibilidade de respostas corretas a determinada questão constitucional. E aqui, observa-se que, mesmo tendo ambos os órgãos aparentemente acertado e errado em suas decisões, ao final chegou-se a uma resposta correta, em que o processo democrático de responsabilidade dos representantes eleitos perante o eleitorado saiu fortalecido. A Suprema Corte acertou no mérito, mas errou quanto ao momento de determinar a perda do mandato: a determinação de cassação fora precipitada, pois o ideal seria que a Corte tivesse aguardado, no mínimo, eventual manifestação de algum suplente prejudicado com a ausência de abertura de vaga. A Câmara dos Deputados acertou quanto ao momento de enfrentar a Corte e fazer valer o que estava previsto na Constituição – ativismo do Poder Legislativo –, mas errou quanto ao mérito da decisão, ao manter o mandato do parlamentar. Todavia, apesar dos erros e acertos de ambas as instituições, o diálogo entre as instituições levou a uma resposta positiva (fim do voto secreto), que poderia ter sido obtida, segundo a tese aqui defendida, em um cenário de passivismo inicial da Corte.

<sup>288</sup> Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida no Departamento de Ciência e Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Data da defesa: 03/07/2008. Data da publicação: 22/12/2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em 03/08/2014, p. 104 e 105.

<sup>289</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 49, 13, 103, 112, 116, 133 e 47.

<sup>290</sup> Cf. REIS, Márlon. *O gigante acordado: manifestações, ficha limpa e reforma política*. Rio de Janeiro: LeYa, 2013.

## 7. SÍNTESE CONCLUSIVA

Ao final desta dissertação, chegam-se às seguintes conclusões:

1) A expressão ativismo judicial, desde sua origem, tem se mostrado bastante imprecisa; aparentemente criada por Arthur Schlesinger Jr, seu próprio autor teria se equivocado quanto à classificação dos Ministros da Suprema Corte que se propunha a realizar, entre aqueles que adotariam a filosofia da autocontenção e aqueles que adotariam a postura ativista, no que se refere a políticas públicas erigidas por outros Poderes (Executivo e Legislativo).

2) Apesar de não ter apresentado um conceito de ativismo judicial e do aparente equívoco de Schlesinger Jr na classificação dos Ministros, o pai da expressão foi profético ao abordar, em seu artigo, questões concernentes à dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário (possibilidade de um grupo de agentes públicos não eleitos substituírem políticas públicas erigidas por representantes do povo), bem como possibilidade de admissão de uma postura mais ativista da Suprema Corte em casos relacionados à proteção das liberdades civis.

3) A expressão “ativismo judicial” é plurissignificativa, assumindo um incontável número de significados, quer na doutrina americana, quer na doutrina brasileira, sendo que, no debate norte-americano, geralmente é utilizada com um viés negativo, como um adjetivo depreciativo para dada decisão; todavia, para alguns autores a referida expressão significa simplesmente o exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a questões morais e políticas.

4) Nesse trabalho, prefere-se a utilização de um conceito amplo e neutro (sem proceder a valorações necessariamente negativas) do referido fenômeno, o qual pode ser fornecido com a junção dos conceitos de alguns dos autores estudados: ativismo judicial é uma maneira de agir do Poder Judiciário que consiste na adoção de uma das seguintes posturas: a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (educação, saúde etc.); e d) reconhecimento de competências e atribuições que aparentemente não seriam pertencentes ao Poder Judiciário.

5) Ativismo judicial não se confunde com não-interpretacionismo ou construtivismo; autocontenção não se confunde com defesa da supremacia legislativa, interpretacionismo ou

conservadorismo; de todo modo, ainda que se diga que, no Brasil, não se contesta a supremacia judicial quanto ao controle de constitucionalidade de leis, rico é o debate na academia norte-americana quanto à instituição a quem deve caber a última palavra acerca do controle de constitucionalidade de leis.

6) Mesmo nos países que adotam a supremacia judicial, defende-se que a “última palavra” a respeito do controle de constitucionalidade de leis deve ser entendida como “última palavra provisória”, ou seja: última palavra dentro do ciclo de apreciação da constitucionalidade de dada lei e não deve gerar efeito vinculativo ao legislador.

7) O estudo das condições históricas e sociais de “emergência” do enunciado “ativismo judicial” revela que na oportunidade em que a expressão foi utilizada aparentemente pela primeira vez, em 1947, por Schlesinger Jr, a Corte Suprema era dividida entre *Justices* autorrestritivos e ativistas quanto à proteção das liberdades civis, os quais haviam sido nomeados, em larga medida, pelo Presidente Roosevelt, que se esforçou para conter o ativismo judicial do período anterior, de 1895 a 1937, conhecido como “*Era Lochner*” ou “*Governo dos Juízes*”.

8) O Presidente Roosevelt até 1937 havia enfrentado uma Corte altamente conservadora e ativista, a qual declarara a inconstitucionalidade de diversas leis voltadas à proteção dos trabalhadores e ao pacote de reestruturação econômica proposto pelo Presidente para superar a Grande Depressão de 1929 (*New Deal*); razão pela qual, quando iniciou suas nomeações para a Suprema Corte em 1937, Roosevelt optou por juízes de perfil autorrestritivo quanto a temas relacionados à possibilidade de regulação estatal da economia.

9) A Corte Roosevelt adotou perfil autorrestritivo não apenas em temas relacionados à regulação estatal da economia, mas também em diversas leis vulneradoras às liberdades civis e ao princípio da igualdade, editadas sobretudo para promover os esforços de guerra e à contenção do comunismo (*Red Scare*).

10) Os julgados da Era Lochner e da Corte Roosevelt demonstram que tanto o ativismo judicial (como aquele ocorrido durante o Governo dos Juízes) quanto o excesso de autorrestrrição (ocorrido em alguns julgados durante a Corte Roosevelt) podem ser deletérios à proteção de direitos e garantias fundamentais.

11) Em 1938 a Suprema Corte julgou o caso *United States versus Carolene Products*, em que, afastando a pretensão de inconstitucionalidade de lei federal que proibia o transporte interestadual de leite com óleo vegetal, assentou que o controle mais rigoroso da constitucionalidade de leis deveria ocorrer apenas em leis vulneradoras das liberdades civis

(relacionadas às dez primeiras emendas), dos direitos das minorias ou obstrutoras dos canais de acesso à participação política.

12) A composição do Supremo Tribunal que se seguiu à Corte Roosevelt (Corte Warren) se caracterizou por um perfil ativista e liberal, vocacionado à implementação e fortalecimento das liberdades civis; apesar de seus resultados positivos, durante a Corte Warren (1953 a 1969), o Supremo Tribunal recebeu severas críticas em razão de sua atuação ativista e liberal, tanto pelas instituições formais do Estado, sobretudo a Presidência da República, quanto pela imprensa e doutrina; foi no aludido período em que a expressão “ativismo judicial” ganhou gosto no debate jurídico-acadêmico (artigos de Edward McWhinney) e em que Alexander Bickel publicou sua renomada obra *The Least Dangerous Branch* (O Ramo Menos Perigoso), que se tornou célebre pela consagração da expressão “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário.

13) A Corte que se seguiu à Corte Warren (Corte Burger – 1969-1986) foi uma tentativa fracassada de retorno à autocontenção judicial e ao conservadorismo; a Corte Burger não chegou a revogar explicitamente importantes precedentes da Corte Warren, porém estabeleceu uma série de exceções a tais precedentes, o que, segundo alguns autores estudados, teria colocado em xeque o princípio da segurança jurídica; além disso, em algumas matérias o Tribunal adotou um perfil mais liberal do que aquele perfilhado pela Corte Warren.

14) Enquanto nos Estados Unidos a Suprema Corte vinha exercendo o controle de constitucionalidade desde 1803 e adotava uma postura ativista em relação a leis editadas pelo parlamento desde 1895, nos países de tradição romano-germânica prevalecia uma cultura jurídica *legiscêntrica*, que enxergava a lei como símbolo da vontade geral e sem atribuição de força normativa às constituições para fins de concretização pelo Poder Judiciário; nesse contexto, a Constituição deveria somente servir de inspiração ao Parlamento para elaboração das leis.

15) O quadro de excessiva deferência ao Poder Legislativo mudou significativamente após a Segunda Guerra Mundial nos países da Europa Continental; na Alemanha, p. ex., a experiência obtida durante a guerra demonstrou que as maiorias políticas podiam perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie e, assim, surgiu uma constituição compromissada com a dignidade da pessoa humana e a jurisdição constitucional; o caso Lüth, julgado logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, é emblemático para demonstrar o novo papel assumido pelas Cortes Constitucionais na consagração dos direitos fundamentais e na releitura da legislação infraconstitucional, a partir dos princípios constitucionais.

16) O abandono da supremacia do Poder Legislativo em boa parte dos países da Europa, fez com que se aproximasse a concepção de interpretação da Constituição nos países do Velho Continente e nos Estados Unidos da América; país onde desde o início do Século XIX entendia-se que a Constituição era autêntica norma jurídica, que limitava o exercício do Poder Legislativo e podia justificar a invalidação de leis; todavia, com uma importante diferença, enquanto a Constituição dos Estados Unidos é sintética, as constituições elaboradas após a Segunda Guerra Mundial na Europa e as da América Latina, surgidas após o fim das ditaduras, são extensas e analíticas, contendo altos níveis de normas “materiais” ou substantivas que condicionam a atuação do Estado.

17) As mudanças ocorridas com o advento de tais constituições e a mudança no estilo de interpretação vêm recebendo, na academia italiana e espanhola, o nome de neoconstitucionalismo; a expressão foi introduzida, pela primeira vez, no léxico jurídico por filósofos de direito de Gênova, mais precisamente por Susanna Pozzolo, em palestra proferida no *XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social* em Buenos Aires e La Plata, relado entre os dias 10 a 15 de agosto de 1997.

18) De acordo com a criadora da expressão, Susanna Pozzolo, neoconstitucionalismo é, em essência, a tese de especificidade da interpretação da Constituição, abraçada particularmente por diversos autores (Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino), que, apesar de suas divergências, podem ser englobados em uma única corrente filosófica; a difusão da expressão “neoconstitucionalismo” na Espanha, Itália e América Latina é mérito do mexicano Miguel Carbonnel, após ampla divulgação de uma coletânea de ensaios por ele organizada, denominada “Neoconstitucionalismo(s)”.

19) Para Pozzolo, a tese da especificidade da interpretação constitucional pode ser caracterizada pelos seguintes aspectos: a) diferença entre princípios e regras, não apenas pela dimensão de peso grau, mas também pela natureza jurídica dos princípios, que correspondem a valores morais positivados; b) utilização das técnicas de ponderação (e não subsunção) para aplicação dos princípios; c) vinculação do legislador ao texto constitucional, que possuiria conteúdo substancial vinculante, que cumpriria tarefa parecida com o direito natural; d) novo papel do magistrado, a quem cabe a interpretação criativa da jurisprudência, devendo proceder à contínua adequação da legislação às prescrições constitucionais, interpretando moralmente a Constituição; e) assunção de responsabilidades morais pela ciência jurídica, em superação, assim, ao positivismo normativista; f) possibilidade de que, com a interpretação axiológica e reconstrutiva da Constituição, esta deixe de ser a norma mais elevada do

ordenamento jurídico, o que pressupõe que a norma constitucional seja interpretada à luz de alguns princípios superiores; e g) risco de a interpretação moral resultar em “governo dos juízes”, o que, ainda assim, seria um risco menor do que o da chamada “tirania das maiorias”.

20) Alguns autores brasileiros, nada obstante defendam a superação do positivismo normativista pelo novo modelo de interpretação das constituições elaboradas após a Segunda Guerra, preferem não utilizar a expressão neoconstitucionalismo; isso porque, além da referida expressão servir para englobar autores adeptos das mais diferentes correntes teóricas, algumas das quais situadas no positivismo crítico (como é o caso de Luigi Ferrajoli), deve-se repudiar veementemente alguns pressupostos defendidos por alguns autores neoconstitucionalistas, tais como a onipotência do Poder Judiciário, a utilização descriteriosa de técnicas de ponderação e o panpricipiologismo (resolução de todas as questões jurídicas mediante a invocação de princípios, com desprezo à aplicação das regras).

21) Nesse trabalho, adota-se a tese neoconstitucionalista (ou constitucionalista argumentativa) no que se refere à superação do paradigma positivista, principalmente aquela concernente à identificação do direito simplesmente como o direito posto e de descriconariedade da interpretação; todavia, rechaçam-se algumas teses neoconstitucionalistas de onipotência do Poder Judiciário ou de panpricipiologização do direito.

22) São características do neoconstitucionalismo abraçado nesse trabalho: a) preferência pela subsunção nos casos em que há regra editada pelo Poder Legislativo e uma interpretação adequada da Constituição alberga a escolha feita pelo legislador; b) afastamento da tese (positivista) de que nos casos difíceis o juiz possui ampla discricionariedade para chegar a qualquer solução; c) rechaço à tese positivista de que o direito se confunde com o direito posto: adoção da tese da vinculação fraca entre o direito e a moral; ou de que uma norma extremamente injusta pode vir a ser considerada um “não-direito”; admite-se, todavia, que não existem normas na Constituição de 1988 que, sendo extremamente injustas, devam ser desconsideradas pelo intérprete; d) negação da tese de que o Poder Judiciário deve ser protagonista na efetivação de direitos fundamentais ou de que o referido ramo é superior ao Poder Legislativo; e) acolhimento da tese de que não deve haver uma última palavra definitiva em temas de interpretação da Constituição e de que o processo democrático é fortalecido quando ambas as instituições (Poder Legislativo e Poder Judiciário) adotam uma posição ativista na defesa de direitos fundamentais; e f) defesa do ativismo judicial quando

vocacionado à proteção e efetivação de direitos fundamentais, sobretudo os de liberdade e de igualdade.

23) O estudo da jurisprudência da Suprema Corte Brasileira após o advento da Constituição de 1988 revela que, apesar de o Brasil ter, na atualidade, uma Constituição tipicamente neoconstitucionalista, até 2003 o Supremo Tribunal adotava uma postura de autorrestrrição em relação ao Poder Legislativo, em razão da influência da indiscutível capacidade intelectual do Ministro Moreira Alves.

24) As mudanças no número total de cadeiras da Suprema Corte, ocorridas todas durante os períodos ditatoriais (1931, 1965 e 1969), servem para demonstrar que o ativismo judicial não é postura que tenha longa sobrevivida na cúpula do Poder Judiciário durante os períodos de autoritarismo governamental, sendo a regra, em tais períodos, a autorrestrrição.

25) Após a aposentadoria dos últimos Ministros nomeados na ditadura, entre eles o Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal passou a adotar uma postura ativista na interpretação do texto constitucional, abandonando o dogma do legislador negativo kelseniano, admitindo expressamente a possibilidade de modificar o sentido da norma atribuído pelo legislador, mesmo no controle concentrado de constitucionalidade, ampliando o âmbito de aplicação da norma e utilizando linhas mais progressivas de interpretação judicial, tais como a prolação de decisões interpretativas com eficácia aditiva.

26) O ativismo praticado na Suprema Corte brasileira pós-2003 diferencia-se do ativismo praticado nos Estados Unidos principalmente em virtude da postura do Poder Legislativo; nos precedentes estudados, verifica-se que a atuação ativista da Suprema Corte norte-americana, via de regra, tinha por propósito conter o ativismo legislativo; no Brasil, todavia, o grosso do ativismo da Suprema Corte não tem por propósito conter o ativismo legislativo, mas sim suprir a inércia do Poder Legislativo na regulação de temas polêmicos; fenômeno esse que, para alguns, é denominado “delegação estratégica” de questões (polêmicas) ao Poder Judiciário.

27) O maior ativismo do Poder Legislativo nos Estados Unidos em relação ao Poder Legislativo no Brasil deita raízes, entre outros fatores: a) no sistema eleitoral de cada país: majoritário nos Estados Unidos e proporcional com lista uninominal no Brasil; o sistema norte-americano leva à sobrevivência de poucos partidos, com visões definidas quanto a vários temas de interesse da sociedade; no Brasil, a opção pelo pluripartidarismo é útil para a representação de grupos minoritários, porém leva à existência de partidos meramente funcionais, sem ideologia, que têm por propósito tão-somente garantir aos seus candidatos o

acesso ao poder político; e b) repartição de competências: atribuição de maior número de competências aos órgãos estaduais nos Estados Unidos, o que faz com que leis polêmicas tenham maior capacidade de refletir os valores das comunidades locais.

28) A necessidade de recurso à tese da leitura moral da Constituição, como oposição à concepção originalista de leitura da Constituição, é situação excepcional no Brasil, devido ao pouco tempo de promulgação da Constituição; enquanto nos EUA o longo tempo de promulgação da Constituição (mais de duzentos e trinta anos) faz com que a leitura moral da Constituição e sua adaptação aos novos tempos seja uma necessidade contínua, no Brasil, via de regra, são poucos os valores da atual sociedade que não mais correspondem àqueles vigentes na sociedade brasileira de 1988; um bom exemplo da excepcional necessidade de utilização da tese da leitura moral da Constituição no Brasil seria a equiparação entre as uniões homossexuais e as uniões estáveis entre pessoas heterossexuais; equiparação que, aparentemente, os constituintes não quiseram garantir.

29) Se não se está diante de um caso de vulneração a direitos fundamentais, tampouco de necessidade de desobstrução dos canais de acesso ao poder político, o ativismo judicial deve ser evitado, deixando que certas questões polêmicas sejam decididas pelo parlamento para fortalecimento do processo democrático mediante uma maior participação dos cidadãos nas decisões políticas ou responsabilização dos parlamentares perante seus eleitores; caso a Corte não adote, em tais casos, o passivismo judicial, eventual ativismo excessivo da Suprema Corte deve ser compensado com o ativismo do Poder Legislativo; a aprovação da Lei da Ficha Limpa e o fim do voto secreto nos casos de cassação de mandato parlamentar são bons exemplos da tese aqui proposta.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Trad. de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006,

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Trad. de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Ratio Juris, Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 131-140.

\_\_\_\_\_. *Conceito e validade do direito*. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. de Zilda Zutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: 2011.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Trad. de José Manuel M. Cardoso da Costa. São Paulo: Almedina, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 225-270.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BEARD, Charles. Trad. de Paulo Moreira da Silva. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

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

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Bahia: Juspodivm, 2011, p. 393-401.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Maia: Câmara deve reagir a decisão do STF sobre perda de mandatos*. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/432950-MAIA-CAMARA-DEVE-REAGIR-A-DECISAO-DO-STF-SOBRE-PERDA-DE-MANDATOS.html>>. Acesso em 11/01/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 470: deputados perderão mandato com o trânsito em julgado da decisão*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=226883&caixaBusca=N>>. Acesso em 11/01/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rp 1417, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1987, DJ 15-04-1988 PP-08397 EMENT VOL-01497-01 PP-00072.

\_\_\_\_\_. MI 107 QO, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 23/11/1989, DJ 21/09/1990 p.9782. EMENT Vol. 01595-01. p.1.

\_\_\_\_\_. ADI 855 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1993, DJ 01-10-1993 PP-20212 EMENT VOL-01719-01 PP-00071.

\_\_\_\_\_. ADI 896 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/1993, DJ 16-02-1996 PP-02997 EMENT VOL-01816-01 PP-00006.

\_\_\_\_\_. RMS 22307, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/1997, DJ 13-06-1997 PP-26722 EMENT VOL-01873-03 PP-00458 RTJ VOL-00163-01 PP-00132.

\_\_\_\_\_. Rcl 1880 AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-02 PP-00284.

\_\_\_\_\_. ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello, cautelar deferida em 29/04/2004. DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

\_\_\_\_\_. ADI 3459, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2005, DJ 07-04-2006 PP-00015 EMENT VOL-02228-01 PP-00141.

\_\_\_\_\_. HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795.

\_\_\_\_\_. Rcl 2138, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094 RTJ VOL-00211- PP-00058

\_\_\_\_\_. MS 26602, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-02 PP-00190 RTJ VOL-00208-01 PP-00072.

\_\_\_\_\_. MS 26603, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-02 PP-00318.

\_\_\_\_\_. MS 26604, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-02 PP-00135 RTJ VOL-00206-02 PP-00626.

\_\_\_\_\_. MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011.

\_\_\_\_\_. ADPF 144, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215- PP-00031.

\_\_\_\_\_. ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-01 PP-00001 RTJ VOL-00215- PP-00011 RT v. 99, n. 893, 2010, p. 133-149.

\_\_\_\_\_. ADI 3999, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2008, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-01 PP-00099 RTJ VOL-00208-03 PP-01024.

\_\_\_\_\_. AP 396, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2010, DJe-078 DIVULG 27-04-2011 PUBLIC 28-04-2011 EMENT VOL-02510-01 PP-00001.

\_\_\_\_\_. ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-0000.

\_\_\_\_\_. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212.

\_\_\_\_\_. ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013.

\_\_\_\_\_. AP 470, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2013 PUBLIC 22-04-2013.

\_\_\_\_\_. AP 396 QO, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 03-10-2013 PUBLIC 04-10-2013.

\_\_\_\_\_. AP 565, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 22-05-2014 PUBLIC 23-05-2014.

\_\_\_\_\_. AP 470 EDj-oitavos, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 09-10-2013 PUBLIC 10-10-2013.

\_\_\_\_\_. Rcl 4.335, Relator(a): Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 20/03/2014, acórdão ainda não publicado.

BROGAN, Hugh. *Alexis de Tocqueville: o profeta da democracia*. Trad. de Mauro Pinheiro: Rio de Janeiro: Record, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas. *Conflitos normativos e decisões contra legem: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 115-144.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Bahia: Juspodivm, 2011, 541-595.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARBONNEL, Miguel. *Presentación: El constitucionalismo en su laberinto*. In: CARBONNEL, Miguel. (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madri: Trotta, 2007, p. 9-12.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 475-498.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. Trad. de Miguel Carbonnel. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 16, abril de 2002, p. 89-112.

\_\_\_\_\_. *Modelos de interpretación de la Constitución*. Trad. de Manuel Ferrer Muñoz. In: CARBONNEL, Miguel. (org) *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madri: Trotta, 2007, p. 41-67.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 459-473.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo e versão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESTRADA, Alexei Julio. *Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales*. In: CARBONNEL, Miguel. (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madri: Trotta, 2007, p. 121-157.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 13-56.

FIGUEROA, Alfonso García. *Neoconstitucionalismo, derrotabilidade e razão prática*. Trad. de Eduardo Ribeiro Moreira. São Paulo, Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 20, Vol. 79, abril/junho de 2012, p. 11-33.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Trad. de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; e JAY, John. *O federalista*. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. de Antônio Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KETCHAM, Ralph. *Escritos antifederalistas (y debates de La convención constitucional de EE. UU.)*. Barcelona: Hacer, 1996.

KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of “judicial activism”*. California Law Review, v. 92, 2004, p. 1441-1478.

LIMA, George Marmelstein. *50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra*. Disponível em <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em 19/06/2014.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida no Departamento de Ciência e Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. Data da defesa: 03/07/2008. Data da publicação: 22/12/2008. 219 p. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>. Acesso em 03/08/2014.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

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 Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 271-312.

POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Trad. de Josep M. Vilajosana. Buenos Aires: Doxa, n. 21, Vol. II, 1998, p. 339-353.

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

RAMOS NETO, Newton Pereira. *A função jurisdicional como prática (re)construtiva: é possível um sistema efetivo sem riscos?* No prelo.

REIS, Márlon. *O gigante acordado: manifestações, ficha limpa e reforma política*. Rio de Janeiro: LeYa, 2013.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992.

\_\_\_\_\_. *A Corte Warren (1953-1969): Revolução Constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991.

SANTANA, José Cláudio Pavão. *Constituição: entre o contratado e o desejado*. Conferência disponível no site <<http://claudiopavao.blogspot.com.br>>. Acesso em 14/11/2012.

\_\_\_\_\_. *A Constituição de ontem ou de hoje: o que nos revela o futuro?* Conferência disponível no site <<http://claudiopavao.blogspot.com.br>>. Acesso em 14/11/2012.

\_\_\_\_\_. *A Constituição de ontem ou de hoje: o que nos revela o futuro? Os 400 anos das Leis Fundamentais do Maranhão*. Conferência disponível no site <<http://claudiopavao.blogspot.com.br>>. Acesso em 14/11/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 73-113.

SCHWARTZ, Bernardo. *Direito Constitucional Americano*. Trad. de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia*. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 313-357.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; e SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 59-94.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracia na América*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

TORRES, Tércio Ribas. “Histórico da PEC do voto aberto”, extraído de <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/11/26/historico-da-pec-do-voto-aberto>>. Acesso em 07/08/2014.

TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 95-131.

U. S. A. Supreme Court. *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).

\_\_\_\_\_. *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943).

\_\_\_\_\_. *Korematsu versus United States* 323 U.S. 214 (1944).

\_\_\_\_\_. *Mapp v. Ohio* 367 U.S. 643 (1961).

\_\_\_\_\_. *Escobedo v. Illinois*, 478 U.S. 378 (1964).

\_\_\_\_\_. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

\_\_\_\_\_. *Harris v. New York* 401 U.S. 222 (1971).

\_\_\_\_\_. Michigan v. Mosley - 423 U.S. 96 (1975).

\_\_\_\_\_. Rhode Island v. Innis - 446 U.S. 291 (1980).

\_\_\_\_\_. North Carolina v. Butler - 441 U.S. 369 (1979).

\_\_\_\_\_. Nix v. Williams - 467 U.S. 431 (1984).

\_\_\_\_\_. New York v. Quarles 467 U.S. 649 (1984).

\_\_\_\_\_. *Regents of the University of California v. Bakke* 438 U.S. 265 (1978).

WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Trad. de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas, 1991.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *The Core of the case against judicial review*. Yale law journal, v. 115, 2006, p. 1346-1406.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Jueces constitucionales*. Trad. de Miguel Carbonnel. In: CARBONNEL, Miguel. (org). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 91-104.