



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Carlos Alexandre de Azevedo Campos

Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

Rio de Janeiro

2012

Carlos Alexandre de Azevedo Campos

Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional (Direito Público).

Orientador: Prof. Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmiento

Coorientadora: Profa. Dr^a. Ana Paula de Barcellos

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE

UERJ/REDE SIRIUS/CCS/C

C198d Campos, Carlos Alexandre de Azevedo.

Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. / Carlos Alexandre de Azevedo Campos. – 2012.
376 f.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmiento.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Tribunais - Teses. 2. Ativismo Judicial. I. Sarmiento, Daniel Antonio de Moraes. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.161

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese/dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Carlos Alexandre de Azevedo Campos

Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional (Direito Público).

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmiento (Orientador)
Faculdade de Direito da UERJ

Prof^a. Dr^a. Ana Paula de Barcellos
Faculdade de Direito da UERJ

Prof^a. Dr^a. Jane Reis Pereira Gonçalves
Faculdade de Direito da UERJ

Prof^a. Dr^a. Gisele Guimarães Cittadino
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Departamento de Direito

Rio de Janeiro

2012

DEDICATÓRIA

A Ricardo Quitete de Campos. Se somos o que somos, devemos tudo ao senhor.

AGRADECIMENTOS

A Universidade do Estado do Rio de Janeiro e, em especial, a Sra. Sônia Leitão, merecem minha gratidão por terem oportunizado uma estrutura fantástica para o aprendizado que tive durante o curso. A *Dona Sônia* é um encanto de pessoa e, com sua impressionante eficiência, é definitivamente essencial para todos os alunos.

Sou muito grato também pela oportunidade única que tive de participar da última turma do Professor Ricardo Lobo Torres no Curso de Pós-Graduação. Sua obra moldou minha visão do Direito e foi responsável por eu, como advogado tributarista, ter buscado conhecimentos além do Direito Tributário, acima de tudo em Direitos Humanos. Seu pensamento sempre foi minha maior inspiração.

Devo agradecimentos especiais também ao Professor Siqueira Castro, o primeiro com quem troquei ideias sobre meu tema, logo no primeiro semestre do Curso. Ele me ajudou bastante com suas sempre precisas e inspiradas observações em salas de aula. Sou também muito grato ao Professor Ángel Oquendo, que além de ser uma pessoa maravilhosa, suas lições sobre o direito norte-americano foram essenciais para minha pesquisa.

Foi uma felicidade e de um proveito enorme aprender Direito e Filosofia Constitucional com as queridas Professoras Ana Paula de Barcellos e Jane Reis. Além de suas aulas maravilhosas, suas observações durante o Exame de Qualificação foram fundamentais para que eu pudesse evoluir na construção desta dissertação. Poder aprender com elas e aproveitar da atenção com que discutiram minhas propostas foi um privilégio incomum em minha modesta vida acadêmica.

Sou especialmente feliz por ter tido o privilégio de aprender Direito Constitucional com o Professor Luís Roberto Barroso, cujos livros e textos haviam sido responsáveis pela *virada* que dei em meus estudos: do Direito Tributário para o Direito Constitucional. Com seu carisma, seu conhecimento profundo e sua didática invencível, o Professor Barroso foi fundamental para meu amadurecimento dentro do curso. Ter sido seu aluno foi uma experiência única.

Devo um agradecimento todo especial ao Professor Daniel Sarmento, meu orientador. A atenção que ele reservou para mim, sua generosidade e sua entrega acadêmica, a leitura atenta que fez, em diferentes oportunidades, de meus textos e suas críticas, elogios e aconselhamentos foram determinantes para a confecção deste trabalho. Seu conhecimento sobre o Direito Constitucional é impressionante e ter compartilhado dele foi uma experiência incomparável. Sempre disponível, ele foi um grande companheiro e um orientador nota 1000.

Devo agradecer também a companhia de meus colegas de curso – Carolina, Fernando, Frazão, Inês, João Paulo, Marcelo, Rodrigo. Uma turma maravilhosa de amigos que fiz e que nunca esquecerei. Cada um a seu modo, todos se tornaram pessoas muito queridas que eu espero para sempre encontrar.

Não posso deixar de agradecer o apoio dos amigos que seguraram a barra para mim, no escritório ou na OAB, para que eu pudesse cursar o Mestrado com a tranquilidade necessária. No escritório: Aléssio, Antônio Carlos, Flávio, Murilo, Rafael, Thiago Fontoura e Thiago José; na OAB: Filipe, Inês e Jansens. Amigos de verdade e para sempre

À minha família, devo tudo. Aos meus avós, Alexandre e Lourdes, Carlos e Neusa, os três primeiros já no plano espiritual, que me ensinaram e ainda me ensinam tudo sobre o amor e o carinho. Minha avó Neusa nos encherá de alegria por muitos anos ainda. Aos meus tios e primos, principalmente minha madrinha Lícia, que sempre foram como pais e irmãos para mim. Aos meus irmãos, Karina e André que, juntos, somos um só, cada um à sua maneira.

Ao meu pai Ricardo, que nunca será esquecido. Foi o homem mais honrado que conheci e me ensinou tudo o que sei sobre honestidade, o valor do trabalho e da família. Sua presença faz uma falta que não se mede e palavra nenhuma descreve. À minha mãe, Tânia, cuja importância em minha vida também não se descreve em palavras. Sempre me encheu de amor e de lições sobre o amor à família e aos amigos. Se meu pai me forjou o caráter, minha mãe alimentou meu espírito com sua bondade e carinho infinito.

À minha amada esposa, Ana Lúcia, eu devo não só gratidão, mas desculpas. Privei-a de companhia, de carinho e de amor durante os momentos mais *tensos* da elaboração da dissertação. Apesar disso, ela nunca deixou de ser compreensiva, dedicada e carinhosa. Nos momentos verdadeiramente difíceis, a certeza de nosso amor e seu principal fruto, Ana Luiza, nossa linda filha, foram decisivos para que eu seguisse sempre firme.

A Deus, sempre.

Mas das instituições, pode repetir-se o que já foi dito das Nações: se foram sempre felizes não tiveram história, que mereça ser contada. E o Supremo tem a dêle, com grandezas e sombras, como tôdas as instituições humanas, sob todos os céus e no curso de tôdas as idades.

Aliomar Baleeiro

RESUMO

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Dimensões do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. 376 f. Dissertação de Mestrado em Direito Público. Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Considerando que o ativismo judicial é uma realidade contemporânea da prática decisória do Supremo Tribunal Federal, como melhor explicar sua recente ascensão e, principalmente, como identificar as decisões ativistas da Corte? Este trabalho é dedicado a investigar o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal de modo a tornar possível responder a essas perguntas. Nele são examinadas as práticas ativistas de importantes cortes constitucionais ou supremas cortes, principalmente a norte-americana, com o propósito de extrair lições para a elaboração de uma definição abrangente do ativismo judicial e para a montagem de um esquema explicativo e categorizador das decisões ativistas. As conclusões são por uma explicação multifacetada e por uma identificação multidimensional do ativismo judicial. Aplicando essas premissas sobre a realidade decisória do Supremo, é verificado que seu ativismo judicial responde a um conjunto de fatores institucionais, sociopolíticos e jurídico-culturais que se desenvolveram gradualmente a partir da Constituição de 1988. E, principalmente, que é possível descrever cinco dimensões de manifestação de seu ativismo judicial: metodológico (interpretativo); processual; estrutural (horizontal); de direitos; antidialógico.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Constituição de 1988. Ativismo judicial. Explicação multifacetada. Abordagem multidimensional.

ABSTRACT

Considering that judicial activism is a contemporary reality of the Federal Supreme Tribunal's decision-making, how better explain its recent rising and, foremost, how identify the Court's activist decisions? This research is dedicated to investigate the Federal Supreme Tribunal's judicial activism so as to make possible answer those questions. Here shall be examined the activist practices of important constitutional courts or supreme courts, chiefly the American one, with the purpose of obtaining lessons towards the elaboration of an inclusive definition of judicial activism and towards the making of a framework to explain and categorize the activist decisions. The conclusions are a multifaceted explanation and a multidimensional identification of judicial activism. Applying these premises on the *Supremo's* decision-making reality, it is verified its judicial activism reacts to a group of institutional, social-political and legal-cultural factors that have advanced gradually since the Constitution of 1988. And, principally, it's possible describe five dimensions of its judicial activism: methodological (interpretative); procedural; structural (horizontal); on rights; anti-dialogic.

Keywords: Federal Supreme Tribunal. Constitution of 1988. Judicial activism. Multifaceted explanation. Multidimensional approach.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	15
1	O DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS.....	29
1.1	A importância do debate norte-americano.....	29
1.2	A origem terminológica em Arthur Schlesinger Jr.: ativismo judicial v. autorrestrrição judicial.....	31
1.3	A pré-história do ativismo judicial	35
1.3.1	<u>Marbury v Madison</u>	37
1.3.2	<u>Dread Scott v Sandford</u>	40
1.3.3	<u>Lochner v. New York</u>	44
1.4	O ativismo judicial entre conservadores e liberais	47
1.4.1	<u>Ascensão e queda da Corte Lochner: os mesmos fatores políticos</u>	49
1.4.2	<u>A New Deal Court e o ativismo liberal da Corte Warren</u>	53
1.4.3	<u>A Contrarrevolução Republicana: Nixon, Reagan, Burger, Rehnquist, Scalia e o ativismo judicial conservador</u>	66
1.5	O momento atual do debate: de volta à Lochner Era?	77
2	O ATIVISMO JUDICIAL NO MUNDO	86
2.1	O ativismo judicial espalhado pelo mundo	86
2.2	O Tribunal Constitucional alemão e a interpretação dos direitos fundamentais	87
2.3	A Corte Constitucional italiana e as sentenças aditivas	100
2.4	O ativismo judicial na Colômbia: direitos fundamentais,	109

	sociais e econômicos	
2.5	A judicialização da política na Costa Rica e a importância dos desenhos institucionais	118
2.6	O ativismo judicial no Canadá e os diálogos democráticos	124
2.7	O ativismo judicial <i>responsável</i> da Corte Constitucional da África do Sul	130
2.8	Elementos descritivos de implicações normativas	435
3	A DEFINIÇÃO MULTIDIMENSIONAL DO ATIVISMO JUDICIAL	136
3.1	O problema da indefinição conceitual	136
3.2	Lições sobre o ativismo judicial	138
3.2.1	<u>O núcleo comportamental do ativismo judicial</u>	138
3.2.2	<u>O <i>espaço nobre</i> do ativismo judicial: questões políticas e morais complexas</u>	139
3.2.3	<u>Ativismo judicial e judicialização da política: as Cortes como atores políticos</u>	140
3.2.4	<u>Postura institucional e correção das decisões judiciais</u>	142
3.2.5	<u>Ativismo judicial e legitimidade</u>	145
3.2.6	<u>O ativismo judicial é algo predominantemente qualitativo</u>	147
3.2.7	<u>O caráter dinâmico e contextual do ativismo judicial</u>	148
3.2.8	<u>A diversidade dos fatores do ativismo judicial</u>	150
3.2.9	<u>A multidimensionalidade do ativismo judicial</u>	151
3.3	A proposta conceitual multidimensional	151

3.3.1	<u>A proposta conceitual da dissertação</u>	151
3.3.2	<u>Dimensões do ativismo judicial</u>	153
3.3.2.1	Ativismo judicial e interpretação da Constituição	153
3.3.2.2	Ativismo judicial e <i>criação “legislativa”</i>	154
3.3.2.3	Ativismo judicial e deferência aos demais poderes	154
3.3.2.4	Ativismo judicial e afirmação de direitos	156
3.3.2.5	Ativismo judicial e políticas públicas e sociais	158
3.3.2.6	Ativismo judicial e autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios	158
3.3.2.7	Ativismo judicial e superação de precedentes	159
3.3.2.8	Ativismo judicial e maximalismo	160
3.3.2.9	Ativismo judicial e partidarismo	160
3.3.2.10	Ativismo judicial e soberania judicial	161
3.3.3	<u>Algumas propostas de abordagem multidimensional do ativismo judicial</u>	161
3.4	Dimensões da autorrestrrição judicial	164
3.4.1	<u>Deferência e prudência: sistematização</u>	164
3.4.2	<u>Propostas teóricas de autorrestrrição judicial</u>	168
3.4.2.1	A proposta <i>thayeriana</i> – a pedra fundamental da autorrestrrição judicial estrutural..	169
3.4.2.2	Virtudes passivas e prudência política	171
3.4.2.3	Minimalismo judicial e fluxo moral	174
3.4.2.4	Julgando sob os limites da capacidade institucional	177

3.4.2.5	A doutrina dos <i>standards</i>	179
3.5	As vantagens da abordagem multidimensional	186
3.5.1	<u>A maior utilidade epistêmica da abordagem multidimensional</u>	186
3.5.2	<u>Ativismo judicial de <i>meio</i> e de <i>resultado</i></u>	189
3.6	A abordagem multidimensional do ativismo judicial e a realidade brasileira	190
4	O DEBATE NO BRASIL E A TRAJETÓRIA DO PAPEL POLÍTICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	192
4.1	O incipiente debate do ativismo judicial no Brasil	192
4.2	O Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade antes da Constituição de 1988	196
4.2.1	<u>A debilidade dos desenhos institucionais do Supremo pré-Constituição de 1988</u>	196
4.2.2	<u>O Supremo Tribunal Federal em momentos de autoritarismo e insegurança institucional</u>	206
4.3	O Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade depois da Constituição de 1988	215
4.3.1	<u>A virada institucional do Supremo Tribunal Federal com a Constituição de 1988</u>	215
4.3.2	<u>Judicialização da política e ativismo judicial pós-Constituição de 1988</u>	224
4.3.2.1	A fase inicial: passivismo judicial	224
4.3.2.2	Buscando explicações para o passivismo judicial inicial	228
4.3.2.3	O extraordinário avanço do protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal	230

4.4	Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal: fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais	240
5	IDENTIFICAÇÃO MULTIDIMENSIONAL DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	258
5.1	Esboço das dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal	258
5.2	O ativismo judicial metodológico (interpretativo)	259
5.2.1	<u>Interpretação e aplicação das normas constitucionais</u>	261
5.2.2	<u>Interpretação conforme a Constituição e declaração de nulidade parcial</u>	271
5.2.3	<u>O controle judicial da omissão legislativa inconstitucional</u>	280
5.2.3.1	O controle judicial da omissão legislativa total	282
5.2.3.2	O controle judicial da omissão legislativa parcial	285
5.2.4	<u>As decisões maximalistas</u>	288
5.3	O ativismo judicial processual	290
5.3.1	<u>Eficácia das decisões de (in)constitucionalidade</u>	293
5.3.2	<u>Reclamação</u>	295
5.3.3	<u>Mandado de injunção</u>	297
5.3.4	<u>Súmula vinculante</u>	297
5.3.5	<u>Repercussão geral</u>	299
5.4	O ativismo judicial estrutural ou horizontal	300
5.4.1	<u>Poder Executivo</u>	303

5.4.2	<u>Poder Legislativo</u>	306
5.5	O ativismo judicial de direitos	308
5.5.1	<u>Dimensão negativa (ou de defesa)</u>	310
5.5.2	<u>Dimensão positiva (ou prestacional)</u>	315
5.6	O ativismo judicial antidialógico	319
5.7	Conclusão	324
6	CONCLUSÃO	326
	REFERÊNCIAS	348

INTRODUÇÃO

Delimitação do tema: *o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*

Durante a primeira legislatura da Câmara dos Deputados na vigência da Constituição de 1988, um deputado federal – único representante de seu partido político – invariavelmente assistia às sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal, fazendo-se ausente das sessões da Câmara que ocorriam no mesmo horário. Essa situação incomodava a alguns: por que o parlamentar não frequentava as sessões da instituição para a qual foi eleito pelo voto popular, em vez de apenas assistir aos julgamentos do Supremo? Certa feita, ele foi questionado sobre sua atitude. O parlamentar respondeu que não era capaz de combater na Câmara os projetos de leis que não lhe pareciam adequados, pois era “uma voz somente”, ao passo que, assistindo aos julgamentos do Supremo e tornando-se conhecedor de sua jurisprudência, apreendia os argumentos necessários para acusar direta e originariamente na Corte a inconstitucionalidade dessas futuras leis, o que ainda lhe dava uma “vantagem adicional” – “o noticiário da imprensa a respeito de sua atuação”.

A história foi contada pelo ex-ministro Moreira Alves, em palestra de dezembro de 1995,¹ com o propósito de criticar o tamanho que o controle judicial concentrado e abstrato de constitucionalidade havia adquirido com a Constituição de 1988 e, particularmente, o que chamou de “desmesurada” ampliação do acesso à jurisdição originária do Supremo para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADI).² Contudo, acredito que Moreira Alves tinha algo mais em mente do que simplesmente criticar aspectos do novo desenho constitucional do controle de constitucionalidade. O ex-ministro estivesse talvez advertindo o que sua experiência e inteligência privilegiada lhe permitiram antever – a ascensão do papel político do Supremo pós-Constituição de 1988. O ex-ministro estava antevendo a iminente *era do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*.

¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. O Controle de Constitucionalidade no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral da República** V. 9, Brasília, 1996, p. 129.

² No regime constitucional anterior, o Procurador-Geral da República detinha o monopólio desse acesso. Com a Constituição de 1988 (art. 103), esse acesso foi estendido para muitos outros atores sociais e políticos, inclusive partidos políticos de baixa representatividade parlamentar como o do *solitário personagem* descrito por Moreira Alves. Essa ampliação de legitimados para propositura de ADI é um dos fatores institucionais da ascensão do ativismo judicial do Supremo (Capítulo III, itens 3.1, e 3.2.4, *infra*). Sobre o tema, cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. 1ª ed. São Paulo: RT, 1994, pp. 92/94; BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Stanford: Stanford University, 2008, p. 72 et seq.

O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal é o tema desta dissertação. Nos últimos anos do século XX e mais destacadamente neste século XXI, houve uma alteração *quantitativa e qualitativa* do lugar que o Supremo ocupa no cenário sociopolítico brasileiro. As grandes transformações institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais, que gradualmente se seguiram ao marco constitucional de 1988, tiveram, como um de seus efeitos mais visíveis, a ascensão institucional do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal. Na realidade, a Corte foi reinventada em diferentes aspectos: na abrangência dos temas julgados – temas de alta voltagem política e moralmente hipercontroversos ao lado de muitas questões não tão importantes assim; no tipo de argumentos de decisão – abandono progressivo do positivismo formalista para a adoção de uma metodologia mais criativa e orientada a valores;³ no alcance de suas decisões – julgamentos que repercutem sobre todo o sistema político e por toda a sociedade; na própria afirmação de sua identidade institucional – os ministros passaram a defender como nunca, inclusive fora dos autos, o valor de suas funções e a relevância do Supremo.⁴

Com essas mudanças, verificadas a partir da Constituição de 1988, o Supremo elevou seu padrão de interação com os Poderes Executivo e Legislativo: ele não é mais um simples coadjuvante, mas sim, um participante ativo na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro.⁵ Isso tem significado uma importante alteração da dinâmica de nosso arranjo institucional, se comparado a seu padrão histórico: ainda temos um Poder Executivo – o federal – protagonista e centralizador; o Legislativo – nos três níveis federativos – sofrendo constantes crises funcionais e déficits de confiança popular; mas o Supremo Tribunal Federal, antes uma instituição distante dos grandes temas políticos e sociais e acostumada a se submeter a Executivos hipertrofiados, alcançou, de forma gradual, máxime por meio do controle de constitucionalidade das leis, um patamar de relevância e autoridade político-normativa absolutamente inédito em sua história – a Corte tem sido capaz de exercer tanto um papel contramajoritário, promovendo algum equilíbrio entre as forças políticas em disputa, como a função de avançar políticas favorecidas pelas coalizões majoritárias, mas que, em função do caráter muito controvertido dos temas, esbarra em impasses (*deadlocks*) intransponíveis na arena legislativa.

³ Sobre o “pensamento orientado a valores” na interpretação jurídica, cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 406 e seq.

⁴ ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo *na* política: a construção da supremacia judicial no Brasil. **Revista de Direito Administrativo** V. 250, Rio de Janeiro FGV, 2009, p. 5.

⁵ CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** V. 12 (n. 34), São Paulo, 1997, p. 149.

Com esse novo arranjo em movimento, mais do que em judicialização da política e das grandes questões sociais de nosso tempo,⁶ pode-se falar hoje em sua *tribunalização*.⁷ Tem restado ao Supremo Tribunal decidir sobre *questões cruciais*⁸ e ele não tem recusado o encargo. Ao contrário, o Tribunal tem afirmado sua função de definir a vontade da constituição em diversas áreas e sobre temas relevantes da vida política e social do Brasil contemporâneo: desde a titularidade de cargos eletivos até as condições de funcionamento parlamentar dos partidos políticos; desde a criação de municípios até a demarcação de terras indígenas; desde a Reforma da Previdência até a guerra fiscal entre estados; desde a união estável homoafetiva até a litude de aborto de fetos anencéfalos. Mas também tem decidido sobre a promoção de professores e a aplicação de multas por sociedades de economia mista.

E a Corte tem resolvido muitos desses casos por meio de um conjunto variado de práticas interpretativas e decisórias que são todas, igualmente, expansivas de seu novo espaço institucional: além de suprir lacunas legislativas; ela expande os significados e o alcance de enunciados normativos constitucionais muito indeterminados; afirma direitos e interesses substantivos apenas vagamente definidos na Constituição de 1988; altera o sentido de leis e de outros atos normativos infraconstitucionais sob o pretexto de conformá-los à Constituição; amplifica os próprios poderes processuais e os efeitos de suas decisões; interfere na formulação e na aplicação de políticas públicas. Isso tudo é ativismo judicial e, com o Supremo adotando essas medidas com frequência, essa prática, ao menos do ponto de vista descritivo, tornou-se uma realidade incontestável de nosso arranjo político-institucional.

O ativismo judicial do Supremo foi, inclusive, assumido publicamente, em 2008, por um dos mais importantes ministros de sua história – Celso de Mello. Censurando posturas de *passivismo judicial*, o ministro defendeu que “práticas de ativismo judicial” tornam-se uma “necessidade institucional” diante da conveniente omissão ou retardamento excessivo pelo Poder Público no cumprimento de obrigações impostas pela Constituição. Para o ministro, não se pode admitir a “pura passividade” da Corte diante de ofensas à Constituição e aos direitos nela estabelecidos, justificando-se, nesses casos, o “comportamento afirmativo do

⁶ Sobre o conceito de judicialização da política, cf. VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. In: TATE, C. Neal; _____. (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 2005, p. 13; SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe**. New York: Oxford University Press, 2000, p. 194; VIANNA, Luiz Werneck, et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. Cf. Capítulo III, item 2.3, *infra*.

⁷ KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protection? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. (Ed.) **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 154, n. 1.

⁸ Sobre essas questões, cf. Capítulo IV, item 3.2.3 e Capítulo V, *infra*.

Poder Judiciário.” Portanto, Celso de Mello assumiu que o ativismo judicial do Supremo pode fazer parte da paisagem institucional brasileira como uma prática legítima e mesmo *necessária*.⁹ A ascensão do ativismo judicial do Supremo é, sem dúvida, uma parte importante da vida política e social do Brasil contemporâneo.

Importância do tema: a ubiquidade do ativismo judicial

Com toda essa ascensão institucional do Supremo, seu ativismo judicial tornou-se um dos principais assuntos de nossos debates doutrinários. Pode-se dizer, sem receio, que é um *tema da moda*. Porém, o ativismo judicial no Brasil e, particularmente, do Supremo Tribunal Federal está distante de ser um fato isolado. Muitíssimo ao contrário, a discussão sobre o exercício expansivo de poder decisório por juízes e por cortes sobre os outros poderes possui um alcance espacial e temporal muito maior que o incipiente debate brasileiro pode sugerir. Na realidade, essa discussão é contemporânea ao surgimento do controle judicial de constitucionalidade das leis.

Os Estados Unidos são o berço do *tema* e do *termo* “ativismo judicial” e, por isso, será dedicado ao debate norte-americano um capítulo inteiro – o capítulo de abertura desta dissertação. Em 1803, a Suprema Corte julgou o caso *Marbury v. Madison* e, pela primeira vez, realizou aquilo que marcaria para sempre seu lugar no sistema político estadunidense e a história do constitucionalismo mundial – ela julgou inconstitucional uma lei federal e declarou sua nulidade. Para chegar a tanto, a Suprema Corte afirmou o extraordinário poder da *judicial review* sem que isso decorresse claramente do Texto Constitucional de 1787, o que permite dizer que o controle judicial de constitucionalidade já nasceu argumentativamente ativista – estrategicamente ativista (Capítulo I, item 3.1, *infra*). Sem embargo, a discussão sobre o (excesso de) poder das cortes em declarar a inconstitucionalidade das leis é historicamente a “obsessão central da teoria constitucional” norte-americana.¹⁰

⁹ Essas afirmações foram feitas em discurso durante a posse do ministro Gilmar Mendes como presidente do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticia.asp?servico=noticiaArtigoDiscurso>. <Acesso em 20/10/2009>. O ministro repete as mesmas afirmações em texto doutrinário escrito para coletânea em homenagem à ex-ministra Ellen Gracie: MELLO FILHO, José Celso de. O Supremo Tribunal Federal e a defesa das liberdades públicas sob a Constituição de 1988: alguns tópicos relevantes. In: PAULSEN, Leandro (Coord.) **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 16/17: “**Nem se censure eventual ativismo judicial** exercido pelo Supremo Tribunal Federal, **especialmente** porque, **dentre** as inúmeras causas **que justificam** esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, **de que resulta** uma positiva criação jurisprudencial do direito, **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer a **primazia** da Constituição”.

¹⁰ FRIEDMAN, Barry. The Birth of an American Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty. Part V. *Yale Law Journal* V. 112 (2), 2002, p. 155.

Não obstante, essa discussão, já há algum tempo, não é mais uma exclusividade norte-americana. O avanço da justiça constitucional e do papel político de cortes constitucionais¹¹ foi deflagrado com as constituições democráticas do Segundo Pós-guerra e, desde então, vem acompanhando a sequência de outras “ondas de democratização”,¹² estabelecendo-se como uma tendência em várias e diferentes partes do mundo.¹³

A Europa Ocidental assistiu ao início da expansão da justiça constitucional em meio às importantes transformações políticas e sociais que se seguiram com o fim da Segunda Guerra.¹⁴ Como disse Rubio Llorente, “a introdução da jurisdição constitucional na Europa não foi produto de uma evolução, senão de uma revolução.”¹⁵ Essa revolução teve como marco a difusão de um novo modelo de constituição: rígida; titular de supremacia normativa e axiológica; que informou um novo modelo de Estado – o Estado constitucional de direito – superador da ideia de supremacia parlamentar e comprometido com a defesa e o desenvolvimento dos direitos fundamentais. Para assegurar os valores caros desse novo constitucionalismo, principalmente, a validade prática dos direitos fundamentais, foram estabelecidas cortes constitucionais.

Destaques para o Tribunal Constitucional da Alemanha (1949) e para a Corte Constitucional da Itália (1956), que sempre mantiveram posturas ativistas de interpretação constitucional e de proteção de direitos fundamentais em face dos poderes políticos. Diante da importância das práticas decisórias dessas cortes para o debate sobre o ativismo judicial, elas serão abordadas particularmente no Capítulo II, itens 2 e 3, *infra*. Ainda que em menor medida, também deve ser registrada a importância do Conselho Constitucional da República Francesa (1958) e dos Tribunais Constitucionais da Espanha (1980) e de Portugal (1983).¹⁶

¹¹ Cf. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Op. cit.; GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.) **The Oxford Handbook of Law and Politics**. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 81/98; HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

¹² HUNTINGTON, Samuel P. **The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century**. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

¹³ Robert Bork, **Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges**, Washington: AEI, 2003, p. 8, fala em “recente ascendência em quase todos os lugares de judiciários ativistas, ambiciosos e imperialistas”.

¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1988, p. 33 et seq; GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. **The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2002; SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges**. Op. cit.

¹⁵ RUBIO LLORENTE, Francisco. La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación de Derecho. **Revista Española de Derecho Constitucional** V. 22, Madrid: CEPC, 1988, p. 21.

¹⁶ FAVOREU, Louis. **Tribunaux Constitutionnels Européens y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984; HOLLAND, Kenneth M. (Ed.) **Judicial Activism in Comparative Perspective**. New York: St. Martin, 1991.

Na Europa Central e do Leste, na passagem para a década de noventa, com a queda do Muro de Berlim, o refluxo do comunismo e a dissolução da União Soviética, houve a virada de muitos países para a economia de mercado e para a democracia de estilo ocidental. Países como Hungria, Polônia, Romênia, Bulgária, República Checa, Eslováquia, promoveram reformas constitucionais que, dentre outros avanços liberais, instituíram cortes constitucionais independentes e com poderes exclusivos de controlar a constitucionalidade dos atos legislativos e do Executivo.¹⁷

Em pouco tempo, algumas dessas cortes, máxime a Corte Constitucional da Hungria,¹⁸ diante da fraqueza de poderes políticos largamente desacreditados, mormente os Parlamentos, moveram-se “na direção de um notável ativismo judicial”, caracterizado pela “disposição de julgar importantes leis inválidas” por meio do “apelo a ideais e valores constitucionais muito vagos e indeterminados (como a dignidade da pessoa humana e o Estado de direito)”.¹⁹ No fim de uma década de atuação, Herman Schwartz chegou a dizer que essas cortes têm apresentado “um quadro de ativismo judicial vigoroso até mesmo para os padrões dos juristas norte-americanos” e que elas foram criadas justamente para isso.²⁰

Na América Latina, o Brasil não é o único país que tem assistido o avanço do ativismo judicial de sua corte superior. Com a superação de governos autoritários, outros países latinos têm tido essa experiência. O maior destaque deve ser a Colômbia, cuja Corte Constitucional é, sem dúvida, uma das mais ativistas do mundo e, por isso, também será abordada em destaque no Capítulo II, item 3, *infra*. Na Costa Rica, a reforma legal de seu sistema de controle de constitucionalidade fez emergir outra campeã de ativismo judicial – a *Sala IV*, a Corte Constitucional do país (Capítulo II, item 4, *infra*). Ambas as cortes são apontadas como exemplos de ativismo judicial no enfrentamento à autoridade dos poderes políticos e em favor dos direitos fundamentais e sociais. México e Argentina também contam com cortes que

¹⁷ SCHWARTZ, Herman. **The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe**. Chicago: The University of Chicago Press, 2000; SADURSKI, Wojciech. **Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe**. Dordrecht: Springer, 2008.

¹⁸ SÓLYOM, László; BRUNNER, Georg (Ed.). **Constitutional Judiciary in a New Democracy. The Hungarian Constitutional Court**. Ann Arbor: The University of Michigan, 2000. Ao menos, tem sido assim até a entrada em vigor da nova Constituição húngara em 2012, de tendências claramente antidemocráticas e que restringiu a independência e os poderes decisórios da Corte Constitucional.

¹⁹ SADURSKI, Wojciech. **Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe**. Op. cit., pp. 104/105: o autor reconhece, sob o ponto de vista descritivo, a força política das “cortes constitucionais ativistas” que emergiram com o fim do comunismo nesse lado da Europa, mas não concorda que isso esteja sendo totalmente positivo para o avanço dos direitos fundamentais e da democracia instalada na região.

²⁰ SCHWARTZ, Herman. **The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe**. Op. cit., pp. 240/242.

tomam importantes decisões em face dos poderes políticos, mas não estão no mesmo nível qualitativo nem quantitativo das duas primeiras tampouco do Supremo Tribunal Federal.²¹

No continente africano, encontra-se uma das cortes cuja atuação é das mais elogiadas do mundo – a Corte Constitucional da África do Sul. Ela tem sido peça fundamental no processo de transformação social do país pós-Apartheid, combinando ativismo judicial na direção de garantir que as graves injustiças e violações de direitos que caracterizaram o regime político-social anterior sejam efetivamente coisas do passado²² com a responsabilidade de manter um *diálogo* com os outros poderes em torno desses avanços (Capítulo II, item 7).²³

O ativismo judicial possui também destaque em países asiáticos. Nesse continente, estão localizadas duas das cortes mais ativistas de todo o mundo: as Supremas Cortes da Índia e de Israel. A Suprema Corte da Índia enfrenta os poderes políticos em favor de diferentes grupos desprotegidos e minoritários, como os cidadãos indianos mais pobres, crianças, mulheres, inclusive homossexuais.²⁴ O extraordinário ativismo judicial da Corte Suprema de Israel manifesta-se tanto pela elevada criatividade interpretativa quanto pela alta disposição em interferir nas decisões dos outros poderes políticos. Nas palavras de Eli Salzberger, a “Suprema Corte de Israel tem emergido como o poder dominante de governo”.²⁵ Na Ásia, fala-se em ativismo judicial até em Bangladesh!²⁶

A realidade, portanto, é que a expansão da jurisdição constitucional e do ativismo judicial tem sido mundial. O fenômeno está presente em países que já estabilizaram sua política democrática como nos que estão em vias de estabilização e de transformação social;²⁷

²¹ TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Op. cit., p. 78; SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Ed.). **The Judicialization of Politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2005; HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. (Ed.) **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011.

²² ROUX, Theunis. Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.). **Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies**. Londres: Frank Cass, 2004, p. 93.

²³ GLOPPEN, Siri; *et al.* (ed.) **Courts and Power in Latin America and Africa**. New York: Palgrave Macmillan, 2010, pp. 83/126.

²⁴ BAAR, Carl. Social Action Litigation in India: The Operation and Limits of the World's Most Active Judiciary. In: JACKSON, Donald W.; TATE, C. Neal (Ed.). **Comparative Judicial Review and Public Policy**. Westport: Greenwood Press, 1992, pp. 75/77; BHAGWATI, P. N. Judicial Activism and Public Interest Litigation. **Columbia Journal of Transnational Law** V. 23 (3), 1985, pp. 561/577.

²⁵ SALZBERGER, Eli. Judicial Activism in Israel. In: DICKSON, Brice (ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007, pp. 217/272.

²⁶ HOQUE, Ridwanul. **Judicial Activism in Bangladesh: A Golden Mean Approach**. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2011.

²⁷ GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). **Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?** Aldershot: Ashgate, 2006.

ocorre tanto em países do sistema *common law* quanto do *civil law*;²⁸ em países que adotam, indiferentemente, o modelo concentrado, difuso ou um modelo misto de controle judicial de constitucionalidade;²⁹ como visto, não é algo exclusivo do “mundo ocidental” e há até quem afirme que o ativismo judicial pode ser uma estratégia mesmo em regimes ditatoriais.³⁰

Então, antes um produto exclusivamente norte-americano, o processo de expansão da jurisdição constitucional e do ativismo judicial ganhou, nas últimas décadas, uma amplitude fantástica. Na realidade, esse processo nem mais se limita às cortes domésticas.³¹ A Corte Europeia de Justiça (ECJ), destacadamente, é reconhecida como um órgão que opera com um alto grau de criatividade judicial em manipular os significados dos dispositivos e princípios gerais da legislação e dos Tratados da Comunidade Europeia.³² Agindo assim, a Corte tem sido uma personagem decisiva no processo de integração da Comunidade Europeia e mostrado que o ativismo judicial transcende fronteiras de comunidades políticas particulares.

Todos esses exemplos servem para demonstrar a *ubiquidade do ativismo judicial*. O tema não está presente apenas em países de diferentes continentes do planeta, mas é também um fenômeno supranacional. Além dessa perspectiva quantitativa, como os capítulos desta dissertação demonstrarão, o ativismo judicial normalmente envolve questões de mais alta relevância política e moral, muitos determinantes da própria identidade de uma sociedade o que resulta, também sob a perspectiva qualitativa, o elevado grau de importância que o tema possui para os debates acadêmicos e políticos contemporâneos. Isso tudo é uma verdade atual para o Brasil e, particularmente, para o Supremo Tribunal Federal. Não é sem razão, portanto, que o debate em torno do ativismo judicial tem ganhado mais e mais fôlego entre nós o que justifica com sobras a escolha do tema desta dissertação.

²⁸ Sobre o debate em países do *common law*, DICKSON, Brice (Ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. Op. cit.; em alguns países do *civil law*, HOLLAND, Kenneth M. (ed.) **Judicial Activism in Comparative Perspective**. Op. cit.

²⁹ ROSENFELD, Michel. Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts, **International Journal of Constitutional Law** V. 2 (4), 2004, pp. 633/688; GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.) **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Op. cit, pp. 81/98

³⁰ MOUSTAFA, Tamir; GINSBURG, Tom. (ed.). **Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes**. New York: Cambridge University Press, 2008.

³¹ Robert Bork, **Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges**. Op. cit., p. 11, diz que não só o “ativismo judicial é agora um fenômeno internacional”, mas o que chama de “imperialismo judicial” alcançou também “a prática dos tribunais internacionais”.

³² TRIDIMAS, Takis. **The General Principles of EU Law**. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2006, p. 23 et seq.; SWEET, Alec Stone. **The Judicial Construction of Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 235; POLLICINIO, Oreste. Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint. **German Law Journal** V. 5 (3), 2004, pp. 283/317.

Premissas e propósitos da dissertação: a identificação multidimensional do ativismo judicial

Mas, afinal, o que é o ativismo judicial? O que se pretende com o “debate sobre o ativismo judicial”? Como se identificam práticas de ativismo judicial? O que faz de uma decisão judicial uma “decisão ativista”? Quais são suas variáveis explicativas? O ativismo judicial é uma escolha isolada dos juízes? Como se manifesta o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal? Enfim, quais são as premissas e os propósitos desta dissertação?

Embora incontestável do ponto de vista descritivo, o ativismo judicial não é unanimidade sob a perspectiva normativa. A ascensão política de juízes e cortes sempre foi alvo de muitas críticas. A prática é acusada de afrontar o princípio democrático e o valor do autogoverno popular.³³ Fala-se em mutação do “Estado legislativo parlamentar em um Estado Jurisdicional governado pelo Tribunal Constitucional” e que “esse Tribunal torna-se, em sentido peculiar, o soberano da constituição” em clara violação ao princípio da separação de poderes.³⁴ Outros destacam a carência de capacidade institucional do Judiciário, comparado aos Poderes Legislativo e Executivo, para avançar os comandos constitucionais na direção das transformações sociais.³⁵

A legitimidade da atuação mais expansiva e agressiva do Poder Judiciário é, sem dúvida, tema da mais alta relevância e ocupa parcela muito significativa do espaço das reflexões da Teoria Constitucional e Política. Contudo, esse debate normativo não é parte essencial desta dissertação. Questionar a legitimidade do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal não é o propósito fundametal deste estudo, o que não impedirá, todavia, que sejam manifestadas opiniões, inclusive críticas pontuais, sobre algumas decisões da Corte, assim como a discussão normativa excepcional, no último item do último capítulo (item 6, Capítulo V, *infra*), sobre a categoria que denomino de *ativismo judicial antidialógico*.³⁶

³³ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

³⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale**. Milão: Giuffrè, p. 262.

³⁵ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

³⁶ Sobre o debate normativo do ativismo judicial, cf. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 182 et seq.; RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010; LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez? O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010; MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

Os propósitos verdadeiramente primários deste estudo giram em torno de descrever o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal: (i) apresentar e explicar o avanço do ativismo judicial do Supremo; (ii) identificar as decisões ativistas da Corte e categorizá-las de acordo com a ferramenta metodológica central desta dissertação: a definição multidimensional do ativismo judicial. Ambos os propósitos dependem de uma prévia definição abrangente de “ativismo judicial”, que seja capaz de dar conta da complexidade dos comportamentos adjudicatórios ativistas. Essa definição será construída em torno do núcleo comportamental ativista – a expansão de poder político-normativo por parte de juízes e cortes sobre os outros poderes – e levará em conta as diferentes características desse comportamento apreendidas por meio da observação das práticas decisórias de cortes constitucionais paradigmáticas.

Observando a realidade decisória dessas cortes quando expandem seu espaço institucional e sua influência sobre os outros poderes de governo, será possível fixar cinco premissas que têm implicações normativas sobre a construção do que defendo ser a definição mais útil de ativismo judicial – a primeira premissa diz que o ativismo judicial é uma questão de *postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões, e não de correção de mérito dessas decisões judiciais*; a segunda, que o ativismo judicial *não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo*; a terceira aponta o *caráter dinâmico e contextual* da identificação e da validade do ativismo judicial; a quarta diretriz afirma a *pluralidade das variáveis* contextuais que limitam, favorecem, enfim, moldam o ativismo judicial; e a última – e mais importante – é aquela que explica o ativismo judicial como uma *estrutura adjudicatória multidimensional*.

A partir dessas cinco diretrizes – desenvolvidas no Capítulo 3, item 3.1, *infra* – definirei o *ativismo judicial* como o *exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias*.

Com essa definição em mãos, a dissertação poderá cumprir seus dois propósitos primários, ou seja, a explicação e a identificação do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Primeiramente, a explicação do ativismo judicial da Corte levará em conta a premissa de o ativismo judicial *responder aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e*

jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos. Com efeito, como será desenvolvido no Capítulo IV, item 4, *supra*, o momento ativista do Supremo é totalmente vinculado ao contexto histórico brasileiro pós-Constituição de 1988 e às transformações institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais que se seguiram. Com isso, pautado principalmente em formulações da Ciência Política empírica, rejeita-se a ideia que o ativismo judicial contemporâneo decorra puramente da vontade dos juízes do Supremo. Na realidade, ele responde a múltiplos fatores, máxime, a fatores exógenos.³⁷

O segundo e mais relevante objetivo – identificar e categorizar as decisões ativistas do Supremo – será cumprido com base na principal premissa da dissertação: o *caráter multidimensional do ativismo judicial*. Como mostrarão as experiências decisórias das cortes constitucionais examinadas nos Capítulos I e II, as decisões ativistas se apresentam por uma variedade de condutas judiciais distintas. As cortes expandem seus poderes político-normativos em face dos outros poderes por meio: de interpretações criativas e expansivas dos enunciados normativos constitucionais, máxime dos princípios constitucionais; da correção das leis, alterando seus significados para conformá-las às constituições; da ampliação, por conta própria, de seus instrumentos processuais e da eficácia de suas decisões; da falta de deferência às capacidades legal e cognitiva dos outros poderes; da interferência na formulação e na execução de políticas públicas em torno de direitos sociais e econômicos.

Essa realidade decisória se faz muito presente na jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal Federal e, por isso, sua identificação deve ser realizada por um método que reconheça essa estrutura multifacetada e faça dessa condição seu objeto de trabalho. Em incorporar o caráter multidimensional à definição de ativismo judicial e em aplicar essa fórmula ao comportamento decisório do Supremo, esta dissertação buscará tornar possível compreender e identificar com muito mais proveito e certeza as decisões ativistas da Corte. Riscos de sobreinclusão deverão ser levados a sério.

Cumprindo o propósito de categorizar as decisões judiciais ativistas conforme suas diversas dimensões de manifestação, separando-as pelas suas diferenças de forma, mas identificando-as em torno de seu núcleo comportamental comum de expansão de poder sobre

³⁷ Essa perspectiva insere-se em um movimento da Ciência Política empírica – *neoinstitucionalismo* – cujas variações, quando debruçadas sobre o comportamento judicial, compartilham o entendimento comum de que uma “compreensão abrangente das cortes também requer atenção às dinâmicas políticas que moldam seu desenho e sua autoridade, definindo seu papel no mais amplo sistema político” (GINSBURG, Tom; KAGAN, Robert. A. Introduction: Institutional Approaches to Courts as Political Actors. In: _____.; _____. (Ed.) **Institutions & Public Law. Comparative Approaches**. New York: Peter Lang, 2005, p. 2). Cf. MAVEETY, Nancy. (Ed.) **The Pioneers of Judicial Behavior**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2006

os atores políticos, este estudo pretende contribuir, de um modo geral, para a redução do subjetivismo na identificação do ativismo judicial do Supremo. Em defender a abordagem metodológica multidimensional, com a colocação de parâmetros para a identificação de diferentes práticas ativistas, este estudo aposta que a compreensão desse singular momento de relevância político-institucional do Supremo pode ser uma empreitada acessível e objetiva. Esta dissertação aspira ser “metodologicamente útil” e “teoreticamente convincente”.

Estrutura da dissertação

A dissertação é dividida em cinco capítulos: **(Capítulo I)** O Debate sobre o Ativismo Judicial nos Estados Unidos; **(Capítulo II)** O Ativismo Judicial no Mundo; **(Capítulo III)** A Definição Multidimensional do Ativismo Judicial; **(Capítulo IV)** O Debate no Brasil e a Trajetória do Papel Político do Supremo Tribunal Federal; **(Capítulo V)** Identificação Multidimensional do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. Os três primeiros capítulos oferecem o conhecimento, a compreensão e a definição do ativismo judicial; os dois seguintes, a apresentação, a explicação e a identificação do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Ao final, são desenvolvidas proposições objetivas sobre o tema.

No primeiro capítulo, apresento o debate bicentenário do ativismo judicial nos Estados Unidos, que é importante por si só em função de sua originalidade, longevidade e abrangência. Primeiro, abordo a origem terminológica do ativismo judicial para, depois, examinar casos de ativismo judicial, na Suprema Corte, antes mesmo da criação do termo o que chamo de “pré-história do ativismo judicial” – destaque para *Marbury v. Madison*. Na sequência, faço uma viagem histórica entre os momentos ativistas da Suprema Corte, tendo como pano de fundo as disputas políticas e ideológicas entre conservadores e liberais – desde a formação daquela que ficou conhecida como *Corte Lochner*, passando pelo embate entre Roosevelt e a *Old Court* e a sucessiva formação da *New Deal Court*, até a disputa entre Democratas e Republicanos em torno das *Cortes Warren, Burger e Rehnquist*. Por fim, realizo um diagnóstico da atuação da contemporânea Suprema Corte, a *Corte Roberts*, inclusive de seu paradigmático julgamento do *Obamacare*.

No Capítulo II, a dissertação se ocupa de importantes realidades políticas que, como os Estados Unidos, oferecem importantes lições à compreensão do ativismo judicial. Esses países são Alemanha, Itália, Colômbia, Costa Rica, Canadá e África do Sul. Na Alemanha,

destaque maior para as práticas interpretativas estabelecidas pelo Tribunal Constitucional que resultaram a expansão de sua participação política na concretização dos direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bonn. Na Itália, sobressai-se a prática decisória ativista de sua Corte Constitucional por meio das chamadas sentenças manipulativas, em especial as sentenças aditivas, o que suscita o debate moderno acerca dos limites da criação judicial do direito entre as figuras do *legislador negativo* e do *legislador positivo*.

Na Colômbia, como na Costa Rica, encontram-se os exemplos mais salientes de cortes constitucionais ativistas da América Latina, ao lado do Supremo Tribunal Federal. Em relação à Colômbia, demonstro, principalmente, como as decisões ativistas da Corte Constitucional têm cumprido um papel decisivo e inovador na proteção de minorias e em favor dos direitos sociais. Sobre a Costa Rica, discuto a atuação da *Sala IV* – a Corte Constitucional do país – que vem se destacando como ator político de alta relevância, servindo como elemento-chave do equilíbrio de poder entre o Executivo e o Legislativo costa-riquenhos.

Com as experiências do Canadá e da África do Sul, o propósito é demonstrar que cortes constitucionais podem ser ativistas, decidir sobre questões políticas e morais hipercontroversas, ser ambiciosas e criativas na interpretação das constituições e dos textos infraconstitucionais e, ainda assim, entrar em *diálogos* com os outros poderes acerca de seus julgamentos, tanto em relação ao acerto ou não das decisões como sobre a melhor forma de concretizar os princípios nelas estabelecidos.

O terceiro capítulo se propõe à tarefa fundamental de elaborar uma definição do ativismo judicial. Isso é feito por meio dos elementos descritivos apreendidos pela observação das práticas ativistas relatadas nos dois capítulos anteriores. O capítulo explora inicialmente o problema da indeterminação conceitual e afirma a necessidade de sua superação para que se possa alcançar o propósito central da dissertação: a identificação das decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal. Para essa tarefa, na sequência, são sistematizadas as principais lições sobre o ativismo judicial que os dois primeiros capítulos ofereceram e, com isso, fixadas suas principais características. Com essas características em mente, formulo uma definição do ativismo judicial com destaque maior para a afirmação do caráter multidimensional das decisões ativistas.

Tendo adotado a abordagem multidimensional como adequada para descrever as decisões ativistas, apresento então as dimensões do ativismo judicial que puderam ser identificadas nas práticas decisórias das cortes constitucionais discutidas nos Capítulos I e II,

assim como as propostas de diferentes autores que, debruçados sobre a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, categorizaram seu ativismo judicial. Esses elementos são da mais alta relevância para a tarefa central de identificar as dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Ainda no terceiro capítulo, abordo dimensões de autorrestrrição judicial e propostas clássicas e contemporâneas de sua prática. Por fim, são lançados argumentos em favor da maior utilidade cognitiva da estratégia multidimensional de identificação do ativismo judicial.

No Capítulo IV, inicio a discussão sobre o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Dois são os propósitos primários do capítulo: apresentar a ascensão política da Corte como uma realidade incontestável, do ponto de vista descritivo, de nosso cenário democrático contemporâneo; compreender essa ascensão, as variáveis explicativas do avanço do ativismo judicial do Supremo. Para cumprir esses objetivos, o capítulo faz um paralelo das trajetórias político-institucionais do Supremo Tribunal Federal entre o antes e o depois da Constituição de 1988 – a evolução dos desenhos constitucionais e infraconstitucionais da estrutura e do funcionamento do Supremo, desde sua criação na República Velha até a Emenda Constitucional 45/2004; o histórico do relacionamento entre a Suprema Corte e os outros poderes, mormente o Poder Executivo federal, durante os períodos políticos mais conturbados do país – como os Governos Floriano Peixoto, Getúlio Vargas e a Ditadura Militar – até os dias atuais de estabilidade democrática e segurança institucional.

No quinto capítulo, cumpro a proposta central da dissertação: identificar as *dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Investigando decisões importantes da Corte, todas proferidas durante a vigência da Constituição de 1988, descrevo o comportamento decisório do Supremo e de seus membros sob a perspectiva da abordagem multidimensional do ativismo judicial. Cumprindo essa tarefa eminentemente descritiva, desenvolvo cinco dimensões do ativismo judicial do Supremo: *(i)* dimensão metodológica (interpretativa); *(ii)* dimensão processual; *(iii)* dimensão estrutural ou horizontal; *(iv)* dimensão de direitos (dimensão negativa e dimensão positiva); *(v)* dimensão antidialógica.

Por fim, em sede conclusiva, serão fixadas proposições objetivas com a finalidade de permitir um acesso rápido às principais informações, premissas e propósitos da dissertação.

1 O DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS

1.1 A importância do debate norte-americano

Se esta dissertação fosse sobre a *história geral* do ativismo judicial, o debate norte-americano deveria consumir talvez mais da metade dos esforços e do espaço da pesquisa. E sem dúvida, seriam os momentos mais importantes, interessantes e ricos em elementos teóricos e empíricos. Os Estados Unidos são o principal palco da discussão em torno do papel de juízes e cortes no sistema político em que operam e o berço do próprio termo “ativismo judicial”. Porém, a discussão em si é muito mais antiga do que a criação do termo sugere. Na realidade, esse tema, nos Estados Unidos, confunde-se com a própria história de seu constitucionalismo.³⁸ Acontece que, desde sua primeira aparição, a expressão “ativismo judicial” tornou-se a principal estrela do debate sobre o papel da Suprema Corte na interpretação da Constituição e em suas relações com os demais poderes. Pode-se falar mesmo em sua *onipresença* no cenário norte-americano.³⁹

O debate norte-americano é de um alcance extraordinário e transcende as fronteiras das academias de Direito e de Ciências Políticas para ser tema recorrente também na mídia.⁴⁰ Na esfera político-eleitoral, há uma incomparável politização do termo, que se transformou em elemento retórico e estratégico de políticos e governantes de diferentes inclinações ideológicas e para os propósitos mais diversos. O combate ao ativismo judicial é objeto de campanhas presidenciais e compõe o núcleo dos questionamentos mais incisivos dos senadores nas audiências de confirmação dos juízes indicados para a Suprema Corte.⁴¹

³⁸ Laurence Tribe, **The Invisible Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 45, diz que a discussão sobre o papel da Suprema Corte norte-americana na interpretação da Constituição e na interferência sobre as ações dos outros poderes “é tão velha quanto a própria nação”. Larry Kramer, *We The Court*. **Harvard Law Review** V. 115 (1), 2001, pp. 61/64, diz que a discussão foi esparsa, ao invés de compreensiva, durante a Convenção Constitucional de 1787, mas que ela efetivamente ocorreu. O tema também ocupou importantes páginas dos *Federalist Papers*, coleção de textos escritos pelos *founding fathers* Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, publicados em jornais do Estado de Nova Iorque entre 1787 e 1788, descrevendo como operariam o governo e seus poderes conforme a Constituição então em processo de ratificação. Cf., sobretudo, o *Paper* nº 78, escrito por Alexander Hamilton.

³⁹ YUNG, Corey Rayburn. Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts. **Northwestern University Law Review** V. 105 (1), 2011, p. 7.

⁴⁰ Sobre a frequência do termo em artigos de *law reviews* e em jornais, cf. KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review** V. 92 (5), 2004, pp. 1442/1443.

⁴¹ Sobre o histórico de discussão nessas audiências em torno do ativismo judicial e das orientações ideológicas dos juízes, cf. TOOBIN, Jeffrey. **The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court**. New York:

O debate norte-americano é também completo. O ativismo judicial nos Estados Unidos foi desenvolvido em contextos ideológico, político, social e cultural tão ricos e conflituosos, de aspectos tão amplos e, ao mesmo tempo, tão polarizados que seus diferentes elementos e variáveis o tornam de uma utilidade didática única. A compreensão do debate norte-americano é imprescindível para a investigação do tema em qualquer outra realidade política e seus mais destacados elementos e variáveis serão de extraordinária relevância para a compreensão do ativismo judicial contemporâneo no Brasil.

Este capítulo buscará o conhecimento desses elementos com o propósito de identificar tanto as formas de manifestação como os fatores que alimentam e moldam o desenvolvimento do ativismo judicial. Sem embargo, importantes decisões da Suprema Corte norte-americana, mais do que de qualquer outra, revelam, com impressionante clareza, os dois aspectos do ativismo judicial que compõem o centro desta dissertação: *primeiro*, que as decisões ativistas são multifacetadas, isto é, se revelam por diferentes dimensões – a interpretação criativa e expansiva da Constituição, a aplicação direta de direitos fundamentais implícitos ou apenas vagamente definidos, a falta de deferência à capacidade legal e epistêmica dos outros poderes, a superação de precedentes, etc.; *segundo*, que o ativismo judicial não é o resultado puro e simples de uma atitude deliberada de juízes e cortes, mas sim, que ele responde a uma pluralidade de fatores que influenciam e podem explicar o comportamento mais ou menos ativista dos juízes e das cortes – principalmente, que o *ativismo judicial pode ser politicamente construído e direcionado*.

A investigação deve começar pelo começo: primeiro é examinada a abordagem do historiador Arthur Schlesinger Jr., que inaugurou a discussão em torno do termo “ativismo judicial”,⁴² com o objetivo precípuo de compreender as raízes da expressão; depois examino casos relevantíssimos de “ativismo pré-histórico” da Suprema Corte, ou seja, decisões de grande importância histórica para o país e para o constitucionalismo mundial, que podem ser consideradas “decisões ativistas” tomadas antes da própria criação do termo; na sequência exploro a trajetória do ativismo judicial norte-americano sob a perspectiva do infindável embate político-ideológico entre conservadores e liberais, desde a chamada Era Lochner, culminando com a Corte Rehnquist. Ao fim, faço uma breve exposição da *Suprema Corte dos dias de hoje*, a *Roberts Court*, e o momento atual do seu ativismo judicial.

Anchor Books, 2007; PETTYS, Todd E. Judicial Discretion in Constitutional Cases. **Journal of Law & Politics** V. 26 (1), 2011, pp. 128/143.

⁴² SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. **Fortune** V. 35 (1), 1947. Sou muito grato ao Professor Ángel Oquendo pela obtenção da reprodução integral do texto original nos Estados Unidos.

1.2 A origem terminológica em Arthur Schlesinger Jr.: ativismo judicial v. autorrestrrição judicial

A doutrina norte-americana reconhece que o primeiro uso público do termo “ativismo judicial” coube ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr.⁴³ em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista *Fortune*, v. XXXV, nº 1, no mês de Janeiro de 1947. Nesse artigo, além de apresentar o termo, Schlesinger entregou outra importante lição: quanto mais uma corte se apresenta como uma instituição vital ao seu país e à sua sociedade, mais ela e seus membros deverão sujeitar-se a um julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa ser fator de suas decisões. Schlesinger defendeu a importância em saber as questões que dividem os juízes da Suprema Corte norte-americana e isso porque “suas decisões ajudam a moldar a nação por anos”.⁴⁴ Essa é uma lição fundamental para o contemporâneo momento de relevância política e social do Supremo Tribunal Federal.

O artigo de Schlesinger avaliou a Suprema Corte de 1947, formada quase inteiramente por juízes nomeados pelo então ex-presidente Roosevelt. O autor classificou os juízes da Corte em: (i) *juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres* – Justices Black e Douglas; (ii) *juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade* – Justices Murphy e Rutledge; (iii) *juízes campeões da autorrestrrição* – Justices Frankfurter, Jackson e Burton; e (iv) *juízes que representariam o equilíbrio de forças (balance of powers)* – Chief Justice Fred Vinson e o Justice Reed.

A Corte decidia dividida, tanto intelectual quanto pessoalmente, em dois grupos bem definidos: os ativistas, liderados por Hugo Black; e os autorrestritivos, liderados por Felix Frankfurter;⁴⁵ restando a dois juízes, Fred Vinson e Stanley Reed, alinharem-se a um ou a outro grupo conforme o caso. Com essa divisão, a Corte Vinson foi marcada por certo equilíbrio entre o ativismo judicial e a autorrestrrição judicial. Como será visto mais adiante neste capítulo (item 4.2., *infra*), esse equilíbrio teve fim com as mortes de Murphy e Rutledge.

⁴³ Existem anotações no sentido de que Schlesinger na verdade não teria criado o termo, mas o tomou de empréstimo de Thomas Reed Powell, seu colega de Harvard: GREEN, Craig. *An Intellectual History of Judicial Activism*. **Emory Law Journal** V. 58 (5), 2009, p. 1203, n. 19.

⁴⁴ SCHLESINGER Jr., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. **Fortune** V. 35 (1), 1947, p. 73.

⁴⁵ Realizando a mesma divisão: McWHINNEY, Edward. **Judicial Review in the English-Speaking World**. Toronto: University of Toronto Press, 1956, pp. 170/185; HORWITZ, Morton J. **The Warren Court and the Pursuit of Justice**. New York: Hill and Wang, 1998, p. 114; BURNS, James MacGrecor. **Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court**. New York: Penguin Press, 2009, p. 167.

Schlesinger apresenta o termo “ativismo judicial” exatamente como o oposto à “autorrestrição judicial”. Para o autor, os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, “mesmo que se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador”. Ao contrário, os juízes “campeões da autorrestrição judicial” têm uma visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com “deferência à vontade do legislador”.⁴⁶

Schlesinger analisou as divergências intelectuais e as disputas de poder entre as diferentes personalidades judiciais da Corte e concluiu que a oposição entre os juízes ativistas e os defensores da autorrestrição judicial resultava, no final, um “conflito fundamental sobre a própria função do judiciário em uma democracia”. Ainda que a animosidade pessoal fosse mais tensa entre os *Justices* Douglas e Frankfurter, o autor acertou em cheio ao eleger Hugo Black e Felix Frankfurter como principais *símbolos intelectuais*, respectivamente, do ativismo e da autorrestrição judicial. Sem dúvida, o pensamento extremado de ambos os juízes reflete melhor a oposição entre as filosofias judiciais que caracterizam esse “conflito fundamental”.

Black sempre defendeu que a Constituição e a *Bill of Rights* norte-americanas criaram uma forma de governo limitado, cabendo ao Judiciário “a responsabilidade primária e o dever de executar e tornar efetivas as liberdades constitucionais e as limitações sobre os Poderes Executivo e Legislativo.” Para Black, a *Bill of Rights* excluiu do Congresso qualquer poder sobre os direitos e liberdades individuais, ao passo que confiou às cortes o “dever sagrado” de proteger esses direitos. As cortes deveriam se comportar como “fortalezas impenetráveis contra as afirmações de poder pelo Legislativo e pelo Executivo.”⁴⁷

Frankfurter, ao contrário, talvez tenha sido o mais comprometido defensor da autorrestrição judicial na história da Suprema Corte, um juiz verdadeiramente *antiativismo*. Ele pertenceu a uma tradição de juízes que afirmaram a autorrestrição judicial como uma filosofia adjudicatória, que tinha em James Bradley Thayer o mais importante referencial

⁴⁶ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* V. 35 (1), 1947, pp. 75/77.

⁴⁷ BLACK, Hugo. The Bill of Rights. *New York University Law Review* V. 35 (4), 1960, pp. 879/880. Não se ignora que Black, já com mais de 80 anos, deu uma virada para a autorrestrição na interpretação da Constituição em seus últimos anos na Corte (aposentou-se em 1971, ano também de sua morte). Seu voto em *Griswold* (381 U.S. 479 [1965]) é o melhor exemplo.

teórico,⁴⁸ e nomes como Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis e Learned Hand⁴⁹ como principais representantes. Frankfurter defendia que o juiz deveria separar as convicções particulares de justiça substantiva de seu dever funcional na Corte e, por isso, ele atuava com igual deferência tanto ao legislador conservador quanto ao liberal. Ele foi um liberal fora da Corte, mas que adotou a autorrestrição judicial como um padrão para julgar em uma época de leis conservadoras e ao lado de juízes ativistas e liberais de forma que, ao sustentar a constitucionalidade dessas leis como decorrência de sua postura de autorrestrição, acabou sendo taxado de conservador. Porém, na realidade, Frankfurter era um juiz que adotava a autorrestrição judicial como um princípio de adjudicação que valia “para todas as estações”.⁵⁰

Ele era cético sobre supremacia judicial e acreditava que juízes “devem decidir ‘casos’ e ‘controvérsias’, e não criar um mundo novo.” Essa tarefa seria apenas do governo e do legislador.⁵¹ A função judicial, segundo Frankfurter, estaria sujeita a restrições próprias de uma sociedade democrática: interpretar leis além dos “significados das palavras utilizadas pelo legislador” corresponderia a “usurpar um poder que nossa democracia depositou em seus legisladores eleitos”. Por isso, “um juiz não deve reescrever uma lei, nem alargar ou contraí-la”,⁵² mas deve exercer suas funções com restrição e cautela, especialmente a *judicial review*. Nesse sentido, vale o registro de uma das passagens mais citadas de Frankfurter na Corte:

O impressionante poder desta Corte de invalidar tais leis, por ser limitado na prática apenas por nossa própria prudência em discernir os limites de nossa função constitucional, deve ser exercido com a máxima restrição. (...) o poder [dessa Corte] de invalidar a legislação não deve ser exercido como se, em teoria constitucional ou na arte de governo, ele se apresentasse como a única fortaleza contra as tolices ou excessos do momento.⁵³

⁴⁸ O principal marco teórico dessa linha judicial foi o festejado texto de James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, **Harvard Law Review** V. 7 (3), 1893, pp. 129/156, no qual o autor defendia que a *judicial review* só deveria ser exercida quando o juiz ou a Corte se deparassem com uma situação de inconstitucionalidade acima de qualquer dúvida razoável, ou seja, quando o legislador cometesse um “erro claro e manifesto”. A sua abordagem teórica será melhor explorada no Capítulo III.

⁴⁹ Sobre a influência comum de James Bradley Thayer a esses juízes, cf. MENDELSON, Wallace. *The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter*. **Vanderbilt Law Review** V. 31 (1), 1978, pp. 71/87; LUBAN, David. *Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint*. **Duke Law Journal** V. 44 (3), 1994, p. 451.

⁵⁰ MENDELSON, Wallace. *The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter*. **Vanderbilt Law Review** V. 31 (1), 1978, p. 80.

⁵¹ MENDELSON, Wallace. *The Orthodox, or Anti-Activist, View – Mr. Justice Frankfurter*. In: FORTE, David F. (Ed.) **The Supreme Court in American Politics. Judicial Activism v. Judicial Restraint**. Lexington: D.C. Heath and Co., 1972, p. 26.

⁵² FRANKFURTER, Felix. *Some Reflections on the Reading of Statutes*. In: O’BRIEN, David M. (Ed.) **Judges on Judging. Views from the Bench**. Washington: CQ Press, 2009, p. 286

⁵³ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 128 (1958).

Como se vê, não eram exatamente questões de política substantiva que separavam as ideias de Black e Frankfurter. Como disse Schlesinger, esses juízes “expressa[va]m elementos divergentes dentro de uma tradição liberal comum.”⁵⁴ Da mesma forma, não eram essas questões que substancialmente dividiam os demais juízes da Corte Vinson, todos igualmente nomeados por presidentes Democratas (Roosevelt e Harry Truman). O que realmente dividia os seus membros, muito bem representado pelas ideias opostas de Black e Frankfurter, era o diferente entendimento que tinham sobre o papel constitucional da Suprema Corte.

As divergências eram, enfim, uma disputa sobre o lugar da Suprema Corte no sistema de governo norte-americano, uma disputa travada por meio de posições radicais, mas intelectualmente honestas. No interior dos grupos divididos por Schlesinger, poderia até haver alguma discordância entre os juízes sobre casos específicos, mas nunca sobre a questão essencial da “natureza da função judicial”. Mas, entre esses grupos, o “grande debate” era mesmo sobre a extensão na qual a Suprema Corte estava permitida a intervir sobre o campo da política, como bem resumido pelo próprio Schlesinger:

O grupo Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode cumprir um papel afirmativo em promover o bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson advoga uma política de autorrestrição judicial. Um grupo é mais preocupado com o emprego do poder judicial em favor de sua própria concepção de bem social; o outro com expandir o campo de liberdade de conformação dos legisladores, mesmo se isso significar sustentar conclusões que eles particularmente condenam. Um grupo considera a Corte como um instrumento para alcançar resultados sociais desejados; o segundo como um instrumento para permitir que os outros poderes de governo alcancem os resultados que o povo deseja, sejam bons ou ruins. Em suma, a ala Black-Douglas parece estar mais preocupada em resolver casos particulares de acordo com suas próprias pré-concepções sociais; a ala Frankfurter-Jackson com preservar o judiciário em seu espaço estabelecido, mas limitado no sistema Americano.⁵⁵

Essa oposição de ideias entre os grupos liderados por Black – os “campeões do ativismo judicial” – e por Frankfurter – os “campeões da autorrestrição judicial” – desenvolvida por Schlesinger, a despeito de algumas acusações de superficialidade e incoerência em sua abordagem,⁵⁶ não deixou dúvidas quanto ao que o ativismo judicial

⁵⁴ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* V. 35 (1), 1947, p. 79.

⁵⁵ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* V. 35 (1), 1947, p. 201.

⁵⁶ Cf. GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal* V. 58 (5), 2009, pp. 1201/1209: o autor fala em “raízes superficiais” do termo, em terminologia confusa, acusa Schlesinger de não definir coerentemente o ativismo judicial, de falhar em explicar os critérios empregados para sua categorização e, por fim, de ser ambivalente em seu julgamento sobre o ativismo e a autorrestrição. Por outro lado, não se pode esquecer, como disse Randy Barnett, Constitutional Clichés, *Capital University Law Review* V. 36 (3), 2008, p. 493, que o historiador escreveu para uma audiência popular e não para especialistas. As acusações de Craig Green se mostram realmente excessivas e injustas.

representa: uma “declaração de poder”, enquanto a autorrestrrição consistiria em “resistir à supremacia judicial (...) em nome da deferência à vontade do legislador”.⁵⁷

Renúncia ao poder de revisar as leis não faria parte da agenda dos juízes ativistas, principalmente se isso atentasse contra os direitos humanos e contra o que julgassem ser o “espírito da tradição democrática Americana”. Ao contrário, a autorrestrrição requer essa renúncia, pois o próprio legislador deve corrigir seus erros. Juízes ativistas tomam decisões de caráter político e de criação positiva do direito, orientados por seu sentido de justiça social, sem fidelidade ao sentido literal do texto constitucional.⁵⁸ No entanto, juízes “campeões da autorrestrrição judicial” são humildes na interpretação da Constituição e deferentes às decisões dos demais poderes do governo ainda que contrárias às suas convicções políticas ou morais.

A formulação de Schlesinger apontou, portanto, para uma discussão muito mais político-institucional do que simplesmente jurídico-metodológica – decidir sobre o ativismo ou autorrestrrição judicial é decidir a respeito do *espaço decisório* da Suprema Corte no sistema constitucional e político do país. Ele tomou partido, como regra geral, da autorrestrrição judicial: “os maiores interesses da democracia nos Estados Unidos” “requerem que a Corte retraia ao invés de expandir seu poder”, devendo deixar a “instituições diretamente responsáveis ao controle popular” o poder de decisão. Contudo, acrescentou que o ativismo se justificaria caso “ameaçadas as liberdades que garantem a própria participação política dos indivíduos”,⁵⁹ ou seja, Schlesinger não negou o ativismo em absoluto, entretanto não o aceitava como uma rotina institucional da democracia norte-americana.

1.3 A pré-história do ativismo judicial⁶⁰

Como o próprio Schlesinger reconheceu, o ativismo judicial diz com disputas mais antigas sobre os limites da atuação da Suprema Corte norte-americana do que pode supor sua

⁵⁷ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* V. 35 (1), 1947, pp. 202/204.

⁵⁸ A toda evidência, a abordagem de Schlesinger Jr. adota a perspectiva atitudinal para os juízes ativistas da Suprema Corte, haja vista trabalhar com a ideia que esses juízes atuam sem responder a qualquer constricção legal (texto constitucional ou precedentes) ou sociopolítica (pressão dos partidos políticos, opinião pública), mas que apenas decidem de acordo com suas filosofias política e moral. Sobre o modelo atitudinal de adjudicação, cf. SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. New York: Cambridge University Press, 2002.

⁵⁹ SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* V. 35 (1), 1947, pp. 208 e 212.

⁶⁰ Tomo a expressão de empréstimo de Craig Green, An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal* V. 58 (5), 2009, p. 1209.

origem terminológica.⁶¹ Decisões da Corte podem ser identificadas como ativistas desde os primórdios da prática da *judicial review* e algumas são tão relevantes que transformaram não só o perfil da Suprema Corte, mas também a própria sociedade norte-americana. Aqui me refiro às decisões *Marbury v. Madison*, *Dred Scott v. Sandford* e *Lochner v. New York*, exemplos clássicos e complexos do ativismo judicial pré-histórico da Suprema Corte.⁶²

A primeira representou a afirmação histórica do poder da Suprema Corte de exercer a *judicial review* e repercutiu para sempre em seu papel no arranjo político-institucional estadunidense. A segunda procurou resolver a controvérsia da escravidão nos Estados Unidos, mas apenas exacerbou a divisão entre o Norte antiescravagista e o Sul escravagista, acelerando a eclosão da Guerra Civil que transformaria definitivamente o país. A terceira é o marco de uma era em que a Corte, em nome de uma filosofia de liberalismo econômico, impediu que políticas governamentais buscassem melhores condições de vida para os cidadãos menos privilegiados. O propósito deste tópico é avaliar historicamente essas decisões e identificar tanto que elas possuem diferentes dimensões – de ativismo mas também de autorrestrrição judicial – quanto que responderam a importantes variáveis políticas, ideológicas e estratégicas que se fizeram presentes.

Uma advertência deve ser antes feita – ainda que *Marbury* suscite questionamentos dos mais variados até hoje,⁶³ ela é uma decisão festejada pela história. Ao contrário, *Dred Scott* e *Lochner* são decisões execradas por toda a história. São símbolos de erro judicial e argumentos contra a própria *judicial review*. Em suma, são os *anticanon*.⁶⁴ Não obstante, *Dred Scott* e *Lochner* não são ativistas porque foram decisões erradas e de resultados ruins. *Korematsu*⁶⁵ entra em qualquer lista das piores decisões da Suprema Corte, mas se em *Dred*

⁶¹ SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, V. 35 (1), janeiro de 1947, p. 208.

⁶² Shapiro e Tresolini, **American Constitutional Law**. 4ª ed. New York: Macmillian Publishing, 1975, p. 60, dizem que *Marbury* e *Dred Scott* são “os dois maiores exemplos do ativismo da Suprema Corte em seus primórdios”. McWHINNEY, Edward. **Judicial Review in the English-Speaking World**. Op. cit., pp. 170/171: em *Lochner*, “a *Old Court*...estava tentando sustentar, através do ativismo judicial aplicado à Constituição, um empreendimento essencialmente *laissez-faire* para a vida econômica e social Americana.”

⁶³ Cf. TUSHNET, Mark (Ed.). **Arguing Marbury v. Madison**. Stanford: Stanford University Press, 2005.

⁶⁴ GREENE, Jamal. The anticanon. **Harvard Law Review** V. 125 (2), 2011, pp. 385/404.

⁶⁵ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). Nesse caso, a Suprema Corte, com o voto líder de Hugo Black, declinou ao Governo Federal em favor de suas ordens de detenção (*Executive Order 9066*) em campos de concentração, durante a Segunda Guerra Mundial e na sequência aos ataques a *Pearl Harbor*, de cidadãos nipo-americanos suspeitos de espionagem ou de contribuir para a invasão ou para ataques aos estados da Costa Oeste. Fred Korematsu foi um desses cidadãos, detido em 1942. Julgando o caso ao final de 1944, a maioria da Suprema Corte, ignorando que naquele momento o destino da Grande Guerra já estava definido a favor dos aliados, decidiu manter a detenção julgando-a válida “ao tempo em que foi praticada” e justificando a restrição aos direitos civis de Korematsu “porque [os Estados Unidos] est[avam] em guerra com o Império Japonês”.

Scott e *Lochner* a Corte foi muito agressiva em face do legislador, em *Korematsu* ela foi muito passiva em favor do Executivo em detrimento de liberdades fundamentais.⁶⁶

Exemplos como o de *Korematsu* ensinam que ativismo judicial e erro judicial não são sinônimos e, por isso, a *minha* escolha por *Dred Scott* e *Lochner* como exemplos *pré-históricos* de ativismo judicial nada tem a ver com ligar o ativismo a decisões ruins, o que é algo apenas contingente. Minha preferência por *Dred Scott* e *Lochner* se deu simplesmente porque elas foram...ativistas! Também porque suas circunstâncias produziram lições das mais importantes até os dias de hoje.

1.3.1 *Marbury v. Madison*

A Suprema Corte norte-americana, até a nomeação de John Marshall como seu *Chief Justice* em 1801, ocupou um espaço de desimportância na vida política do país. Marshall fortaleceu significativamente a Corte, dando-lhe identidade institucional, aumentando-lhe credibilidade e importância no cenário político norte-americano.⁶⁷ Com sua habilidade em minimizar conflitos institucionais, Marshall protegeu a Corte de ataques políticos, fazendo com que “os outros poderes de governo e o público em geral gradualmente aceita[ssem] a autoridade que ele reclamava para a Corte e o seu papel no processo decisório político”.⁶⁸ Ele deixou para seus sucessores a lição de “verem a si mesmos como fatores vitais no processo governamental” e sentirem-se “autorizados a ajudar a América a decidir que tipo de nação ela deve ser.”⁶⁹ O legado de Marshall foi o da alta relevância política e social da Suprema Corte.

A mais importante declaração de autoridade da Corte Marshall foi sua decisão de 1803, *Marbury v. Madison*,⁷⁰ em que o voto de Marshall afirmou o poder da Corte para julgar inconstitucional e deixar de aplicar uma lei federal incompatível face à Constituição. Essa decisão é reconhecida como a primeira afirmação da Suprema Corte de seu poder de *judicial*

⁶⁶ Mark Levin, **Men in Black. How the Supreme Court is destroying America**. Washington: Regnery, 2005, p. 17, julga *Korematsu* ativista porque a Corte negou aplicação ao sentido claro da V Emenda da Constituição.

⁶⁷ Cf. SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. **American Constitutional Law**. Op. cit., pp. 15/17; O'BRIEN, David M. **Storm Center. The Supreme Court in American Politics**. 8ª ed. New York: W.W. Norton & Company, 2008, p. 112.

⁶⁸ BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. 10ª ed., Washington: CQ Press, 2010, pp. 20/21.

⁶⁹ McCLOSKEY, Robert M. **The American Supreme Court**. 5ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, pp. 68/69

⁷⁰ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

review,⁷¹ que é a essência de seu papel no sistema de governo norte-americano. E como se verá, é também a prova mais antiga do caráter multidimensional das decisões ativistas e de como esse ativismo pode responder a diferentes fatores além do puramente legal.

O caso envolveu um *writ of mandamus* proposto por William Marbury diretamente na Suprema Corte em face do Secretário de Estado James Madison, com o propósito de obrigar o último a outorgar-lhe os poderes de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, cargo para o qual havia sido nomeado pelo presidente federalista, John Adams, em seus últimos dias de mandato. Em tomar posse em 1801, o presidente republicano, Thomas Jefferson (que havia derrotado Adams nas eleições presidenciais de 1800), ordenou que Madison negasse a investidura de Marbury. Diante de tal negativa, Marbury utilizou a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que havia outorgado à Suprema Corte a competência originária para julgar *mandamus* contra autoridades públicas, como secretários de estado do governo federal.

A Suprema Corte, liderada por Marshall, reconheceu tanto o direito de Marbury ao cargo como se tratar a hipótese de sua jurisdição originária na forma estabelecida pela Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789. Contudo, a Corte negou o pedido formulado no *mandamus*, sob o fundamento de que a Constituição, em seu art. III, não lhe outorgara essa jurisdição originária, mas tão-somente jurisdição em sede de recurso para julgar esse tipo de demanda. Por isso, o Congresso não podia, por meio da Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, ter expandido sua jurisdição para além do estabelecido no texto constitucional.

Marshall construiu o voto da Corte, portanto, não em razão da questão de fundo envolvida, e sim, tendo em conta a jurisdição da Suprema Corte como uma questão constitucional e o dever do Congresso em obedecer aos limites estabelecidos na Constituição:

Se o Congresso permanecesse livre para dar a esta corte jurisdição em sede de recurso, onde a Constituição declarou que sua jurisdição deve ser original; e jurisdição original, onde a Constituição declarou que deve ser em sede de recurso, a distribuição da jurisdição feita na Constituição seria forma sem substância. (...) Não pode ser presumido que alguma cláusula na Constituição tenha a pretensão de ser ineficaz; dessa forma, tal construção é inadmissível (...).⁷²

⁷¹ Afirmando que a Suprema Corte teria exercido o poder da *judicial review* antes da chegada de Marshall e da decisão de *Marbury*, cf. MENDELSON, Wallace. Was Chief Justice Marshall an Activist? In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M (Ed.). **Supreme Court Activism and Restraint**. Lexington: D.C. Heath and Company, 1982, p. 58.

⁷² 5 U.S. (1 Cranch) 137, 174 (1803).

A Corte Marshall julgou então inconstitucional e deixou de aplicar a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, afirmando historicamente o poder de *judicial review* da Suprema Corte. A *lógica de Marbury* é por todos conhecida: a Constituição é a lei suprema, imodificável por meios ordinários e pensamento contrário “subverteria o próprio fundamento de todas as constituições escritas”; um ato legislativo contrário à Constituição então não é lei, é ato nulo, e cabe à Corte declarar essa nulidade.

Marbury foi ativista em duas dimensões:⁷³ primeira, porque a Corte faltou com deferência ao Congresso, recusando-lhe uma competência sem que encontrasse na Constituição qualquer dispositivo que a afastasse expressamente; segunda, Marshall afirmou um poder espetacular para a Corte sem que a Constituição nada dissesse especificamente sobre ele.⁷⁴ Na realidade, “a Constituição tem comparativamente pouco a dizer sobre a Suprema Corte ou o judiciário federal em geral”.⁷⁵ O poder da *judicial review*, afirmado na “clássica argumentação estrutural” de Marshall, foi mais extraído da natureza e dos propósitos da Constituição do que dos significados normativos do seu texto.⁷⁶

Embora *Marbury* tenha, fora de dúvida, sido ativista, um aspecto relevante de restrição judicial escapa àqueles que são cegos ao caráter multidimensional de muitas decisões complexas e aos fatores extraleais que por diversas vezes motivam as decisões judiciais relevantes. Apesar de ter sido uma espetacular autoafirmação de poder (*judicial review*) pela Suprema Corte, o resultado imediato da decisão foi o de negar sua competência originária de controle sobre os atos de altas autoridades do governo e, com isso, abster-se de intervir na ação ilícita do governo federal sobre a violação do direito de Marbury. Sob essa perspectiva ou dimensão, *Marbury* foi uma decisão autorrestritiva, que retraiu o alcance do poder decisório da Corte, e não que expandiu esse poder.

Como explicar essa paradoxo? A explicação só é possível se assumir-se a perspectiva multidimensional de *Marbury* e transcenderem-se as suas motivações puramente jurídicas e metodológicas para investigá-la do ponto de vista estratégico que o contexto político lhe

⁷³ Em sentido contrário, cf. MENDELSON, Wallace. Was Chief Justice Marshall an Activist? In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. (Ed.) **Supreme Court Activism and Restraint**. Op. cit., pp. 59/60.

⁷⁴ HAND, Learned. **The Bill of Rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1958, p. 4.

⁷⁵ McCLOSKEY, Robert M. **The American Supreme Court**. Op. cit., p. 3: o máximo que se pode dizer é que ela não precluiu a Corte “de tornar-se o tribunal poderoso da história contemporânea”; VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Op. cit., p. 235: “(...) na fundação da América, a supremacia da Constituição era clara, mas sua execução judicial não (...)”.

⁷⁶ BLOOM JR., Lackland H. **Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution**. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 170/171.

impunha. *Marbury* foi construída tendo em conta os conflitos políticos contemporâneos que exigiram de Marshall toda sua habilidade institucional. Isso não pode ser ignorado.

Em função da disputa política que compunha o pano de fundo de *Marbury*,⁷⁷ Marshall tinha motivos de sobra para temer reações adversas do Presidente Jefferson, como o descumprimento da decisão e até mesmo o pedido de seu impeachment, caso a Corte desse razão completa a *Marbury*.⁷⁸ Por outro lado, Marshall também compreendia que “não haveria melhor oportunidade para formular a *judicial review*”,⁷⁹ de modo que ele promoveu então uma troca: abriu mão do poder de julgar originariamente *mandamus* contra altas autoridades políticas e assim não se opôs a Jefferson, mas, para tanto, afirmou o poder da *judicial review*. Com essa estratégia, a Suprema Corte foi institucionalmente preservada e, ao mesmo tempo, realizou uma *então* discreta afirmação de um *poder superior* voltado para o futuro. Como destacou Frederick Lewis, o ativismo judicial de Marshall “foi modelado pelo contexto em que ocorreu” e, por isso, durou por longo período.⁸⁰

Marbury oferece lições impescindíveis para os propósitos desta dissertação: que a *judicial review* já surgiu concretamente ativista e o ativismo judicial concretamente multidimensional, com mais de uma face ativista – falta de deferência da Suprema Corte ao Congresso Nacional e autoafirmação de um espetacular poder decisório sem previsão constitucional clara – e, ao mesmo tempo, diferentes faces de restrição judicial – negação do poder pela Corte para controlar originariamente atos de altas autoridades do governo e capitulação frente aos interesses do Presidente da República; e que o ativismo judicial pode ser o resultado de estratégias ambivalentes de preservação institucional e simultâneo avanço de poder político-normativo. Assim foi *Marbury*.

1.3.2 *Dred Scott v. Sandford*

Apesar da espetacular afirmação de poder em *Marbury*, apenas meio século depois a Suprema Corte voltou a exercer a *judicial review* e a declarar inconstitucional uma lei federal.

⁷⁷ Sobre os bastidores políticos da decisão, cf. SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. **American Constitutional Law**. Op. cit., pp. 73/75.

⁷⁸ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases**. Op. cit., p. 91: a “decisão de Marshall [foi] extraordinariamente sensível às condições políticas da época.”

⁷⁹ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. Op. cit., p. 22.

⁸⁰ LEWIS, Frederick P. **The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age**. Lanham: Rowman & Littlefield Publ., 1999, p. 9.

E o fez da pior maneira possível: no caso *Dred Scott v. Sandford*,⁸¹ em que afirmou o *status* constitucional da escravidão e proferiu a decisão, que é considerada por muitos, a mais infame de toda sua história.

Dred Scott foi escravo do major do Exército, John Emerson. À medida que Emerson era remanejado para diferentes postos militares, Scott o acompanhava e, em algumas dessas oportunidades, residiu em Territórios e Estados onde a escravidão era proibida. Foi assim em 1834, em *Rock Island*, no Estado de Illinois, cuja Constituição proibia a escravidão; e também em 1836, no *Fort Snelling*, localizado no então recém-criado Território de Wisconsin (1836-1848), em que a proibição da escravatura decorria da lei federal batizada como “Compromisso do Missouri” (1820).

Depois da morte de Emerson, em 1843, a viúva se recusou a entregar a Dred Scott sua liberdade. Ele então a demandou, na Corte estadual do Missouri, com o argumento de que tinha adquirido o direito à liberdade quando residiu no Estado de Illinois (1834-1836) e no Território Federal de Wisconsin (1836-1838), que proibiam a escravidão. Era a doutrina do “uma vez livre, sempre livre” (*once free, always free*). Inicialmente, Scott obteve a vitória, mas a decisão foi revertida pela Suprema Corte do Missouri. Depois de um arranjo para assegurar a jurisdição federal sobre o caso, a questão chegou à Suprema Corte.

Em março de 1857, a Corte decidiu que Dred Scott não tinha legitimidade processual para discutir sua liberdade nas cortes federais do país. O *Chief Justice* Roger Taney, que “então produziu o mais desastroso voto já emitido pela Suprema Corte”,⁸² disse que Scott não era “um membro da comunidade política formada e levada à existência pela Constituição”, mas sim, um “Negro” “cujos ancestrais foram trazidos a este país[,] vendidos como escravos”, e que eram considerados, ao tempo da promulgação da Constituição, “uma classe de seres humanos subordinada e inferior, que tinha sido subjugada pela raça dominante, e mesmo que emancipados, ainda permaneceriam sujeitos a sua autoridade”.⁸³

Ademais, na que é para muitos a formulação mais remota da cláusula do devido processo legal (*due process of law clause*) como limite substantivo às ações do governo que restringem liberdades fundamentais ou o direito de propriedade,⁸⁴ o *Chief Justice* Taney

⁸¹ 60 U.S. 393 (1856).

⁸² McCLOSKEY, Robert M. **The American Supreme Court**. Op. cit., p. 62.

⁸³ 60 U.S. 393, 403-405 (1856).

⁸⁴ TRIBE, Laurence. **The Invisible Constitution**. Op. cit., pp. 111/112; SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes**. New York: Basic Books, 2005, pp. 85

afirmou que a V Emenda garantia aos cidadãos americanos o direito constitucional de propriedade de escravos e, por isso, esse direito não poderia ter sido validamente diminuído pelo Congresso.⁸⁵ Portanto, Dred Scott não poderia adquirir sua liberdade pela permanência no Território de Wisconsin porque a Corte declarou a própria inconstitucionalidade da lei federal que havia proibido a escravidão naquele território (o Compromisso do Missouri).

O ativismo judicial de *Dred Scott* não está na afirmação de que negros não eram cidadãos e, sim, uma “raça infeliz”, “inferior”, simples “artigos de mercancia”. Essas afirmações compõem o caráter moralmente odioso da decisão. O caráter ativista está principalmente na ambição (ou ingenuidade?)⁸⁶ da Corte em tentar resolver o conflito político mais tormentoso daqueles dias e em negar ao Congresso o poder de controlar esse conflito nos territórios federais. Em vez de evitar questão tão tormentosa, a Corte acabou constitucionalizando a escravidão e excluindo o poder do Congresso de tratar o tema.

Agindo dessa forma, a Corte não foi só ativista mas também inconsequente. A cautela estratégica, que esteve presente em *Marbury*, faltou à Corte Taney, que errou gravemente ao “imaginar que uma questão política ardente pudesse ser temperada chamando-a de questão ‘legal’ e decidindo-a judicialmente”.⁸⁷ Essa ação da Corte, como se sabe, só fez agravar a divisão político-ideológica do país, ajudando a eclosão da Guerra Civil.⁸⁸

Por outro lado, assim como *Marbury*, *Dred Scott* apresenta mais de uma face em torno do ativismo judicial. Taney fundamentou seu voto no dever de interpretar a Constituição de acordo com o *status* do negro ao tempo em que o documento foi ratificado (1787-1788) – o negro não era considerado *cidadão* pelos que redigiram e ratificaram a Constituição (*founding fathers*), mas pertencia a uma classe subordinada e inferior de seres humanos. Ainda que julgasse injusta essa conclusão, Taney não admitiu para a Suprema Corte o papel de *poder constituinte reformador*, tão próprio das Cortes ativistas contemporâneas. Ele afirmou que não é “atribuição [da Corte] decidir sobre a justiça ou injustiça” e que as injustiças da Constituição encontram nela mesma seu remédio: o processo de emenda constitucional.⁸⁹ Enquanto a

⁸⁵ 60 U.S. 393, 451-452 (1856).

⁸⁶ LEWIS, Frederick P. **The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age.** Op. cit., p. 10.

⁸⁷ McCLOSKEY, Robert M. **The American Supreme Court.** Op. cit., p. 63.

⁸⁸ Cf. DEVINS, Neal; FISHER, Louis. **The Democratic Constitution.** New York: Oxford University Press, 2004, pp. 149/151; BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics.** 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986, pp. 259/262.

⁸⁹ *Dred Scott* foi realmente superada formalmente apenas por meio da XIII Emenda. Cf. FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues.** Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 203.

norma constitucional injusta permanecesse inalterada, prosseguiu Taney, ela “deveria ser interpretada (...) como foi entendida ao tempo de sua adoção”.⁹⁰

O paradoxo comportamental é evidente: como explicar que uma Corte, tão ambiciosa em resolver o tema mais tormentoso de seu tempo e indiferente à posição do Congresso, fez, ao mesmo tempo, uma defesa tão veemente da limitação de seu papel como intérprete constitucional? Assim como em *Marbury*, fatores externos e estratégicos, e não puramente jurídicos, podem fornecer uma resposta adequada.

Dred Scott é uma hipótese de *uso político da Corte*. Em 1857, o Presidente Buchanan ainda não havia tomado publicamente uma posição sobre o problema da escravidão e seu próprio partido estava fragmentado entre a facção antiescravagista do Norte e a escravagista do Sul. Qualquer que fosse sua decisão, ele sofreria custos políticos. Receoso, Buchanan declarou, dois dias antes do julgamento, que a escravidão era “felizmente, uma questão de pouca importância prática”, pois era uma “questão judicial, que legitimamente pertenc[ia] à Suprema Corte”, que a “julgaria rápido e em definitivo” e ele, como deveria fazer todo bom cidadão, aceitaria a decisão, independente do resultado.⁹¹

A estratégia de Buchanan, para fugir dos ônus do conflito, foi então “despolitizar” e, conseqüentemente, judicializar a questão, transferindo para a Suprema Corte a responsabilidade por sua resolução⁹² – uma *hipótese ancestral de judicialização da política*. Buchanan reforçou a autoridade da Corte para preservar a sua, de forma que essa agressividade judicial se deu em um ambiente de forte incentivo político da mais importante autoridade do país: o Presidente da República. Por sua vez, a fidelidade ao sentido normativo original⁹³ de “cidadão” na Constituição foi estrategicamente utilizada pela Corte para justificar o caráter judicial da questão, legitimando, ao mesmo tempo, a renúncia de Buchanan em resolver a questão e o avanço de seu poder legal sobre o tema. Todavia, a história contou que a passividade de Buchanan e o ativismo da Corte foram ambos equivocados.

Dred Scott também apresenta importantes lições para a abordagem do ativismo judicial desta dissertação: primeiro, que decisões ativistas sobre temas cruciais podem

⁹⁰ 60 U.S. 393, 426 (1856).

⁹¹ WHITTINGTON, Keith E. **Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History**. Princeton: Princeton University Press, 2007, p. 69.

⁹² Cf. GRABER, Mark A. Constructing Judicial Review. **Annual Review of Political Science** V. 8, 2005, pp. 425/426

⁹³ A abordagem de Taney tem todas as características do *originalismo*. Não é por menos que Cass Sunstein, **Radicals in Robes**. Op. cit., p. 85, diz que “não é implausível descrever *Dred Scott v. Sandford* como a primeira manifestação proeminente do ‘originalismo’ no direito constitucional Americano”.

responder aos propósitos de autoridades públicas que transferem para a Corte a responsabilidade por essas decisões como parte de uma estratégia de evitar custos políticos de medidas controversas; segundo, decisões ativistas sobre questões cruciais devem sempre ser precedidas de cálculos precisos quanto a seus efeitos sistêmicos e suas consequências políticas; terceiro, o caráter multifacetado das decisões ativistas fica evidente também em *Dred Scott*, que representou, de um lado, uma postura agressiva e intrusiva da Corte em assunto eminentemente político e altamente controverso, mas de outro, foi construída sobre uma base metodológica e institucional de humildade judicial, notadamente a fidelidade ao sentido original da Constituição e a negação do poder de reforma ou *correção moral* da Carta.

1.3.3 *Lochner v. New York*

No caso *Lochner*, estava em jogo decidir se uma lei do Estado de Nova Iorque (*Bakeshop Act*), que criminalizou a exigência ou a permissão da jornada de trabalho de padeiros, que excedesse a sessenta horas semanais ou à média de dez horas diárias, com o propósito de proteger a saúde e o bem-estar dessa classe de trabalhadores e da população em geral, teria representado um exercício regular do poder de polícia do Estado e, portanto, uma interferência legislativa necessária e apropriada sobre a liberdade individual dos contratantes. Em suma, a questão era saber se o legislador estadual poderia interferir nas relações contratuais de trabalho. A maioria da Suprema Corte decidiu que não.⁹⁴

A Suprema Corte declarou a lei inconstitucional porque ela teria restringido, sem fundamento razoável, “o direito de contrato entre o empregador e o empregado concernente ao número de horas em que o último pode trabalhar” o que violava, segundo a maioria da Corte, “[a] liberdade do indivíduo protegida pela XIV Emenda da Constituição Federal”.⁹⁵ A lei configurou, de acordo com a retórica libertária do *Justice* Rufus Peckham, uma interferência desarrazoada, desnecessária e inadequada do Estado de Nova Iorque sobre o direito de livre contratação das partes envolvidas. A lei não teria observado o princípio constitucional do devido processo legal substantivo.

Lochner simbolizou um período de jurisprudência conservadora da Suprema Corte (*Era Lochner*), marcada pela ideologia do *laissez faire* e por uma leitura amplificada da

⁹⁴ 198 U.S. 45 (1905).

⁹⁵ 198 U.S. 45, 53 (1905).

Emenda XIV e de sua cláusula do devido processo legal *substantial*.⁹⁶ Aplicando um teste muito rigoroso de legitimidade, a Corte declarou inconstitucionais várias leis federais e estaduais de caráter regulatório e social, que dispunham sobre salários mínimos, limites de horas diárias e semanais de trabalho, contratação preferencial de empregados sindicalizados, estímulo à associação de trabalhadores, etc.⁹⁷

Lochner é também considerada uma das decisões mais desastrosas da história da Suprema Corte e seus principais defeitos foram denunciados nos votos dissidentes de dois importantes juízes, John Marshall Harlan e Oliver Holmes. Harlan destacou que a Corte estava diante de uma questão de política legislativa envolvida tanto em incerteza fática como em divergência teórica e, por isso, havia “espaço para debate e para uma diferença honesta de opinião” suficiente para exigir da Corte uma postura de deferência à decisão prévia do legislador, que representava a vontade do povo de Nova Iorque. Apenas se a restrição legislativa à liberdade de contratar se mostrasse absolutamente desarrazoada e desnecessária, de inconstitucionalidade além de qualquer dúvida razoável, a Corte deveria intervir.

De acordo com Harlan, a maioria da Corte estava decidindo sem levar em conta a capacidade deliberativa do legislador e sem considerar sua própria falta de capacidade institucional para tratar de temas como saúde e segurança. Em se tratando de questões técnicas de política pública de saúde e bem-estar social, a Corte deveria dar mais importância aos estudos e aos cálculos prévios feitos pelo legislador estadual nova-iorquino. Por tudo isso, ele concluiu que a postura de autorrestrrição judicial seria a única adequada ao caso julgado.⁹⁸

Oliver Holmes lançou em *Lochner* “um dos mais celebrados e influentes votos da história Norte-americana”,⁹⁹ acusando a maioria de seus pares de decidir baseada em “uma teoria econômica que não é acolhida por uma grande parte do país” e declarando que mesmo que ele concordasse com essa teoria, não seria sua função impô-la sobre a vontade do legislador estadual. Holmes destacou que “uma Constituição não é pretendida a incorporar uma teoria econômica particular, (...) [mas] é feita por pessoas de pontos de vista fundamentalmente divergentes” o que deslegitimaria a Corte e legitimaria as maiorias políticas de cada tempo para decidir qual teoria econômica deve prevalecer em cada momento

⁹⁶ SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. **American Constitutional Law**. Op. cit., pp. 313/315.

⁹⁷ Cf. STRAUSS, David A. Why was *Lochner* Wrong? **The University of Chicago Law Review** V. 70 (1), 2003, pp. 373/374.

⁹⁸ 198 U.S. 45, 65-74 (1905).

⁹⁹ BERNSTEIN, David E. **Rehabilitating Lochner. Defending Individual Rights against Progressive Reform**. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 35.

histórico. Por essa razão, ele condenou a visão político-libertária da Corte sem que isso pudesse decorrer da própria Constituição.

Holmes criticou também o maximalismo da maioria da Corte, que promoveu uma profunda teorização da XIV Emenda e de sua cláusula do devido processo legal. “Proposições gerais não decidem casos concretos”, ele disse, e o termo “liberdade” acaba “pervertido” com sua abordagem amplificada e seu uso indiscriminado em detrimento de decisões razoáveis tomadas pelas maiorias legislativas.¹⁰⁰ O discurso de Holmes em favor do dever de deferência da Suprema Corte às decisões prévias do legislador, assim como o de Harlan, foi típico de autorrestrrição judicial para o caso *Lochner*.¹⁰¹

Na linha manifestada por Harlan e Holmes, o ativismo judicial de *Lochner* se destacou fundamentalmente em duas dimensões. A primeira foi que a Suprema Corte defendeu um direito absoluto de contratar sem previsão expressa no texto constitucional, apenas deduzindo-o de uma norma constitucional muito vaga e indeterminada como a do devido processo legal. É sem dúvida uma manifestação ativista que sugere algumas críticas. No entanto, ela levanta uma questão no mínimo instigante: como compatibilizar essa crítica ao *velho* ativismo judicial conservador de *Lochner* com a afirmação liberal contemporânea do ativismo judicial de defesa dos direitos fundamentais, se ambas as práticas estão ligadas à interpretação ampliativa dos catálogos de direitos e à afirmação de direitos implícitos?¹⁰²

Segundo penso, o problema maior de *Lochner* não foi aplicar direitos não enumerados na Constituição, mas sim, o fato de a maioria da Corte ter subvalorizado os outros bens e interesses em jogo. Não é todo o ativismo de *Lochner* que deve ser condenado, no entanto, ele precisa de um recorte que o torne adequado a um mundo marcado pelo pluralismo e pela necessidade de proteção social pelo Estado em favor das classes desfavorecidas.

A segunda manifestação ativista da decisão foi o fato de a Corte *Lochner* ter interferido em um caso legislativo de política pública que, por sua natureza e conteúdo, exigia

¹⁰⁰ 198 U.S. 45, 75 (1905).

¹⁰¹ Não obstante, não se pode ignorar que em Holmes também há uma matriz relevante da dimensão interpretativa e metodológica do ativismo judicial. De acordo com Richard A. Posner, **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 232, “... em muitos de seus votos, Holmes rejeitou a então ortodoxa noção que juízes podiam decidir casos difíceis por um processo de ou muito similar à dedução lógica de premissas dadas por textos legais impositivos, ou por princípios universais inquestionáveis que inspiram e são subjacentes àqueles textos”. Cf. HOLMES, Oliver Wendell Jr. The Path of Law. **Harvard Law Review** V. 10 (8), 1897, pp. 457/478.

¹⁰² Essa é a preocupação desenvolvida por STRAUSS, David A. Why was *Lochner* Wrong? **The University of Chicago Law Review** V. 70 (1), 2003, pp. 373/386.

deferência à capacidade epistêmica do legislador.¹⁰³ A Suprema Corte agiu com o máximo rigor no julgamento da “veracidade das estimativas empíricas” da lei, ou seja, das conclusões empíricas que motivaram o legislador. Não reconheceu ao legislador de Nova Iorque o que Robert Alexy denomina de *margem de ação epistêmica do tipo empírico*, isto é, que cabe ao legislador, *prima facie* em uma democracia, dizer dos fatos relevantes e dos resultados práticos pretendidos que dirigem as ações legislativas restritivas de direitos.¹⁰⁴ O ativismo de *Lochner*, portanto, não levanta apenas objeções de natureza democrática, mas também questões ligadas à temática das capacidades institucionais.

A histórica decisão é também paradigmática para o estudo sobre o ativismo judicial. Ela possui duas dimensões destacadas do ativismo contemporâneo – a aplicação imediata e vigorosa de direitos fundamentais apenas vaga ou mesmo implicitamente previstos na Constituição; e a falta de deferência à capacidade legal e epistêmica do Executivo ou do Legislativo em matéria de políticas públicas.

Ademais, a decisão foi muito tributária da preferência da maioria conservadora da Corte por uma filosofia econômica *laissez faire* para a sociedade norte-americana. Isso significa que *Lochner* – assim como ocorrera com *Marbury* e *Dred Scott* – não se deu em um vácuo político, mas desenvolveu-se na então incipiente disputa entre conservadores e progressistas em torno das questões econômicas e sociais mais importantes do país. Na realidade, desde então, o ativismo judicial nos Estados Unidos tem sido marcado profundamente por essa disputa. É do que me ocupo nos tópicos seguintes.

1.4 O ativismo judicial entre conservadores e liberais

A história do ativismo judicial nos Estados Unidos é marcada por um duelo político-ideológico entre conservadores e liberais *pela alma* da Suprema Corte. As concepções morais e políticas dos juízes têm alguma influência para seus votos em casos difíceis, nos quais o direito escrito não oferece uma resposta única nem mesmo precisa. Nesses casos mais

¹⁰³ Cf. HORWITZ, Paul. Three Faces of Deference. *Notre Dame Law Review* V. 83 (3), 2008, pp. 1085/1090. Sobre a capacidade epistêmica superior do legislador em relação à Suprema Corte como argumento de autorrestrição judicial em favor da maior capacidade institucional do Legislativo, cf. VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*. Op. cit.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional* V. 66, 2002, pp. 50/53.

complexos e normalmente mais importantes, juízes de distintas orientações ideológicas fazem julgamentos inevitavelmente políticos, de sentidos opostos e igualmente controversos.¹⁰⁵

Os partidos políticos sabem muito bem disso e procuram utilizar essa variável para avançar na Corte suas agendas por meio dos mecanismos de nomeação (Presidente) e confirmação (Senado) de juízes. É o processo de interpretação constitucional nas cortes sendo implicado e interagindo com o sistema político-democrático. A consequência disso é um eterno embate ideológico e também partidário em torno de decisões judiciais cruciais: conservadores, de um lado; liberais de outro; o Partido Republicano, normalmente do lado conservador; o Partido Democrata, do liberal; e no meio, a “melhor” ou “mais adequada” composição da Suprema Corte.

Conservadores e liberais divergem sobre o grau de intervenção do Estado na economia, federalismo, aborto, direitos dos gays, ações afirmativas raciais, pena de morte, financiamento de campanhas eleitorais, etc.¹⁰⁶ Mas o desenvolvimento judicial dessas controvérsias mostra um ponto comum: ambos são dispostos a utilizar o ativismo judicial para avançar suas agendas político-ideológicas e são igualmente dispostos a atacar juízes e cortes quando não é sua agenda que está sendo posta em prática. Como disse um destacado juiz norte-americano, “quando liberais são preponderantes na Corte, conservadores exaltam autorrestrrição e denunciam ativismo”, mas “quando conservadores são preponderantes na Corte, liberais exaltam autorrestrrição ...e denunciam ‘ativismo judicial conservador’”.¹⁰⁷

Os acontecimentos a seguir descritos revelam como essa adversidade histórica, entre conservadores e liberais e seus partidos políticos correspondentes, torna o debate norte-americano sobre o ativismo judicial um “debate sem fim”¹⁰⁸ e também como fatos e circunstâncias políticas podem influenciar a direção das decisões ativistas.

¹⁰⁵ SUNSTEIN, Cass R. **Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary**. Washington: Brookings Institution Press, 2006, p. 147. Não se está assumindo aqui, e muito longe disso, a perspectiva atitudinal *absoluta* de adjudicação (cf. por todos, SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. Op. cit.) no sentido de os juízes atuarem completamente livres de constrações legais ou extralegis para avançarem apenas suas ideologias. Na realidade, o que se quer dizer é que a ideologia dos juízes cumpre um papel importante em suas decisões, mas não é a única variável operante.

¹⁰⁶ Para uma sistematização interessante e segura das decisões da Suprema Corte desde aproximadamente 1954 até os dias de hoje, cf. BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 324/344.

¹⁰⁷ EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism. **Colorado Law Review** 73 (4), 2002, p. 1403.

¹⁰⁸ ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Toronto: Irwin Law, 2001, p. 15.

1.4.1 Ascensão e queda da Corte Lochner: os mesmos fatores políticos

Além do conservadorismo, o ativismo judicial da Corte Lochner impressionou também pela insistente incapacidade de reação do sistema político. Apesar de todas as críticas, máxime de pensadores e políticos progressistas, *Lochner* foi a *law of the land* por pouco mais de três décadas¹⁰⁹ e sua superação só foi possível com Roosevelt e seu *Court-Packing Plan*. Uma pesquisa mais profunda revela que o principal fator de superação da Corte Lochner foi também o de sua formação: a política. Veneno e antídoto se confundem no conjunto de estratégias que envolveram o antes e o depois de *Lochner*.

Em 1870, a Suprema Corte decidiu *Hepburn v. Griswold*,¹¹⁰ caso que envolveu uma lei federal (*Legal Tender Act*, de 1862) autorizativa da emissão de moeda-papel (*greenback*) com eficácia retroativa de moeda corrente do país, hábil para pagamento de dívidas contraídas mesmo antes da publicação da lei. O governo federal emitiu em torno de um milhão e meio de dólares dessas notas com o propósito de custear seus gastos com a Guerra Civil. No entanto, a Suprema Corte julgou inconstitucional a utilização retroativa da nova moeda. As dívidas contratadas antes da lei, segundo a Corte, deveriam ser pagas exatamente como pactuadas: em moedas de prata ou ouro, que eram dotadas de valor intrínseco.

Essa decisão deixou não apenas o governo federal descontente, mas também o setor econômico mais importante da época: o ferroviário. Havia a necessidade para ambos de que *Hepburn* fosse superada. No mês seguinte à decisão, o presidente Grant teve a oportunidade de nomear dois novos juízes para a Corte e ele indicou dois advogados de companhias ferroviárias. Também pediu a reavaliação das questões decididas em *Hepburn*. Em um ano e com os votos decisivos dos dois novos juízes, a Suprema Corte superou *Hepburn*.¹¹¹

Na época, a posição da Corte em favor das poderosas corporações econômicas tornou-se uma tendência, que se consolidaria com a contínua nomeação de advogados de ferrovias e de outros poderosos setores econômicos para a Corte, todos fervorosos defensores do *laissez faire*. Os Estados Unidos viviam então o período conhecido como a “Era Dourada” (*Gilded Age*), caracterizada por um crescimento econômico extraordinário, principalmente das estradas de ferro. Como disse MacGrecor Burns, foi uma era marcada pela “devoção

¹⁰⁹ Em sentido contrário, definindo *Lochner* como *outlier*, cf. BERNSTEIN, David E. **Rehabilitating Lochner. Defending Individual Rights against Progressive Reform**. Op. cit., p. 51.

¹¹⁰ 75 U.S. 603 (1870).

¹¹¹ *Knox v. Lee*, 79 U.S. 457 (1871).

Republicana pós-guerra civil ao *laissez faire*” e pela “ubiquidade do poder das rodovias”,¹¹² e nesse cenário foi até natural a influência das principais corporações econômicas sobre o governo federal na formação da Suprema Corte.

Essa estratégia resultou, todavia, a formação de uma Corte que aos poucos se mostraria hostil a toda e a qualquer intervenção estatal sobre a liberdade das empresas. Depois de *Hepburn*, a Suprema Corte ainda admitiu a intervenção estatal na economia nos importantes casos *Slaughter-house* (1872) e *Munn v. Illinois* (1877).¹¹³ Porém, nesses julgados, ganharam destaque os votos vencidos do Justice Stephen Field, que anteciparam a “ideia de liberdade de contrato” e a “ideologia conservadora [que] dominaria a Corte por uma década ou duas”.¹¹⁴ Nesses votos, encontrava-se a futura base doutrinária de *Lochner*: a dimensão substancial da cláusula do devido processo legal da XIV Emenda.

Em 1890, julgando *Chicago, Milwaukee and St. Paul Railway. Co. v. Minnesota*,¹¹⁵ a Suprema Corte, então já solidamente devotada ao *laissez faire* e seguindo a linha dos referidos votos vencidos de Field em *Slaughter-house cases* e *Munn*, anulou lei do Estado de Minnesota por considerar desarrazoada, sob o prisma do devido processo legal substantivo, sua regulação de tarifas de transporte ferroviário. Com essa decisão, a Corte consolidou de uma vez a cláusula do devido processo legal como uma “ferramenta importante para a proteção da propriedade privada e de direitos adquiridos” contra as intervenções do Estado na economia e seu papel de “censor perpétuo” da legislação econômica e regulatória norte-americana.¹¹⁶

Esse foi então o perfil de Corte intervencionista que vigorou na última década do séc. XIX e que no início do séc. XX viria a decidir *Lochner*: ativista e conservadora na defesa do *direito natural* de propriedade e da liberdade de contrato; hostil quanto à intervenção estatal na economia. Portanto, o ativismo judicial conservador da Era *Lochner* encontrou sua origem na estratégia do governo em estabelecer a composição da Suprema Corte, durante as últimas décadas do século XIX, majoritariamente favorável aos interesses da elite econômica então dominante. Política democrática e força econômica interagiram para institucionalizar na

¹¹² BURNS, James MacGrecor. **Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court.** Op. cit., p. 97.

¹¹³ 83 U.S. 36 (1872); 94 U.S. 113 (1877).

¹¹⁴ BURNS, James MacGrecor. **Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court.** Op. cit., p. 102; no mesmo sentido: BERNSTEIN, David E. **Rehabilitating Lochner. Defending Individual Rights against Progressive Reform.** Op. cit., p. 17.

¹¹⁵ 134 U.S. 418 (1890). Merece destaque também *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

¹¹⁶ SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. **American Constitutional Law.** Op. cit., pp. 309-311.

Suprema Corte a interpretação constitucional que consideravam a mais adequada (proteção da propriedade e da liberdade econômica das grandes empresas).

Isso explica bastante a decisão da Suprema Corte em *Plessy*,¹¹⁷ outra candidata à pior decisão de sua história.¹¹⁸ Nessa decisão de 1896, a Corte legitimou medida legal de segregação racial, deixando muito claro que sua vocação para proteger direitos restringia-se à liberdade econômica das grandes empresas e, nessa linha de pensamento libertário, não poderia alcançar questões de igualdade e de proteção a minorias excluídas. Muito ao contrário, a preocupação do Estado com as minorias desprotegidas seria o grande alvo desse modelo político-ideológico de Corte que havia então se formado e que dominaria a cena por quase meio século (1890-1937).

A dimensão marcante do ativismo judicial desse período (Era *Lochner*) foi da interferência da Suprema Corte nas políticas públicas estabelecidas pelo governo. A Corte agia com pouca ou nenhuma deferência às importantes decisões políticas dos outros poderes e, o que é ainda pior, para a manutenção do *status quo* em favor dos mais poderosos. Para mudar esse persistente quadro de ativismo reacionário, de defesa dos interesses de elites econômicas e de insuficiência na proteção de minorias e classes socialmente desfavorecidas, seria necessária a mesma estratégia que lhe favoreceu inicialmente: a ação política sobre a formação da Corte. E foi aí que entrou em cena o presidente Franklin Delano Roosevelt.

Durante a “Grande Depressão”, grave crise econômica dos anos 30, Roosevelt lançou um amplo programa de intervenção econômica e social, conhecido como *New Deal*, com o propósito de recuperar a economia norte-americana e proteger as classes sociais mais pobres e prejudicadas pela crise. A Suprema Corte, em maio de 1935, seguindo os mesmos princípios conservadores que caracterizaram sua jurisprudência das últimas décadas do século XIX e em *Lochner*, negou validade a três dessas importantes medidas.¹¹⁹ Para a maioria conservadora,¹²⁰ o Congresso havia delegado inconstitucionalmente poderes ao presidente para intervir na

¹¹⁷ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

¹¹⁸ Em seu voto vencido, John Marshall Harlan profetizou que *Plessy*, “com o tempo, provará ser tão nociva quanto a decisão da Corte no caso *Dred Scott*.” (163 U.S. 537, 559)

¹¹⁹ *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U. S. 495 (1935); *Louisville Joint Stock Land Bank v. Radford* 295 U.S. 555 (1935); *Humphrey’s Executor v. United States* 295 U.S. 602 (1935).

¹²⁰ Em 1935, a Suprema Corte possuía uma sólida base conservadora, composta por quatro juízes conhecidos como os “Four Horsemen”: Willis Van Devanter, James McReynolds, George Sutherland e Pierce Butler. No extremo oposto, havia uma minoria liberal composta por três dos mais notáveis juízes da história da Suprema Corte: Louis Brandeis, Harlan Fisk Stone e Benjamin Cardozo. O *Chief Justice* Charles Evans Hughes, outro notável juiz, e Owen Roberts eram considerados moderados, mas, na maior parte das vezes, o primeiro se juntava à ala liberal e o segundo formava a maioria conservadora.

economia. Nem mesmo circunstâncias extraordinárias, como as que se faziam presentes na ocasião, justificariam tamanha interferência nos negócios particulares.

Depois dessas decisões, a Corte ainda anulou outras medidas,¹²¹ colocando-se definitivamente em uma situação não apenas de impopularidade, mas em uma espessa zona de conflito institucional, contrapondo-se ao Executivo e ao Legislativo sob a liderança de Roosevelt. O presidente decidiu então investir contra a própria estrutura conservadora da Suprema Corte, formulando o que ficou conhecido como *Court-Packing Plan*: o presidente propôs ao Congresso, em 5 de fevereiro de 1937, lei estabelecendo a nomeação de um juiz adicional para cada outro da Corte que superasse a idade de 70 anos. Como a Corte era, na época, a mais velha da história (a *Old Court*), Roosevelt poderia então nomear até seis juízes de uma só vez e, assim, povoá-la com homens que apoiavam o *New Deal* e colocar um ponto final no ativismo judicial conservador até então vigente.

O plano não foi realizado exatamente como formulado, pois sua proposta de “abarrotar” a Corte não teve apoio popular nem político, mas Roosevelt, com a pressão política que exerceu, no final alcançou a vitória: em pouco mais de um mês depois, em uma série de decisões iniciada com *West Coast Hotel Co. v. Parrish*,¹²² a Suprema Corte “capitulou em meio à ameaça de uma autêntica crise constitucional”¹²³ e superou suas decisões anteriores contra o *New Deal*. Em função da mudança de orientação do juiz moderado Owen Roberts – que ficou conhecida como “the switch in time that saved nine” – a nova maioria a favor do *New Deal* abandonou a doutrina de *laissez faire* e negou o caráter absoluto da liberdade de contrato, reconhecendo que esse direito deveria sujeitar-se à regulação razoável pelo Estado. A Corte deixou de lado o ativismo conservador e passou a ser deferente às medidas de reforma política e social do *New Deal*, sendo asseguradas, em definitivo, as transformações constitucionais¹²⁴ pretendidas pela coalizão política dominante liderada por Roosevelt.

¹²¹ 297 U.S. 1 (1936); 298 U.S. 238 (1936); 298 U.S. 513 (1936); 298 U.S. 587 (1936).

¹²² *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937); cf. também 300 U.S. 440 (1937), 300 U.S. 515 (1937), 301 U.S. 1 (1937), 301 U.S. 49 (1937), 301 U.S. 58 (1937), 301 U.S. 103 (1937), 301 U.S. 142 (1937), 301 U.S. 548 (1937), 301 U.S. 619 (1937).

¹²³ SUNSTEIN, Cass. **The Second Bill of Rights. FDR’s Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever**. New York: Basic Books, 2004, p. 54.

¹²⁴ Sobre a afirmação/revolução do *New Deal* como um “momento constitucional” que modificou informalmente a Constituição, alterando profundamente a visão então dominante do direito constitucional ao estabelecer “um novo arranjo institucional por meio do qual o Povo Americano pode definir, debater, e finalmente decidir seu futuro constitucional”, cf. ACKERMAN, Bruce. **We the People. Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 47 et seq.

Posteriormente, dentro da normalidade institucional de nomeação de juízes para a Suprema Corte,¹²⁵ Roosevelt assegurou sua vitória definitiva e a Corte, como defende Robert Dahl, tornou-se parte essencial da aliança política de governo:¹²⁶ nos anos seguintes à sua mudança de orientação, houve várias aposentadorias e mortes dos membros da *Old Court* e Roosevelt nomeou, entre 1937 e 1943, nada menos que oito novos juízes, todos defensores do *New Deal* e ligados ao Partido Democrata ou à sua administração. Ele ainda indicou um novo *Chief Justice* em 1941, Harlan Fisk Stone, um republicano liberal que já compunha a Corte desde 1925 e que sempre proferiu votos favoráveis ao *New Deal*. Com essas nomeações, Roosevelt tinha formado uma Suprema Corte orientada pelos princípios do *New Deal* (a *New Deal Court*) e o ativismo judicial conservador do tipo *Lochner* havia sido então superado.

O ataque e a vitória de Roosevelt sobre a *Old Court*, em torno da afirmação constitucional dos princípios do *New Deal* e da superação do ativismo judicial hostil às políticas públicas progressistas do governo, deixam à nossa pesquisa o exemplo definitivo de como ações políticas, principalmente sobre a composição da Suprema Corte, podem afetar a interpretação judicial da Constituição.¹²⁷ É claro que existem outras variáveis dirigentes das ideias constitucionais, como a emergência de forças socioeconômicas e até novas concepções teórico-filosóficas que os juízes assumem com o tempo, mas o caso *New Deal* mostra como a luta política para tornar a Corte uma “aliada” é sem dúvida um fator muito poderoso.

1.4.2 A *New Deal Court* e o ativismo liberal da Corte Warren

Encerrada a batalha pelo *New Deal*, a Corte recém-formada por Roosevelt, que era essencialmente a retratada por Schlesinger em 1947 (item 2, *supra*), atuou sob a doutrina de deferência à intervenção do governo na economia. Por maiores que fossem os desacordos

¹²⁵ Sobre os marcos históricos da política de nomeação de juízes para Suprema Corte, cf. TUSHNET, Mark. **Why the Constitution Matters**. New Haven: Yale University Press, 2010, p. 93 et seq; TRIBE, Laurence H. **God Save This Honorable Court. How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History**. New York: Random House, 1985.

¹²⁶ O alinhamento entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte após a vitória na *batalha pelo New Deal* é um dos exemplos usados por Robert Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. **Journal of Public Law** V. 6 (2), 1957, pp. 279/295, para provar sua tese sobre a Corte como um ator político nacional. Para Dahl, “exceto por períodos curtos de transição quando a velha aliança está desintegrando e a nova está lutando para tomar o controle das instituições políticas, a Suprema Corte é inevitavelmente uma parte da aliança nacional dominante”, “uma parte essencial da liderança política”, exercendo a tarefa fundamental, com seu poder de interpretação constitucional, de conferir legitimidade “sobre padrões básicos de comportamento exigidos para a operação de uma democracia.” A questão é que esses períodos de transição não costumam ser tão curtos assim e a luta por sua superação é sempre muito dramática.

¹²⁷ TUSHNET, Mark. **Why the Constitution Matters**. Op. cit., pp. 132/139.

pessoais e intelectuais entre os membros daquela “talentosa e barulhenta” Corte, eles eram uníssonos em reconhecer que o “governo tinha a prioridade para regular a economia” e isso era especialmente verdade em se tratando de medidas impostas pelo governo federal.¹²⁸ As ameaças político-estratégicas e as nomeações de juízes para a Suprema Corte, praticadas por Roosevelt, garantiram que o conservadorismo da Era *Lochner* se tornasse, naquela época, um assunto encerrado. Já o ativismo judicial...

Os juízes nomeados por Roosevelt eram, antes de tudo, *New Dealers*, isto é, defensores dos princípios progressistas do *New Deal*. Esses princípios não incluíam apenas deferência às ações regulatórias do governo no campo econômico e social, mas também o compromisso com a promoção de direitos e liberdades básicas do homem¹²⁹ e foi, em função desse compromisso, que a maioria de seus juízes dirigiu suas preocupações para outra cláusula importante da XIV Emenda: a *equal protection of the laws*.

Como bem afirmou McCloskey, “velhos interesses e valores se foram, contudo, um novo conjunto se levantaria para substituí-los” e, para os *New Dealers* da *Corte Roosevelt* (*New Deal Court*), esses novos interesses e valores envolviam a proteção dos direitos civis como a essência do governo democrático, cabendo a eles “fazer o seu melhor para preservá-los.”¹³⁰ A Suprema Corte possuía então um novo papel político-institucional: em vez de garantia absoluta aos direitos de propriedade e da liberdade de contrato da classe econômica dominante, o “novo negócio” da Corte era a proteção dos direitos e liberdades civis, principalmente dos mais desprotegidos e menos favorecidos.¹³¹ Isso não se deu em um vácuo teórico, mas sua base hermenêutica estava na festejada nota de rodapé nº 4 de *United States v. Carolene Products Co.*,¹³² escrita por Harlan Fisk Stone em 1938.

A ideia de Stone foi a de estabelecer padrões diferentes de controle de constitucionalidade para a Corte, ou seja, um controle mais forte ou mais fraco a depender da matéria envolvida. Em sua “teorização jurisprudencial do *New Deal*”, Stone argumentou, por um lado, o abandono do controle judicial assertivo da legislação econômica regulatória e por

¹²⁸ POWE JR, Lucas A. **The Warren Court and American Politics**. Cambridge: Harvard University Press, 2000, pp. 7/17.

¹²⁹ McCLOSKEY, Robert M. **The American Supreme Court**. Op. cit., p. 139: “Com uma ou duas possíveis exceções, todos os juízes nomeados ao tribunal desde 1937 compartilhavam um *ethos* geral de direitos civis.”; SHAPIRO, Martin; TRESOLINI, Rocco J. **American Constitutional Law**. Op. cit., p. 351: “A Corte Roosevelt, que incluía sólidos apoiadores dos direitos civis e políticos...”.

¹³⁰ McCLOSKEY, Robert M. **The American Supreme Court**. Op. cit., pp. 119/121-129.

¹³¹ McWHINNEY, Edward. **Judicial Review in the English-Speaking World**. Op. cit., p. 173; BLOOM JR., Lackland H. **Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution**. Op. cit., p. 283.

¹³² 304 U.S. 144, 155 (1938).

outro, um controle mais agudo (*strict scrutiny*) de leis que ameaçassem os valores da democracia, restringissem as liberdades civis básicas ou veiculassem aparente preconceito contra “minorias discretas e insulares” (Capítulo III, item 4.2.5, *supra*).¹³³ Nesses últimos casos, deveria haver um alcance mais limitado para a aplicação da presunção de constitucionalidade das leis, de forma que a ideia fosse quase a de *suspeita de inconstitucionalidade* dessas leis. Essa foi, sem dúvida, a base doutrinária inicial do *ativismo judicial liberal*¹³⁴ – do avanço judicial de liberdades e direitos fundamentais, apenas vagamente definidos na Constituição, em favor de grupos minoritários e socialmente desfavorecidos.

A aplicação dessa doutrina pela *New Deal Court* passava, no entanto, pelo conflito, descrito por Schlesinger, entre o grupo de “campeões da autorrestrrição judicial” – liderado por Frankfurter – e o grupo de “campeões do ativismo judicial” – liderado por Hugo Black. James MacGregor Burns diagnosticou com muita precisão o porquê de *New Dealers*, igualmente apontados por Roosevelt, terem adquirido visões tão distintas acerca do papel da Suprema Corte nos anos pós-triunfo do *New Deal*. Para ele, isso decorreu das diferentes reações que essas distintas personalidades manifestaram quanto aos aspectos negativos do ativismo reacionário da Corte *Lochner* e do ataque da *Old Court* ao *New Deal*:

Cada homem tinha tomado diferentes lições do ativismo reacionário da *old court*. Para Frankfurter, isso significava que os juízes não devem ser assertivos em tomar decisões políticas, mas abordar as questões com autorrestrrição e equilíbrio e dar aos poderes políticos o benefício da dúvida constitucional. (...) Para Black e seu bloco – mais notavelmente Douglas, com Murphy e Rutledge como aliados regulares – o problema com a *old court* foi que ela era reacionária, e não que ela era ativista. Para causas liberais (...) a Suprema Corte deveria atuar assertivamente, assinalando limites claros e manifestos de permissão ou restrição à ação do governo”.¹³⁵

Para o grupo de Frankfurter, portanto, a questão era mesmo sobre o papel limitado da Suprema Corte no sistema político: independente de se tratar de leis conservadoras ou progressistas, para esse grupo a postura deveria ser a de deferência aos poderes políticos. Já para o grupo de Black, a censura à doutrina de *Lochner* e à postura da *Old Court* foi de

¹³³ TUSHNET, Mark. The Supreme Court and the National Political Order. In: KAHN, Ronald; Kersch, Ken I. (Ed.) **The Supreme Court & American Political Development**. Lawrence: Kansas, 2006, p. 119.

¹³⁴ É o que defende, dentre outros, Robert M. Cover, The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. **Yale Law Journal** V. 91 (7), 1982, pp. 1.287/1.316.

¹³⁵ BURNS, James MacGrecor. **Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court**. Op. cit., p. 168. No mesmo sentido: HORWITZ, Morton J. **The Warren Court and the Pursuit of Justice**. Op. cit., p. 114.

sentido liberal: contra o conservadorismo de seus juízes, mas não contrária, de forma generalizada, à postura institucional de enfrentamento ao governo.

Mesmo com a forte oposição do grupo de Frankfurter, a Suprema Corte, no final dos anos 30 e nos anos 40, adotou gradualmente a doutrina de Stone e começou a remodelar seu papel na direção de combater violações legislativas em face das liberdades individuais. Em importantes decisões sobre liberdade de expressão,¹³⁶ religião,¹³⁷ discriminação social¹³⁸ e racial,¹³⁹ garantias processuais penais,¹⁴⁰ etc., e embora temperada pelas disputas internas entre a autorrestrrição judicial e o ativismo judicial, a Corte Roosevelt afirmou uma postura relativamente assertiva diante de leis que violassem direitos fundamentais.

Por outro lado, não se pode ignorar que a Corte Roosevelt, na medida em que foi sendo desfeita no final dos anos 40, viveu momentos de conservadorismo. No auge do fervor anticomunista da metade do século XX, o grupo de juízes liberais e ativistas sofreu duas grandes baixas com as mortes dos *Justices* Murphy e Rutledge em 1949, sendo desfeito aquele que era até então considerado “o mais sólido bloco pró-liberdades civis da história da Suprema Corte”.¹⁴¹ Em seus lugares, foram nomeados pelo presidente Truman dois juízes conservadores, Tom Clark e Sherman Minton, que, juntos com Frankfurter, Jackson e Burton, formaram uma maioria pró-autocontenção judicial que duraria por alguns anos.

Porém, ao contrário da Corte *Lochner* e da *Old Court*, que foram ativistas contra posições progressistas do Governo e a favor de posições conservadoras, essa maioria liderada por Frankfurter acabou sendo neutralmente deferente às posições conservadoras do Governo e do Congresso.¹⁴² Tratava-se de uma autêntica postura de *autorrestrrição judicial*, que Frankfurter justificava como meio de manter a legitimidade da Suprema Corte em uma democracia constitucional. Com essa filosofia de adjudicação constitucional e diante das medidas governamentais repressivas e antidemocráticas de acusação e perseguição a supostos comunistas (*McCarthy Era*), a Suprema Corte, em um ambiente social e político marcado pela presença da Guerra Fria e pelo temor da ascensão do comunismo, acabou capitulando ao

¹³⁶ *Schneider v. State of New Jersey*, 308 U.S. 147 (1939); *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 216 (1945).

¹³⁷ *Illinois ex rel. McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 203 (1948).

¹³⁸ *Edwards v. California*, 314 U.S. 160 (1941).

¹³⁹ *Missouri Ex. Rel. Gaines v. Canada*, 305 U.S. 337 (1938); *Sipuel v. University of Oklahoma*, 332 U.S. 631 (1948); *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950).

¹⁴⁰ *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942). A mancha negra, claro, foi *Korematsu v. United States* (1945).

¹⁴¹ HORWITZ, Morton J. **The Warren Court and the Pursuit of Justice**. Op. cit., p. 56.

¹⁴² Morton Horwitz, **The Warren Court and the Pursuit of Justice**, Op. cit., p. 22, disse que a Corte “parecia ter caído completamente sob a influência da filosofia de *judicial review* restritiva de Felix Frankfurter.”

Governo e permitindo nesses casos a violação de liberdades fundamentais, inclusive da liberdade de expressão da Primeira Emenda.

Apesar de suas falhas durante a *McCarthy Era*, a *New Deal Court* merece ser mais bem lembrada por sua doutrina de justificação do controle mais rigoroso de leis que violassem direitos e liberdades civis, que discriminassem grupos minoritários e desfavorecidos (nota de rodapé nº 4 de *Carolene* e a *preferred freedoms doctrine*) e por sua incipiente jurisprudência liberal, que antecipou, ao menos em parte, o que, em pouco tempo, viria a ser o movimento de maior ativismo liberal da história da Suprema Corte: a *Warren Court Era*. Os ideais do *New Deal* formaram a base política e ideológica, a *doutrina de Stone*, a base teórica do ativismo judicial liberal da Corte Warren.

A Corte Warren foi o grande momento jurisprudencial norte-americano dos direitos e liberdades civis do século XX. Mais do que a própria Corte Roosevelt, ela constitucionalizou o projeto político do *New Deal*. Para tanto, a Corte negou que a Constituição tivesse uma natureza estática e a enxergou como um “documento vivo” (*living document*), cujos significados deveriam ser sensíveis às mudanças sociais. Orientada então pela ideia de igual dignidade do homem e sob a perspectiva democrático-inclusiva, a Corte Warren interpretou criativamente os princípios constitucionais, expandindo seus sentidos e afirmando direitos implícitos ou apenas vagamente definidos para promover a igualdade formal, notadamente na questão racial, a nacionalização das liberdades civis e a equidade do processo democrático, superando o *status* da Suprema Corte “como reduto do conservadorismo antidemocrático e anti-igualitário”.¹⁴³ Essa dimensão de interpretação criativa da Constituição para afirmação de direitos fundamentais opostos ao Estado fez da Corte Warren única no sistema político norte-americano e para o debate moderno sobre o ativismo judicial.

Earl Warren assumiu o posto de *Chief Justice* da Suprema Corte em 1953 e parece que com o propósito determinado de revolucionar o direito constitucional estadunidense. Ele logo se juntou aos líderes liberais da Corte Roosevelt, paradigmas do ativismo judicial, Black e Douglas. Em 1956, o bloco liberal ganhou ainda a participação daquele que seria o autor intelectual de muitos dos principais votos da Corte, Willian Brennan.¹⁴⁴ O ativismo judicial de

¹⁴³ BURNS, James MacGrecor. **Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court.** Op. cit., p. 180.

¹⁴⁴ Em razão da importância de Brennan, há quem fale em *Brennan Court*, em substituição à *Warren Court*, cf. McCLOSKEY, Robert M. **The American Supreme Court.** Op. cit., p. 150.

Brennan era pautado em suas críticas ao que condenava ser um “despudorado endeusamento da vontade da maioria” e a “fé cega na democracia”.¹⁴⁵

Apesar da formação desse importante bloco liberal e ativista, até o fim da década de 50 e começo dos 60 ainda predominava a discreta maioria conservadora e autorrestritiva liderada por Frankfurter. Como disse Mark Tushnet, a Corte Warren que entrou para a história como um “fenômeno cultural” não veio logo à existência com a entrada de Warren. A “Corte Warren” do imaginário popular, composta por uma maioria liberal e ativista, que julgou inconstitucionais 16 leis federais e 113 leis estaduais, foi criada mesmo em 1962,¹⁴⁶ com a aposentadoria de Frankfurter e sua substituição por Arthur Goldberg.

Com a decisiva aposentadoria de Frankfurter,¹⁴⁷ a Corte *se livrou* do mais fervoroso e notável defensor da autorrestrição judicial, de modo que a então recém-formada maioria liberal estava à vontade para promover as transformações no direito constitucional que Warren tanto desejava. Arthur Goldberg compartilhava das mesmas ideias de Warren, Black, Douglas e Brennan e, assim, tornou-se o *quinto voto* (*the fifth vote*) definitivo para as decisões ativistas e liberais que marcaram a Era Warren.¹⁴⁸ Essa situação não se modificou com a substituição de Goldberg por Abe Fortas em 1965 e foi ainda fortalecida com a chegada do advogado ativista em questões raciais, Thurgood Marshall. Apesar de *Brown* ter sido decidido em 1954, é a “Corte” formada entre 1962 e 1969 (ano de aposentadoria de Earl Warren) a *histórica Corte Warren ativista e liberal*.

Sob uma perspectiva quantitativa e adicionando alguns elementos qualitativos, Frank Cross e Stefanie Lindquist realizaram uma pesquisa empírica do comportamento decisório dos juízes da Suprema Corte entre os anos de 1953 e 2005, abrangendo as “Cortes” sob a presidência de Earl Warren, Warren Burger e William Rehnquist, com o propósito de “medir” o ativismo dos juízes individualmente considerados. No final, a pesquisa implicou um ranking

¹⁴⁵ GRAGLIA, Lino A. It's not Constitutionalism, It's Judicial Activism. **Harvard Journal of Law & Public Policy** V. 19 (2), 1995, p. 293.

¹⁴⁶ TUSHNET, Mark. The Warren Court as History: An Interpretation. In: TUSHNET, Mark (Ed.). **The Warren Court in Historical and Political Perspective**. Op. cit., pp. 3/4-12; no mesmo sentido: POWE JR, Lucas A. **The Warren Court and American Politics**. Op. cit. p. 209 et seq; LEWIS, Frederick P. **The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age**. Op. cit., pp. 25/26.

¹⁴⁷ Destacando a aposentadoria de Frankfurter como fator do ativismo da Corte Warren, cf. BICKEL, Alexander M. **The Supreme Court and the Idea of Progress**. New Haven: Yale University Press, 1978, pp. 3/4; LEWIS, Frederick P. **The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age**. Op. cit., p. 26.

¹⁴⁸ FISS, Owen. A Life Lived Twice. **The Yale Law Journal** V. 100 (5), 1991, p. 1.117; BURNS, James MacGrecor. **Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court**. Op. cit., p. 192: “Ao tomar o lugar de Frankfurter, Goldberg desencadeou o ativismo da Corte”.

que teve, nos cinco primeiros lugares, os principais juízes ativistas da Corte Warren: Douglas, Black, o próprio Warren, Brennan e Thurgood Marshall. Em último lugar, como juiz “menos ativista” dos últimos sessenta anos da história da Suprema Corte: Felix Frankfurter.¹⁴⁹ Esses números revelam uma faceta muito interessante – o avanço do ativismo judicial da Corte Warren pode ser também explicado por uma união de esforços ativistas individuais. O comportamento individual desses juízes ativistas contribuiu, sem dúvida, para a Corte Warren merecer o título de “arquétipo de ativismo judicial”.

Não obstante, isso não significa rebaixar de importância o posto ocupado pela política, no cenário norte-americano, como fator do ativismo judicial. Ainda que o ativismo judicial da Corte Warren possa passar a ideia de juízes como capazes por si só de produzir transformações sociais, deve-se manter em mente que esses juízes ativistas não atuaram em um vácuo político ou social.¹⁵⁰ Era uma Corte liberal em um momento político de Governo e Congresso dominados por Democratas liberais, de forma que a direção ideológica da Corte estava conforme a coalizão política dominante.¹⁵¹ Havia, portanto, uma base política abrangente de sustentação das principais decisões progressistas da Corte.¹⁵² Estava ainda presente um amplo movimento social dirigido à promoção e à proteção de valores individuais e de igualdade,¹⁵³ fruto da indignação mundial às atrocidades cometidas pelos regimes nazifascistas em nome da odiosa ideia de “supremacia racial” e em face dos direitos humanos.

¹⁴⁹ CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **Measuring Judicial Activism**. Op. cit., p. 138. Para Mark Tushnet, **A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law**, New York: W.W. Norton, 2005, p. 17, Douglas era “the quintessential activist”.

¹⁵⁰ FISS, Owen. A Life Lived Twice. **The Yale Law Journal** V. 100 (5), 1991, p. 1.118.

¹⁵¹ Pautado em avaliações empíricas, Gerald Rosenberg, **The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?** 2ª ed., Chicago: The University of Chicago Press, 2008, pp. 157 et seq, 420/423-431, defendeu que a Corte Warren foi “de limitada relevância para o progresso real dos direitos civis na América”. Para o autor, ausentes condições específicas, as cortes não têm capacidade de fazer triunfar direitos sobre a política. Elas seriam limitadas por constrições (a natureza limitada dos direitos constitucionais, a falta de independência judicial e de poder de implementação de medidas) que não lhe permitem “produzir significativa reforma social”, de forma que só conseguem ser efetivas se um movimento político estiver apoiando as mudanças judicialmente perseguidas. Mesmo a Corte Warren não teria avançado suas posições ativistas sem o amplo apoio político que efetivamente recebeu. Para Rosenberg, “no fim, não existe substituto para ação política.” A questão da dificuldade de implementação de medidas sem apoio político foi particularmente importante em *Brown v. Board of Education*, logo adiante examinada. Porém, como será defendido adiante, o caso *Brown* dá razão apenas parcial às afirmações feitas por Gerald Rosenberg.

¹⁵² Robert Dahl, Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. **Journal of Public Law** V. 6 (2), 1957, p. 293, anota que tentativas da Suprema Corte de promover políticas de abrangência nacional na “ausência de acordo substancial dentro da aliança” política dominante são “prováveis de provocar um desastre”. *Dred Scott* e as decisões iniciais contra o *New Deal* teriam sido provas disso.

¹⁵³ Charles R. Epp, **The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective**, Chicago: The Chicago University Press, 1998, pp. 14/25, reconhece que o ativismo judicial da Corte Warren foi um elemento importante da “revolução de direitos” da época, porém, para ele, tal variável seria uma “explicação incompleta”, pois foi também indispensável, além da consciência social de direitos, a “estrutura de apoio à mobilização legal” em torno desses direitos, consistente de “organizações pró-direitos, advogados de defesa de direitos e fontes de financiamento, particularmente financiamento público”.

Portanto, havia todo um ambiente político e social favorável para que a maioria dos juízes da Corte Warren fosse ativista na extensão em que ela efetivamente foi. Por isso, é melhor dizer que um conjunto de variáveis serve para explicar *o que foi a Corte Warren* – fatores exógenos, políticos e sociais somaram-se à disposição ativista de juízes como Douglas, Black, Brennan, Thurgood Marshall e Warren para produzir ativismo judicial a favor do avanço de posições de justiça social e de liberdades fundamentais.

Reforça-se então uma premissa fundamental da dissertação – a pluralidade de fatores dinamizadores do ativismo judicial: a política, como exaustivamente dito, é de importância elevada para o avanço ou retrocesso do ativismo judicial; foi importante para a formação da Corte Warren, de seu fundo liberal e como apoio para suas principais decisões; no entanto, e sem que isso represente redução de sua importância, os fatores políticos podem dividir relevância operativa com outras variáveis em diferentes contextos. A ausência de um ambiente político favorável inevitavelmente conduz à passividade judicial, enquanto sua presença é um elemento facilitador dos mais poderosos para o incremento do ativismo judicial. Todavia, em diferentes situações, podem ocorrer de outros fatores – desenhos institucionais, elementos teórico-filosóficos e disposição ativista dos juízes em particular – igualmente se destacarem e cumprirem um papel não só relevante, mas necessário.¹⁵⁴ Foi assim com a Corte Warren e suas decisões históricas.

A primeira grande decisão da Corte Warren – talvez, a mais importante da história da Suprema Corte¹⁵⁵ – data de 1954 e foi, claro, *Brown v. Board of Education* – um caso de segregação racial no ensino público.¹⁵⁶ Na já citada *Plessy*, decidida em 1896, a Corte havia julgado constitucional lei da Louisiana que exigia das ferrovias acomodações “iguais” para brancos e negros, mas que deveriam ser acomodações “separadas”. Para a maioria conservadora da época, essa prática de segregação racial não violava a *equal protection* da XIV Emenda, na medida em que impunha igualmente para brancos e negros a separação. Tratava-se da doutrina *separate but equal* que, depois de meio século de odiosa segregação racial, viria, finalmente, a ser superada pela Corte Warren em *Brown*.

Foi por unanimidade que a Corte Warren julgou inconstitucional a segregação racial em escolas públicas por violação da *equal protection clause*. Contudo, esse consenso dos

¹⁵⁴ BAUM, Lawrence. Understanding Courts as Policy Makers. **American Bar Foundation Research Journal** V. 8 (1), 1983, p. 244: o autor distingue “condições necessárias e suficientes para o ativismo”, e diz que “forças externas são necessárias para fazer o ativismo possível”, mas nem sempre suficientes.

¹⁵⁵ HORWITZ, Morton J. **The Warren Court and the Pursuit of Justice**. Op. cit., p. 15.

¹⁵⁶ 347 U.S. 483 (1954).

justices em torno de *Brown* não respondeu apenas a fatores endógenos. A decisão de pôr fim à segregação racial era cercada de dificuldades extrajurídicas e, conscientes dessa circunstância, da importância da decisão e das reações adversas que seguiriam, notadamente dos estados sulistas, os juízes trabalharam em torno dessa unanimidade como a única forma de prover “legitimidade suficiente para uma reversão de precedente constitucional tão grave e de tão amplas consequências”.¹⁵⁷ A Corte sabia que uma decisão dividida fortaleceria seus opositores. Porém, mesmo essa estratégia não impediu que, no final, a Corte precisasse do poder político federal para tornar *Brown* uma realidade.

Na década de 50, quase todos os estados do Sul possuíam um amplo conjunto de regras legais impondo a segregação racial no campo da educação pública. Na prática, essa exigência legal resultava a perpetuação não só da discriminação racial contra os negros, mas também de um ensino público inferior para eles. As *escolas dos brancos* eram muito superiores às *dos negros*. Eram separadas e desiguais. A Suprema Corte vinha evitando enfrentar com definitividade o sistema de segregação racial desses estados, porém, a atmosfera de defesa dos direitos humanos pós-II Guerra impunha a revisitação do tema.

Brown foi proposta na Suprema Corte em 1952, ainda durante a atuação da Corte Vinson e de sua forte divisão – retratada por Schlesinger – entre “campeões do ativismo judicial” e “campeões da autorrestrrição judicial”. O primeiro grupo, liderado por Hugo Black, tinha o firme propósito de superar *Plessy* e opôr-se aos estados sulistas para colocar fim à sua política de segregação racial. Esses juízes sentiam-se autorizados pela XIV Emenda e sua cláusula da igual proteção das leis para decidir dessa forma. Mas no outro grupo, liderado por Frankfurter, ainda que a maioria fosse substancialmente contra a segregação racial, todos acreditavam que os estados deveriam decidir sobre a manutenção ou não da segregação imposta por suas leis racistas, não podendo a Suprema Corte, sob pena de “intolerável ativismo judicial”, interferir nessa escolha de natureza política. O julgamento foi, enfim, postergado, à espera de um momento propício para uma decisão que fosse unânime.¹⁵⁸

No fim de 1953, com Warren na presidência da Corte, *Brown* foi novamente arguido. O *Chief Justice*, com a habilidade que adquiriu em sua vida política, reuniu os juízes em torno

¹⁵⁷ HORWITZ, Morton J. **The Warren Court and the Pursuit of Justice**. Op. cit., pp. 23/24.

¹⁵⁸ Sobre as “circunstâncias” de *Brown* antes da Corte Warren, cf. POWE JR, Lucas A. **The Warren Court and American Politics**. Op. cit. pp. 21/25: o autor destaca o papel de Frankfurter nesse processo de postergação do julgamento – contra a segregação racial, mas com disposição para ser deferente à discricionariedade política dos estados, ele estaria, acima de tudo, “preocupado com o prestígio da Corte. De sua perspectiva, era essencial que qualquer decisão fosse unânime”, e essa unanimidade seria impossível na Corte Vinson.

do objetivo da decisão unânime em favor de superar a doutrina de segregação racial. Ele teve sucesso e ainda escreveu o voto para a Corte em maio de 1954. Nesse histórico voto, ficou assentado que a segregação racial produzia uma sociedade desigual, contrária ao propósito igualitário da XIV Emenda e, por isso, seria inconstitucional. Evitando questionar a correção de *Plessy* quando decidida, até para reduzir a “afronta” da decisão aos estados do Sul, Warren defendeu que mudanças históricas não permitiam mais falar-se em “neutralidade moral e social da segregação racial”, tal como consignado em *Plessy*. Para Warren, o fato era que a “segregação produz efeitos sociais e psicológicos verdadeiramente nocivos aos negros”.

Firme na ideia de *living Constitution*, a Corte Warren consagrou que, àquela altura dos acontecimentos sociais e políticos, a cláusula constitucional da *equal protection of laws* deveria ganhar uma nova interpretação no sentido de declarar qualquer política de segregação racial inconstitucional. Essa seria a única forma de proteger os valores constitucionais *da época*.¹⁵⁹ Contudo, como se esperava, os estados sulistas não concordaram com a Corte, muito ao contrário, eles promoveram uma intensa reação, chamada de “resistência em massa”, dirigida a impedir a implementação da decisão.¹⁶⁰ Esses estados acusaram a Corte Warren de praticar “ativismo judicial ilegítimo” – *Brown* teria sido uma decisão errada, um caso de “abuso de poder judicial” e exemplo de “corte federal legislando”. Essa “resistência” configurou o “mais poderoso desafio, desde a Guerra Civil, à própria legitimidade da Suprema Corte e ao Estado de direito.”¹⁶¹ Para esses estados, toda e qualquer resistência contra *Brown* seria legítima – e eles não economizaram.¹⁶²

A Suprema Corte, em nova decisão,¹⁶³ delegou às cortes distritais a tarefa de implementar *Brown* e acabar com a segregação racial nas escolas. Porém, a “resistência massiva”, que incluía o uso de violência para a desobediência às decisões judiciais, estava tendo sucesso em impedir a atuação concreta do julgado. Juízes distritais temiam mesmo por suas vidas. O ponto máximo da resistência veio com o incidente na cidade de Little Rock, no estado segregacionista do Arkansas, no ano de 1957. O governador Orval Faubus utilizou a

¹⁵⁹ BREYER, Stephen. **Making Our Democracy Work. A Judge’s View**. New York: Alfred A. Knopf, 2010, p. 50: “Em decidir *Brown*, a Suprema Corte cumpriu seu papel mais fundamental em nossa democracia, aquele de guardião de nossa Constituição”.

¹⁶⁰ A “resistência” teve como ponto de partida principal o “Manifesto dos Estados do Sul” – um documento assinado por todos os senadores e congressistas dos onze estados segregacionistas, proclamando que *Brown* era “contrária à Constituição”.

¹⁶¹ HORWITZ, Morton J. **The Warren Court and the Pursuit of Justice**. Op. cit., p. 15.

¹⁶² Sobre o conjunto de medidas legais e extralegis que compuseram a “resistência massiva”, cf. POWE JR, Lucas A. **The Warren Court and American Politics**. Op. cit. pp. 57/74.

¹⁶³ A decisão ficou conhecida como *Brown II* – 349 US 294 (1955).

Guarda Nacional do estado para impedir que nove estudantes negros entrassem em uma escola secundária da cidade, antes exclusiva “de brancos”. Tornou-se então necessária a intervenção do Governo Federal.

O Presidente dos Estados Unidos, Dwight Eisenhower, enviou tropas do Exército para a cidade e, dessa maneira, assegurou a entrada dos estudantes negros na escola de Little Rock. Para Eisenhower, estava em jogo saber “se o direito federal ou estadual era supremo”, sendo então imperioso intervir em favor da execução da doutrina de *Brown* até “para manter a supremacia federal”.¹⁶⁴ Sem essa intervenção do Executivo federal, *Brown* enfrentaria um caminho muito mais longo e tortuoso para tornar-se uma realidade concreta.¹⁶⁵

Todo esse conjunto de dificuldades em implementar *Brown* colocou em dúvida a capacidade da Suprema Corte de ser um “paradigma de sucesso na estratégia de transformação social”. Para Gerald Rosenberg, a lição de *Brown* é que “apenas quando Congresso e o Poder Executivo atuaram em conjunto com as cortes as mudanças ocorreram”, de forma que, “em termos de efeitos judiciais”, *Brown* é paradigma da visão de que “cortes são impotentes para produzir significativa reforma social”.¹⁶⁶ Essa conclusão de Rosenberg encerra exageros e subestima o potencial transformativo de decisões cruciais e desafiadoras em favor das liberdades fundamentais. Problemas com a implementação de decisões controvertidas não excluem a relevância social e política da função judicial. Ademais, Hamilton, há muito, já havia advertido que o Judiciário “não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa”.¹⁶⁷ Mas isso apenas destaca, como afirmado anteriormente, a importância do alinhamento de forças políticas para o sucesso da execução de decisões judiciais cruciais, e não a irrelevância do papel das cortes que proferem essas decisões.

É correto defender a importância da política para decisões como *Brown* e, ao mesmo tempo, recusar argumentos que desprezam o papel social de juízes e cortes. Como disse

¹⁶⁴ BREYER, Stephen. **Making Our Democracy Work. A Judge's View.** Op. cit., p. 58.

¹⁶⁵ Depois das tropas federais intervirem para assegurar a entrada dos estudantes negros, a Comissão Municipal de Educação de Little Rock pediu a postergação do processo de integração racial por trinta meses em razão da ainda contínua hostilidade do governo, do legislador e da comunidade do Arkansas. Em setembro de 1958, em *Cooper v. Aaron* (358 U.S. 1, 18 [1958]), o pedido de postergação de Little Rock chegou à Suprema Corte. A Corte negou inequivocamente a postergação. Seus juízes, por unanimidade e assinando individualmente o voto, afirmaram o “dever constitucional de obediência às suas decisões”. Citando *Marbury*, a Suprema Corte reclamou o princípio da *supremacia do judiciário federal na interpretação da Constituição*, de modo que “a interpretação da XIV Emenda enunciada por esta Corte no caso *Brown* é a *supreme law of the land*”. A afirmação de supremacia judicial de *Cooper* foi necessária diante do contexto de execução de *Brown*. Cf. BREYER, Stephen. **Making Our Democracy Work. A Judge's View.** Op. cit., pp. 60/63.

¹⁶⁶ ROSENBERG, Gerald. **The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?** Op. cit., pp. 70/71.

¹⁶⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista. 2ª ed.** Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2005, p. 470.

Morton Horwitz, não obstante suas dificuldades de execução, *Brown* cumpriu um papel fundamental e “serviu como um catalisador para o movimento dos direitos civis.”¹⁶⁸ Ela foi uma decisão legítima sob o ponto de vista moral e constitucional, mas foi ativista no sentido de negar aos estados o poder de decisão sobre um tema crucial para suas respectivas sociedades e depois de mais de meio século de plena autonomia sob a doutrina do *separate but equal*. Como disse Lucas Powe Jr., “até então nenhuma corte havia ordenado que uma sociedade fosse refeita”.¹⁶⁹ Daí porque todas as dificuldades para sua implementação. O poder político foi então decisivo, mas atuou na sequência da Suprema Corte. Na verdade, política federal e Suprema Corte atuaram em conjunto em favor da igualdade entre brancos e negros.

Brown inaugurou a *Warren Era*, definiu muito bem o que viria a ser a jurisprudência constitucional da Corte em face da maioria governante, principalmente, na década seguinte e para a proteção das liberdades fundamentais e dos direitos de igualdade. Ela foi o marco do ativismo judicial liberal. Depois de *Brown*, a Corte Warren, em diferentes situações, expandiu direitos individuais e buscou tornar mais justo e igualitário o processo democrático norte-americano: primeiro ela atuou onde a Corte Roosevelt havia capitulado e impôs limitações às leis de “segurança nacional”, típicas da *McCarthy Era*;¹⁷⁰ depois, nos destacados *Reapportionment Cases*,¹⁷¹ a Corte interveio, também pautada na *equal protection clause*, nas delimitações inadequadas dos distritos eleitorais e na distribuição desproporcional dos assentos legislativos federais, estaduais e locais (a ideia de “one person, one vote”), seguindo velha posição de Black e superando antigo voto vencedor de Frankfurter da não justiciabilidade da matéria pela doutrina das “questões políticas”.¹⁷²

Na hipercontrovertida *Griswold v. Connecticut*,¹⁷³ a Corte opôs ao legislador estadual um direito constitucional à privacidade para julgar inconstitucional lei que estabelecia a proibição do uso de contraceptivos por casais casados; em *Engel*, deixou clara a separação entre o Estado e a Igreja e julgou inconstitucional a imposição de *oração oficial* em escolas públicas, por violação à liberdade religiosa inerente a todos os cidadãos;¹⁷⁴ e ainda fortaleceu

¹⁶⁸ HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. Op. cit., p. 15.

¹⁶⁹ POWE JR, Lucas A. *The Warren Court and American Politics*. Op. cit. p. 51.

¹⁷⁰ *Cole v. Young*, 351 U.S. 536 (1955); *Pennsylvania v. Nelson*, 350 U.S. 497 (1956); *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957).

¹⁷¹ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

¹⁷² Cf. SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Op. cit., p. 160.

¹⁷³ 381 U.S. 479 (1965). Hipercontrovertida não em seu resultado, mas por sua doutrina de afirmação do direito constitucional e fundamental à privacidade. Essa doutrina seria depois utilizada pela Corte Burger para afirmar o direito ao aborto.

¹⁷⁴ *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962); *Scholl District of Abington v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963).

a liberdade de expressão e de imprensa, assim como o direito fundamental de todo cidadão poder criticar o governo, em decisões como *Sullivan*.¹⁷⁵

As decisões da Corte Warren também reestruturaram o federalismo norte-americano ao impor aos estados os limites substanciais das dez primeiras emendas da Constituição (*Bill of Rights*), mais uma vez adotando posição antiga de Black para superar doutrina restritiva de Frankfurter e revisitar o chamado *incorporation problem* no sentido de a XIV Emenda ter incorporado e oposto esses limites aos estados da Federação. Essa nova posição foi uma grande marca da Corte e teve profunda repercussão em suas decisões sobre matéria penal.

Em *Mapp v. Ohio*,¹⁷⁶ a Corte assegurou aos acusados de crimes a proibição do uso de provas ilícitas por autoridades estaduais; em *Gideon*, foi garantido aos acusados o direito constitucional à assistência de advogados;¹⁷⁷ a Corte ainda constitucionalizou o direito à não-autoincriminação,¹⁷⁸ a processos e julgamentos céleres,¹⁷⁹ dentre outras garantias penais contra os estados; em *Miranda v. Arizona*,¹⁸⁰ mais controvertido exemplo do ativismo judicial da Corte Warren no campo penal, foi julgada ilegítima a confissão obtida de acusado que não fosse previamente advertido pelas autoridades policiais estaduais sobre seus direitos a permanecer em silêncio e à assistência de um advogado. Muitas dessas decisões foram depois associadas pelo discurso Republicano conservador ao então aumento da criminalidade.¹⁸¹

O conjunto de decisões da Corte Warren revela uma dimensão relevantíssima de ativismo judicial para seu debate contemporâneo, para o constitucionalismo moderno e para os propósitos desta dissertação – a interpretação criativa e evolutiva de normas constitucionais vagas e indeterminadas, dotadas de alta carga valorativa, com o fim de avançar posições de liberdade fundamental e igualdade social. Com esse propósito, o trabalho jurisprudencial da Corte Warren somou importantes pontos para a validade normativa do ativismo judicial.

Por outro lado, sua jurisprudência ativista também fez com que a Corte Warren fosse acusada de usurpar o poder das instituições políticas e de decidir apenas orientada aos resultados favorecidos pelos intelectuais de esquerda e pela coalizão liberal que, na época, dominavam a política do país. A Corte, disseram os críticos, com seus juízes “profetas” e

¹⁷⁵ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

¹⁷⁶ 367 U.S. 643 (1961).

¹⁷⁷ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

¹⁷⁸ *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964).

¹⁷⁹ *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967).

¹⁸⁰ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

¹⁸¹ POWE JR, Lucas A. **The Warren Court and American Politics**. Op. cit. pp. 495/496.

“herdeiros do *New Deal*”, teria promovido uma “anarquia constitucional”.¹⁸² Segundo Robert Bork, a Corte Warren foi a “mais política e imperialista da história Americana”.¹⁸³ Chegaram então a hora e a vez de os conservadores reagirem ao ativismo judicial liberal. Era a vez da *contrarrevolução Republicana* e do *ativismo judicial conservador*.

1.4.3 A Contrarrevolução Republicana: Nixon, Reagan, Burger, Rehnquist, Scalia e o ativismo judicial conservador

Earl Warren aposentou-se em 1969, todavia, muito da doutrina liberal e igualitária da Corte Warren superou esse tempo. O exemplo mais dramático foi *Roe v. Wade*, em que a Suprema Corte, em 1973 e presidida por Warren Burger (*Burger Court*), reconheceu o direito constitucional ao aborto com fundamento no *direito de privacidade* elaborado pela Corte Warren em *Griswold*.¹⁸⁴ Considerando a justificação de *Roe* em *Griswold*, torna-se compreensível porque Robert Bork chamou essa última decisão como a “construção de uma bomba-relógio constitucional”.¹⁸⁵

Sob essa perspectiva, Frederick Lewis disse que o ativismo judicial da Corte Warren pode ser considerado um sucesso, haja vista que as “realizações doutrinárias principais do período têm largamente sobrevivido e se tornado aceitas como uma parte integral da América moderna”.¹⁸⁶ Sem dúvida, muitas das decisões ativistas da Corte Warren, notadamente em matéria de igualdade formal e de direitos e liberdades civis, tornaram-se uma parte importante da cultura norte-americana. Contudo, o trabalho da Corte, de um modo geral, foi alvo de vigorosas críticas por parte da comunidade política conservadora.

Segundo os conservadores, em vez de seguirem o significado original da Constituição, os liberais da Corte teriam distorcido esses significados para impor seus valores morais e políticos e sua agenda liberal. Eles *leram* a Constituição de acordo com seus sentidos morais individuais, substituindo as intenções dos “pais fundadores” pelas próprias concepções sobre o bom e o adequado para a sociedade norte-americana. A Corte Warren teria criado poderes e

¹⁸² CARTER, John Denton. **The Warren Court and the Constitution. A Critical Vision of Judicial Activism.** Gretna: Pelican Publishing Company, 1973, pp. 40-112-121.

¹⁸³ BORK, Robert. **Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges.** Op. cit., pp. 78/79.

¹⁸⁴ 410 U.S. 113 (1973).

¹⁸⁵ BORK, Robert. **The Tempting of America. The political seduction of the law.** 1ª ed. New York: Touchstone, 1990, pp. 95-100.

¹⁸⁶ LEWIS, Frederick P. **The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age.** Op. cit., p. 25.

direitos sem apoio na Constituição (*legislating from the bench*) e por isso a julgam como o “zênite da natureza política da Suprema Corte”.¹⁸⁷

Em suma, para os conservadores, a Corte Warren foi imperialista, política, liberal e ativista demais. Superar os precedentes ativistas e liberais da Corte Warren tornou-se uma obsessão do Partido Republicano e de seus presidentes mais conservadores, principalmente Richard Nixon e Ronald Reagan. Se a Corte Warren foi uma *revolução constitucional*, então era necessária uma *contrarrevolução constitucional* e a estratégia era de todo conhecida: a ação política do Presidente na formação da Suprema Corte. Os Republicanos povoariam a Corte com juízes conservadores que concordavam com a ideia de que a Corte Warren representava *tudo aquilo que a Suprema Corte não deve ser*. À medida que o Partido “gradualmente tornava-se mais ideologicamente homogêneo e conservador”,¹⁸⁸ cresciam as condições favoráveis para o sucesso da estratégia. Bastava aos Presidentes *acertar a mão*.

O projeto *contrarrevolucionário* conservador teve início com Richard Nixon (1969-1974), que, em suas campanhas presidenciais, condenou o ativismo judicial da Corte Warren e prometeu nomear juízes adeptos de uma “strict construction” da Constituição e de uma “filosofia de restrição judicial” – em suas palavras: “juízes que interpretam o direito e não tentam fazer o direito”.¹⁸⁹ O propósito substantivo principal de Nixon era o de superar os precedentes sobre as garantias dos acusados em procedimentos e processos criminais, haja vista o crescente clima de violência instaurado no país e que foi associado a decisões como *Mapp* e *Miranda*. Era sua defesa das “forças de paz” e da política *law and order*.

Nixon foi “presenteado” com as saídas de Warren, Fortas e Black e deu início, assim, à formação da Corte Burger e ao projeto de transformar a Suprema Corte. Para essas vagas, ele nomeou, respectivamente, Warren Burger (1969) para *Chief Justice*, Harry Blackmun (1970) e Lewis Powell Jr. (1972). Burger se mostraria conservador até sua saída, embora um líder muito menos persuasivo do que foi Warren. Porém, Blackmun logo revelaria fortes posições liberais, tendo inclusive escrito o voto de *Roe*, enquanto Powell Jr. foi apenas um juiz moderado. Dentro dos propósitos republicanos, o grande acerto de Nixon foi a nomeação que fez para a vaga de John Marshall Harlan: o ultraconservador William Rehnquist (1972).

¹⁸⁷ BORK, Robert. **The Tempting of America. The political seduction of the law.** Op. cit., p. 348.

¹⁸⁸ TUSHNET, Mark. **Why the Constitution Matters.** Op. cit., p. 110.

¹⁸⁹ O'BRIEN, David M. **Storm Center. The Supreme Court in American Politics.** Op. cit., p. 57.

O bloco liberal da Corte ainda perderia, em 1975, o “campeão do ativismo judicial”, William Douglas. O presidente Ford, que assumiu depois da renúncia de Nixon, porque estava pressionado por uma maioria Democrata no Senado, acabou nomeando um juiz apenas moderado, John Paul Stevens, que se revelaria um importante juiz liberal e que serviu na Corte até o ano 2010. Em 1981, foi feita a última nomeação para a Corte Burger, a da juíza Sandra Day O'Connor para a vaga do centrista Potter Stewart. Essa nomeação foi feita por Ronald Reagan já no início do seu primeiro mandato (1981-1985), cumprindo promessa que havia feito no sentido de nomear a primeira mulher para a Suprema Corte. Em razão da postura liberal ou moderada que assumiram alguns desses juízes e também da permanência de Brennan e Marshall – liberais remanescentes da Corte Warren – Nixon não alcançou sucesso em formar uma base conservadora sólida na Corte. No máximo, ele conseguiu minimizar o avanço liberal da Suprema Corte ao aumentar a fragmentação ideológica de sua composição.

A Corte Burger, atuando em um cenário sociopolítico que se tornava progressivamente conservador, minimizou os precedentes liberais da Corte Warren em matéria de procedimentos criminais. Ela não superou, mas limitou o alcance de precedentes como as decisões sobre ilicitudes de provas,¹⁹⁰ as garantias estabelecidas em *Miranda*¹⁹¹ e, embora tenha oscilado em relação à pena de morte, no final afirmou sua constitucionalidade.¹⁹² Essas decisões frearam o avanço das decisões liberais da *Warren Era* em questões criminais, satisfazendo em alguma medida o propósito de *law and order* de Nixon.

Contudo, considerando o conjunto da obra da Corte Burger, é certo dizer que a *contrarrevolução constitucional* não ocorreu.¹⁹³ Com sua jurisprudência inconsistente,¹⁹⁴ a Corte Burger foi realmente menos liberal do que a Corte Warren – por exemplo, ela assumiu uma posição bastante conservadora face aos direitos dos homossexuais em *Bowers*,¹⁹⁵ julgando válida lei estadual que criminalizou o sexo oral e anal entre homossexuais. Não obstante, ela foi bem menos conservadora do que esperavam Nixon e os Republicanos e do que temiam os liberais. Para alguns autores, o comprometimento natural de juízes

¹⁹⁰ *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976); *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

¹⁹¹ *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984).

¹⁹² *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

¹⁹³ BLASI, Vincent (Ed.) **The Burger Court: The Counter-revolution that wasn't**. New Haven: The Yale University Press, 1983.

¹⁹⁴ Prova de sua inconsistência é que, embora tenha reconhecido o direito constitucional ao aborto em *Roe*, julgou constitucional a recusa municipal de realizar aborto não terapêutico em hospitais públicos (*Poelker v. Doe*, 432 U.S. 519 [1977]) e a limitação de financiamento pelos estados de abortos não terapêuticos (*Beal v. Poe*, 432 U.S. 438 [1977]; *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 [1980]).

¹⁹⁵ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

conservadores com a doutrina do *stare decisis*¹⁹⁶ foi um fator institucional decisivo para a Corte Burger não superar os precedentes liberais da *Warren Era* na extensão desejada pelos Republicanos.¹⁹⁷ Em geral, a Corte Burger, para além de *Roe*, manteve e até avançou, em alguma medida, a doutrina liberal da Corte Warren em decisões sobre liberdade de expressão (publicidade comercial, financiamento de campanha eleitoral, etc),¹⁹⁸ segregação racial,¹⁹⁹ discriminação de gênero²⁰⁰ e ações afirmativas.²⁰¹

Por sua vez, o objetivo de Nixon, cantado em verso e prosa, de pôr fim ao ativismo judicial da Suprema Corte também não foi alcançado. A maioria dos juízes nomeados para a Corte Burger não adotou as posturas de “strict construction” e de restrição judicial que Nixon apontou como critérios de suas nomeações. Muito ao contrário, com alguma diferença de grau, os juízes da Corte Burger foram ativistas como haviam sido anteriormente os juízes da Corte Warren: reconheceram status constitucional a direitos não claramente previstos no texto constitucional e faltaram com deferência institucional ao legislador federal ou estadual.²⁰² *Roe* foi o mais destacado exemplo.

Contudo, há um ponto importante que diferencia o ativismo judicial das Cortes Warren e Burger. Diferente da Corte Warren, cujo ativismo tinha uma *cor ideológica*, o ativismo da Corte Burger foi um tanto *incolor*. Apesar de *Roe*, a Corte Burger não buscou avançar uma filosofia política específica, nem se dispôs a transformações sociais, mas praticou um ativismo pragmático, até mesmo contingente. Essa falta de direção ideológica pode ter sido uma estratégia diante do ambiente sociopolítico ora em transformação como também pode ser explicada por fatores endógenos, ligados às falhas de Nixon na composição da Corte, como a concentração de uma maioria moderada e persuasiva no *centro*, e não nos extremos do espectro ideológico da Corte, ou mesmo pela liderança insuficiente de Burger.²⁰³

¹⁹⁶ *Stare decisis (to stand by things decided)* é a doutrina do precedente norte-americana, “pela qual é necessário para uma corte seguir decisões judiciais anteriores quando as mesmas questões são levantadas em litígio” (GARNER, Bryan A (Ed.). **Black’s Law Dictionary**. 8ª ed. St. Paul: West, 2004, p. 1.443).

¹⁹⁷ FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 307.

¹⁹⁸ *Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980); *First National Bank v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978).

¹⁹⁹ *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 US 1 (1971).

²⁰⁰ *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971); *Stanton v. Stanton*, 421 U.S. 7 (1975); *Thornburger v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986).

²⁰¹ *Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

²⁰² Como ditto anteriormente, a Corte Burger foi autorrestritiva, ao menos, em seu respeito aos precedentes.

²⁰³ GOLDSTEIN, Joel K. Leading the Court: Studies in Influence as Chief Justice. **Stetson Law Review** V. 40 (3), pp. 736/737.

De qualquer modo, o ativismo judicial ideologicamente indefinido, ou, como disse Vicent Blasi, o *ativismo sem raízes (rootless activism)*²⁰⁴ da Corte Burger, pareceu mais uma transição entre o ativismo liberal da Corte Warren e o ativismo conservador que estava por vir com as sucessivas Cortes Rehnquist e Roberts – não por coincidência, o sistema político e a sociedade também estavam em transição. A avaliação jurisprudencial dessas últimas “Cortes” revelará que a sequência da ação dos *contrarrevolucionários Republicanos* em face do ativismo liberal da Corte Warren não conduziu a uma postura de “strict construction” e de “filosofia de restrição judicial”, e sim a mais ativismo judicial, que apenas oscilou, e gradualmente *mudou de lado...* de novo!

Assim como Nixon, Ronald Reagan (1981-1989) também condenou em suas campanhas presidenciais o ativismo judicial de “cortes e juízes que legislam” e prometeu nomear apenas juízes que adotassem uma “filosofia de restrição judicial”.²⁰⁵ Além das decisões da Corte Warren, também as decisões da Corte Burger, que mantiveram ou mesmo avançaram algumas posições liberais de sua antecessora, principalmente *Roe*,²⁰⁶ eram os alvos de Reagan. Os temas principais de sua agenda *contrarrevolucionária* eram a questão do aborto, a volta da oração oficial nas escolas e o fortalecimento dos estados. Reagan promoveu uma verdadeira *cruzada conservadora* contra o ativismo judicial liberal da Era Warren e apresentou o *originalismo* como sua ferramenta metodológica *contrarrevolucionária*.

Foi Edwin Meese III, advogado-geral de Reagan em seu segundo mandato e grande crítico da Corte Warren,²⁰⁷ que introduziu no discurso do Partido Republicano a ideia de uma “jurisprudência da intenção original” dos *founding fathers* – o originalismo – como única prática legítima de interpretação da Constituição, em oposição à jurisprudência da Corte Warren que via a Constituição como um *documento vivo – living constitution* – cujos significados devem ser sensíveis às transformações sociais. Segundo Meese, os juízes devem

²⁰⁴ BLASI, Vincent. The Rootless Activism of the Burger Court. In: _____. (Ed.) **The Burger Court: The Counter-revolution that wasn't**. Op. cit., p. 198.

²⁰⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review** V. 42, 2007, p. 381.

²⁰⁶ KECK, Thomas M. **The Most Activist Supreme Court in History. The road to modern judicial conservatism**. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 161.

²⁰⁷ Cf. MEESE III, Edwin. The Law of the Constitution. **Tulane Law Review** V. 61 (5), 1987, pp. 979/990. Para o autor, a Corte Warren teve momentos de arrogância institucional, como em *Cooper v. Aaron*, onde os juízes por unanimidade afirmaram a *supremacia judicial* no sentido das decisões da Corte serem “the supreme law of the land” (358 U.S. 1, 18 [1958]). Contudo, como exposto no tópico anterior (nota de rodapé nº 164), tendo em vista que o pano de fundo do caso era a insistência de alguns estados em desrespeitar o decidido em *Brown* e em praticar a integração racial nas escolas, a Corte não teve alternativa senão afirmar sua *supremacia judicial* e o dever inafastável dos estados de seguir suas decisões como *lei superior*.

ser “guiados pelo texto [da Constituição] e por seu sentido original”²⁰⁸ e, por isso, a Corte Warren teria atuado ilegítima e politicamente em se afastar dos significados originais do Texto Constitucional para “descobrir” direitos. Meese defendia que o originalismo é o único método de interpretar a Constituição que se mostra adequado para a Corte adotar uma postura legítima de autorrestrrição judicial, separando objetivamente *Direito e Política*.

Havia algo também de estratégico na defesa de Meese em favor do originalismo: a possibilidade de superar o obstáculo do *stare decisis*, que teria impedido a Corte Burger de superar os precedentes liberais da Corte Warren. De acordo com Robert Bork, um dos pais do originalismo, “dizer que cortes anteriores permitiram, ou iniciaram, deformações da Constituição não é bastante para outorgar uma permissão para cortes do presente e do futuro a fazer a mesma coisa” e, por isso, sob a perspectiva do entendimento original da Constituição, será sempre possível superar precedentes como *Roe*, cujos resultados e princípios informadores são inaceitáveis pela comunidade política de qualquer época.²⁰⁹ O originalismo tornaria a superação de precedentes errados compatível com a tarefa da Suprema Corte de preservar a Constituição. Com a “estratégia metodológica” do originalismo, Ronald Reagan buscaria uma Suprema Corte que pudesse, enfim, prevalecer onde a Corte Burger falhou.

Meese colocou “a transformação da Suprema Corte no topo de sua agenda” e propôs compô-la com verdadeiros conservadores e defensores da interpretação original da Constituição.²¹⁰ Como dito antes, em seu primeiro mandato, Reagan cumpriu a promessa que havia feito de nomear a primeira mulher para a Suprema Corte e assim nomeou Sandra Day O’Connor (1981) que, ao longo de sua carreira na Corte (1981-2006), provou não ser uma conservadora de extrema direita, embora tenha, na maior parte das vezes, votado com os conservadores. No entanto, em seu segundo mandato (1985-1989), Reagan pôde seguir as perspectivas defendidas por Edwin Meese III e suas nomeações configuraram passos largos e firmes para a formação de uma jurisprudência mais conservadora da Suprema Corte.²¹¹

O ex-presidente deu início à formação da controvertida Corte Rehnquist em 1986, com a saída de Warren Burger. Ele elevou Willian Rehnquist, o juiz mais conservador da Corte Burger, ao cargo de *Chief Justice* e nomeou para seu lugar como *Associate Justice* um dos

²⁰⁸ MEESE III, Edwin. Toward a Jurisprudence of Original Intent. *Harvard Journal of Law & Public Policy* V. 11 (1), 1988, p. 10.

²⁰⁹ BORK, Robert. *The Tempting of America. The political seduction of the law*. Op. cit., pp. 155/158.

²¹⁰ TOOBIN, Jeffrey. *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*. Op. cit., pp. 21/22.

²¹¹ Em sentido contrário, dizendo que as nomeações de Nixon tiveram maior impacto, cf. SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Op. cit., p. 217.

preferidos de Meese, o católico ultraconservador Antonin Scalia, que logo se tornaria o líder intelectual do originalismo na Suprema Corte.²¹² No ano seguinte, para a vaga de Powell Jr., Reagan falhou na nomeação do outro preferido de Meese, Robert Bork. Ultraconservador e defensor ferrenho do originalismo,²¹³ Bork enfrentou o Senado majoritariamente Democrata e sua nomeação não foi confirmada.²¹⁴ Então, Reagan nomeou o juiz conservador, embora não radical, Anthony Kennedy (1988), que foi aceito por unanimidade pelo Senado. Kennedy, conquanto mude às vezes de *lado ideológico* (*swing voter*), vota majoritariamente com a ala conservadora. Já Scalia é a quintessência do conservadorismo até os dias de hoje.

Mais tarde, os Republicanos, no governo do *primeiro* Bush (1989-1993), completaram a décima nomeação consecutiva, em pouco mais de vinte anos, graças às aposentadorias de Brennan e Marshall, últimos remanescentes do bloco liberal da Corte Warren. Bush, menos obcecado do que Nixon ou Reagan em dirigir a Corte para a extrema direita, nomeou, respectivamente, David Souter e Clarence Thomas. Souter aos poucos se mostrou um liberal moderado, ao passo que Thomas aproxima-se muito de Scalia em conservadorismo. Com essas mudanças, a Suprema Corte passou a ter, *ao menos em tese*, uma maioria conservadora sólida (Rehnquist, White, O'Connor, Scalia, Kennedy, Thomas). Restava saber se, na prática, isso iria se confirmar e se, enfim, alcançariam a superação do ativismo judicial.

Barry Friedman identifica três “distintas personalidades” da Corte Rehnquist,²¹⁵ que variaram conforme alterações em sua composição. A “primeira Corte” (1986-1992), marcada por profundas transformações em sua composição, voltou-se mais para questões sociais. Com os *juízes do centro* preocupados em proteger a integridade institucional da Corte, a maioria tomou decisões moderadas sobre esses temas: ela não superou *Roe*, mas admitiu restrições ao direito de aborto (*Casey case*);²¹⁶ foi cautelosa em não eliminar a prática de ações afirmativas, entretanto sujeitou essas medidas a juízos mais rigorosos de constitucionalidade;²¹⁷ mas manteve a inconstitucionalidade da imposição de oração oficial nas escolas públicas.²¹⁸

²¹² Cf. SCALIA, Antonin. *Originalism: The Lesser Evil*. **University of Cincinnati Law Review** V. 57 (3), 1989, pp. 849/865.

²¹³ BORK, Robert. *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*. **Indiana Law Journal**. V. 47 (1), pp. 1/35. Idem, **The Tempting of America. The political seduction of the law**. Op. cit., p. 167 et seq.

²¹⁴ Sobre o fracasso da nomeação de Robert Bork, cf. O'BRIEN, David M. **Storm Center. The Supreme Court in American Politics**. Op. cit., pp. 74/77

²¹⁵ FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution**. Op. cit., pp. 324/343.

²¹⁶ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

²¹⁷ *City of Richmond v. J.A. Croson*, 488 U.S. 469 (1989).

²¹⁸ *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992).

Depois de decidir *Casey*, a Corte Rehnquist entrou em uma fase muito mais conservadora. A “segunda Corte Rehnquist” (1993-2002) foi a da jurisprudência do “Novo Federalismo”: avançando programas lançados pela *cruzada conservadora* de Reagan e pautada na interpretação original da Constituição (originalismo), ela aumentou o poder dos estados em detrimento do Congresso Nacional e do próprio Judiciário Federal. Durante esse período, com uma frequência única na história da Suprema Corte, a Corte Rehnquist julgou dezenas de leis federais inconstitucionais, todas oriundas de um Congresso majoritariamente Democrata. Em uma série de decisões muito impactantes, iniciada por *Lopez*,²¹⁹ a Suprema Corte superou uma concepção de federalismo consolidada desde o triunfo do *New Deal* e impôs sérios limites aos poderes do Congresso em face dos estados sob a *Commerce Clause*. Nesse mesmo sentido, a Corte ainda assegurou a “imunidade soberana” dos estados em vista de leis federais que os sujeitassem a processos judiciais.²²⁰

Bush v. Gore foi a grande marca desse período. Em uma das decisões mais controvertidas de sua história e por meio de uma divisão de votos que espelhou não só sua divisão ideológica, mas sobretudo partidária, a Suprema Corte, pautada na *equal protection clause* da XIV Emenda, definiu por 5 a 4 os rumos da eleição presidencial de 2000, assegurando a George W. Bush a vitória. Essa decisão retratou bem como a maioria da Suprema Corte, naquele momento, havia avançado no sentido dos propósitos do Partido Republicano e das forças políticas conservadoras do país.²²¹ E isso apesar dos oito anos seguidos de governo democrata por Bill Clinton. A agenda da Suprema Corte era, afinal, predominantemente conservadora... outra vez, ainda que não tenha retrocedido inteiramente os avanços liberais de períodos anteriores.

O professor Friedman fez um diagnóstico interessante desse período, no sentido de que liberais e conservadores teriam voltado “para seus papéis de, respectivamente,

²¹⁹ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995); *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

²²⁰ *Seminole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 U.S. 44 (1996); *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999).

²²¹ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). Cf. DWORKIN, Ronald (Ed.) **A Badly Flawed Election**. New York: New Press, 2002. Nas eleições presidenciais de 2000, houve um impasse na contagem de votos do Estado da Flórida, haja vista a primeira apuração ter apontado para uma vitória do candidato Republicano, George W. Bush, por uma margem menor que 0,5%, sobre o candidato Democrata, Al Gore. Essa margem ínfima, segundo a legislação estadual, autoriza a recontagem manual dos votos se requerida. Al Gore pediu essa recontagem nos municípios que normalmente votavam com os Democratas e à medida que a recontagem ocorria, a margem de vitória de Bush era ainda mais reduzida, com tendência ao final de ser revertida. O problema era que o prazo legal de anúncio do resultado iria expirar. A Suprema Corte da Flórida autorizou que esse prazo fosse estendido – e foi acusada por muitos de praticar ativismo judicial – mas a Suprema Corte suspendeu a decisão da Corte estadual, paralisando a recontagem. Com essa medida, a Suprema Corte decretou em definitivo a vitória de Bush – e foi acusada por muitos mais de praticar ativismo judicial.

desafiadores e defensores da Corte”.²²² Era a volta do pêndulo. Todavia, surpreendentemente, a Corte Rehnquist entrou em uma terceira e última fase marcada pela suavização de sua jurisprudência conservadora, por posições mais liberais e igualitárias e de enfrentamento à obsessão de poder supremo do Governo Bush. Em decisões marcantes, ela impôs limites às medidas antiliberais do governo em sua *Guerra ao Terror*,²²³ assegurou direitos de privacidade aos homossexuais em *Lawrence*,²²⁴ superando assim o precedente odioso da Corte Burger em *Bowers*, e ainda defendeu a procedência de medidas afirmativas raciais.²²⁵

Em uma análise geral, Barry Friedman diz que a Corte Rehnquist recebeu críticas tanto de liberais como de conservadores.²²⁶ É verdade que a Corte não cumpriu inteiramente a agenda conservadora *contrarrevolucionária* até porque não satisfaz sua principal obsessão: superar *Roe*. Ainda tomou decisões sobre direitos dos homossexuais que deixaram os conservadores furiosos. É verdade também que muitas decisões foram tomadas pela maioria apertada de 5 a 4, dependendo dos *swing votes* de O’Connor ou Kennedy, mostrando que o bloco conservador não foi tão sólido assim.²²⁷ Porém, é inegável que, com o conjunto jurisprudencial da Corte Rehnquist, a Constituição ganhou muito mais a direção conservadora perseguida pelo Partido Republicano do que comparado às decisões da Corte Burger. Desse modo, o tom crítico dominante não pode ser considerado equilibrado – foi a esquerda liberal, sem dúvida, a mais forte opositora à jurisprudência da Corte Rehnquist.

No entanto, as críticas dos autores liberais não apresentaram conteúdo nem sentido uniformes. Um grupo desses autores – como Ronald Dworkin, Laurence Tribe e Owen Fiss – condenou a jurisprudência da Corte Rehnquist por sua direção conservadora, mas manteve o entendimento favorável sobre o papel relevante da Suprema Corte como intérprete da Constituição no sistema político-democrático norte-americano.²²⁸ A crítica era aos resultados concretos, não ao espaço de atuação político-institucional da Corte.

²²² FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., p. 337. Ele está se referindo ao período pré-*New Deal*.

²²³ *Rasul v. Bush*, 542 US 466 (2004); *Hamdi v. Rumsfeld* 542 US 507 (2004).

²²⁴ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

²²⁵ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

²²⁶ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., p. 323.

²²⁷ Cf. RINGHAND, Lori A. Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court. *Constitutional Commentary* V. 24 (1), 2007, p. 55.

²²⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996; Idem. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006; TRIBE, Laurence. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 21 et seq; Idem. *The Invisible Constitution*. Op. cit.; FISS, Owen. Between Supremacy and Exclusivity. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed.). *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 452/467; Idem. The History of an Idea. *Fordham Law Review* V. 78 (3), 2009, pp. 1.273/1.280.

De outro modo, outro grupo de autores – como Mark Tushnet, Larry Kramer e Cass Sunstein – dirigiu críticas, em diferentes graus, não apenas à orientação conservadora das decisões, mas também ao ativismo judicial como filosofia de adjudicação. Esse grupo propôs restringir e até mesmo eliminar o espaço de interpretação constitucional da Suprema Corte. Contudo, é de se questionar se suas críticas teriam esse mesmo tom caso as decisões estivessem, ao contrário, avançando propósitos liberais.²²⁹ Ou seja, é possível que a reação desses autores liberais à postura adjudicatória da Suprema Corte tenha sido apenas contingente aos seus pontos de vista políticos e morais, de modo que a oposição ao ativismo judicial, na realidade, não fora conduzida “em termos de seus benefícios e custos no abstrato, mas em termos de seu conteúdo ideológico”.²³⁰ Atitudinais ou não, eram os liberais – novamente – que estavam exigindo autorrestrrição judicial.

Dentre os ataques mais radicais à Suprema Corte, feita por esses “acadêmicos liberais”,²³¹ destacaram-se os de Mark Tushnet. Diante das ameaças às conquistas liberais da Era Warren, o professor de Harvard propôs uma emenda constitucional que retirasse das cortes o poder da *judicial review*, de modo que o direito constitucional saísse das mãos de advogados e juízes e ficasse apenas “nas mãos do *people themselves*”.²³² É a ideia de “constitucionalismo popular”. Larry Kramer também defendeu a ideia de que o povo deve ser o titular de fato da palavra final sobre os significados constitucionais, e não as cortes. Contudo, ele não pediu o fim da *judicial review*, apenas da prática de *supremacia judicial* ou mesmo de *exclusividade judicial* – a condição da Suprema Corte como titular da *palavra final* ou mesmo da *única palavra* sobre o que significa a Constituição.²³³

Kramer acusou a Corte Rehnquist de rejeitar a noção de constitucionalismo popular e de se afirmar “o *único* órgão com poderes de interpretar a lei fundamental com autoridade”. Para o autor, a jurisprudência da Suprema Corte pós-*New Deal*, inclusive da Corte Warren, harmonizou supremacia judicial e constitucionalismo popular, haja vista ter protegido direitos individuais e das minorias sem que deixasse de ter atenção ao papel e ao espaço dos poderes

²²⁹ FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People**. Op. cit., p. 343. Como se verá no Capítulo III, esta é a espécie de crítica que dificulta a definição e retira a utilidade do termo “ativismo judicial”.

²³⁰ BAUM, Lawrence. **American Courts. Process and Policy**. 6ª ed. Boston: Wadsworth, 2008, p. 291.

²³¹ FRIEDMAN, Barry. The Birth of an American Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty. Part V. **Yale Law Journal** V. 112 (2), 2002, p. 155.

²³² TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away From the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 175-182; a emenda: “The provisions of this Constitution shall not be cognizable by any court.” Cf., principalmente, TUSHNET, Mark. **A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law**. Op. cit.

²³³ KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Op. cit.

políticos. O ativismo judicial da Corte Warren teria “preservado o espaço reservado ao constitucionalismo popular ao tempo do *New Deal*”. Ao contrário, a Corte Rehnquist se colocou como o “rei do pedaço” – seu ativismo “explicitamente deneg[ou] ao povo *qualquer* papel na determinação do progressivo significado de sua constituição” e, por isso, deve ser julgado como o exemplo mais perverso de *soberania judicial*.²³⁴

E com certeza, *Bush v. Gore* é o exemplo mais apontado dessa perversidade.²³⁵ O uso da *equal protection clause* da XIV Emenda para justificar a “infame decisão” é tido como um forte indício de que as posições assumidas pelos conservadores da Corte podem resultar mais de seus comprometimentos com a visão da política norte-americana pós-1968 (a partir de Nixon) que com o sentido de fidelidade ao entendimento original do texto constitucional.²³⁶ Cass Sunstein disse que “*Bush v. Gore* pode bem tornar-se um símbolo da tendência da Corte na direção do ativismo judicial de direita, e certamente ela merece ser.”²³⁷

Para Sunstein, os presidentes Republicanos nomearam “radicais de toga” – juízes fundamentalistas, sem qualquer interesse em restrição judicial, mas com disposição de anular os atos do Congresso e dos governos estaduais para prevalecer a plataforma Republicana; ainda que não tenham feito tudo que os “extremistas desejavam”, a Corte Rehnquist praticou um “ativismo sem paralelo na história da nação” ao declarar inconstitucionais diversas leis federais entre 1985 e 2005. E por conta da agressividade com que esses juízes incorporaram na Constituição as plataformas partidárias que defendiam os políticos que os nomearam, para Sunstein, a defesa da “strict construction” deve ser considerada, no mínimo, obscura.²³⁸

Não se pode mesmo negar que “strict construction” e “restrição judicial” não fizeram parte do universo prático da Corte Rehnquist. O originalismo não passou de uma roupagem jurídica para o propósito de transformação da Constituição na direção do conservadorismo, sendo, portanto, também mais *Política* do que *Direito*. Nas palavras de Post e Siegel, os originalistas da Corte Rehnquist “reinterpreta[ram] o passado em ordem a servir aos fins

²³⁴ KRAMER, Larry. We The Court. **Harvard Law Review** V. 115 (1), 2001, pp. 128/130.

²³⁵ DWORKIN, Ronald. Introduction. In: _____. (Ed.) **A Badly Flawed Election**. Op. cit., p. 64: o autor acusou a maioria conservadora da Corte Rehnquist, em *Bush v. Gore*, de intervir no processo democrático não como uma “questão de princípio constitucional”, mas sim como reflexo de um “autointeresse profissional”.

²³⁶ Alguns autores destacam que, apesar de todo o potencial crítico da decisão, a Corte não sofreu qualquer abalo em seu prestígio institucional; cf. FRIEDMAN, Barry. **The Will of the People**. Op. cit., pp. 323/324; SEIDMAN, Louis Michael. **Our Unsettled Constitution. A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review**. New Haven: Yale University Press, 2001, p. 3.

²³⁷ SUNSTEIN, Cass. Lawless Order and Hot Cases. In: DWORKIN, Ronald (Ed.) **A Badly Flawed Election**. Op. cit., p. 104.

²³⁸ SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes**. Op. cit., 2005, pp. 12/17.

conservadores”, sendo o originalismo então a “‘living constitution’ da direita”.²³⁹ O originalismo foi (e é) uma prática política *fora e dentro* da Corte – retórica dos políticos republicanos para angariar apoio popular para seus projetos de transformação constitucional e justificar suas nomeações para as cortes federais; e ferramenta discursiva dos juízes conservadores para reescrever o direito constitucional na direção de suas agendas.

A prática do originalismo tem sido qualquer coisa, menos restrição judicial. Em diversas áreas, a ideologia liberal foi substituída por posições mais moderadas ou conservadoras pela Corte Rehnquist, mas o ativismo judicial foi sempre instrumental a esse processo, tendo apenas mudado de lado – não mais liberal, e sim conservador, porém, ainda assim, ativismo judicial. É nesse sentido que Erwin Chemerinsky denuncia a “hipocrisia da retórica conservadora sobre restrição judicial”: “conservadores são igualmente dispostos a ser ativistas (...) quando isso servir a sua agenda ideológica”.²⁴⁰ Esse é o tom honesto do debate.

O contra-ataque republicano, por meio das Cortes Burger e Rehnquist, ao ativismo judicial da Corte Warren, reforça a afirmação do papel influente que a política pode cumprir na direção das decisões ativistas. Ademais, mostra também uma *fina ironia* – os Republicanos fortaleceram a Suprema Corte para superar as doutrinas da Corte Warren, já que não poderiam fazê-lo pelo processo de emenda constitucional; mas essa estratégia produziu ativismo judicial das *novas Cortes* e uma tensão com a própria defesa da restrição judicial feita pelo Partido. Mas isso não foi o problema! “Strict construction”, “restrição judicial” e leitura original da Constituição, na verdade, visaram apenas encobrir o verdadeiro propósito da plataforma Republicana: avançar seus fins substantivos conservadores contra os valores liberais da Era Warren. Não foi restrição judicial, mas sim, ativismo v. ativismo.²⁴¹ Essa é a lição.

1.5 O momento atual do debate: de volta à *Lochner Era*?

Com a morte de Rehnquist (2005) e a aposentadoria de O’Connor (2006), o segundo Bush pôde dar início a uma “nova Corte”. Repetindo seus antecessores Republicanos, Bush dizia acreditar em “strict constructionists”, em juízes “que não legislam da Corte” e “que não

²³⁹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution. **Fordham Law Review** V. 75 (2), 2006, p. 566.

²⁴⁰ CHERMERINSKY, Erwin. **The Conservative Assault on the Constitution**. New York: Simon & Schuster, 2010, p. 250.

²⁴¹ DORF, Michael C. **No Litmus Test: Law versus Politics in the Twenty-First Century**. Op. cit., p. 5: em tom jocoso, “(...) o ativismo judicial está morto; longa vida ao ativismo judicial”.

usam o cargo para escrever política social”, mas que apenas “interpretam estritamente a Constituição”. Ele declarou que o originalista Antonin Scalia era seu juiz preferido, mostrando todo seu “afeto” pelo originalismo e que, quando exigia “interpretação estrita da Constituição”, queria dizer “aplicação de seus significados originais”.²⁴²

Com o propósito de mover a Suprema Corte para a extrema direita, Bush nomeou John Roberts para *Chief Justice* e Samuel Alito para a vaga de O'Connor. Ele não cometeu o mesmo erro de seu antecessor, Bill Clinton, que nomeou “liberais” somente moderados (Ruth Ginsburg e Stephen Breyer).²⁴³ Os escolhidos de Bush são extremistas – Roberts é tão conservador quanto Rehnquist; Alito, diferente de O'Connor, invariavelmente conservador. No Senado Federal, eles defenderam a restrição judicial – Roberts utilizou a analogia do *árbitro de beisebol (umpire)*: “Juizes são como árbitros de beisebol. Árbitros não fazem as regras; eles as aplicam”; Alito disse que o juiz deve “ser verdadeiro aos princípios expressos na Constituição, e não aos seus próprios princípios”.²⁴⁴ Essa retórica de “juizes legalistas”²⁴⁵ convenceu bem o Senado e suas nomeações foram aprovadas sem acidentes.

Roberts e Alito juntaram-se a Scalia e a Thomas e formaram o que Ronald Dworkin chamou de “indestrutível falange” de ultradireita, que seria guiada “por fidelidade partidária, cultural e, talvez, religiosa”, “inclinada a refazer o direito constitucional”. Para Dworkin, “Alito, Roberts, Scalia, e Thomas são juizes com uma missão”:

Destruir as importantes normas constitucionais que uma longa série de juizes anteriores construiu e modelou nas décadas que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, e substituí-las por princípios mal elaborados que dificultam ou mesmo eliminam o direito ao aborto, proíbem qualquer uso de políticas de consciência racial para atenuar injustiças raciais, bloqueiam qualquer tentativa de reduzir o poder econômico no processo político norte-americano, e permitem ao Poder Executivo poderes quase ditatoriais na chamada “guerra” contra o terror.²⁴⁶

Nas questões mais relevantes e controvertidas, o voto decisivo tem sido de Anthony Kennedy. Na Corte Rehnquist, ele dividia com O'Connor o papel de *swing voter*, mas na

²⁴² TOOBIN, Jeffrey. **The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court**. Op. cit., pp. 302/303.

²⁴³ SUNSTEIN, Cass. Lawless Order and Hot Cases. In: DWORKIN, Ronald (Ed.) **A Badly Flawed Election**. Op. cit., p. 77: sobre a composição da Corte que julgou *Bush v. Gore*, que decidiu a sucessão de Bill Clinton – “Existem moderados, mas nenhum liberal, na Suprema Corte dos Estados Unidos”.

²⁴⁴ PETTYS, Todd E. Judicial Discretion in Constitutional Cases. **Journal of Law & Politics** V. 26 (2), pp. 133/134.

²⁴⁵ POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Op. cit., p. 78.

²⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **The Supreme Court Phalanx. The Court's New Right-Wing Bloc**. New York: New York Review Books, 2008, pp. xii-45/47.

Corte Roberts tem sido o quinto e decisivo voto, a ponto de se falar em “Anthony Kennedy Court”.²⁴⁷ Kennedy tem na maior parte das vezes favorecido posições conservadoras e, desse modo, ainda em seu sexto ano, a Corte Roberts tem sido apontada por alguns como a mais conservadora desde a *Old Court* dos anos 30:²⁴⁸ ela limitou ainda mais as garantias dos acusados de crimes;²⁴⁹ restringiu a liberdade de expressão de setores fragilizados;²⁵⁰ inovou na interpretação da Segunda Emenda para impedir o governo federal (*Heller*)²⁵¹ e os estados (*McDonald*)²⁵² de proibir a posse de armas; reduziu o alcance de ações afirmativas raciais²⁵³ e permitiu restrições à prática de aborto.²⁵⁴ Contudo, diferente do que consta na “profecia” de Dworkin, a Corte não deu apoio à “guerra contra o terror” de Bush.²⁵⁵

Mas nenhuma outra decisão tem suscitado mais questionamentos do que *Citizens United v. Federal Election Commission*.²⁵⁶ Seguindo o voto de Kennedy, a Corte abandonou a leitura restritiva da liberdade de expressão, que havia feito em detrimento de setores menos privilegiados, e ampliou seu escopo para assegurar às empresas e aos sindicatos “um *direito constitucional* a utilizar seu poder econômico para participar de campanhas políticas e influenciar o resultado do voto popular sem qualquer regulação pública significativa”.²⁵⁷ Essas pessoas jurídicas seriam titulares, na mesma medida que as pessoas naturais, do direito à liberdade de expressão da Primeira Emenda e isso inclui a possibilidade de gastarem recursos ilimitados no financiamento de campanhas eleitorais sem que o Congresso pudesse restringir esse direito nem mesmo em favor da equidade do processo democrático-eleitoral.

Citizens United é acusada de ter sido um exercício flagrante e ilegítimo de ativismo judicial. Superando antigo precedente (*Austin*)²⁵⁸ e faltando com deferência ao Congresso em matéria de alta voltagem política, a Corte Roberts aplicou um direito não previsto na Constituição, construindo-o por meio de uma interpretação bastante ampliativa da Primeira

²⁴⁷ Cf. CHERMERINSKY, Erwin. The Roberts Court and Freedom of Speech. **Federal Communications Law Journal** V. 63 (3), 2011, p. 580: “When it matters most, it is the Anthony Kennedy Court”.

²⁴⁸ CHERMERINSKY, Erwin. The Roberts Court at Age Three. **Wayne Law Review** V. 54 (3), 2008, p. 948.

²⁴⁹ *Kansas v. Marsh*, 548 U.S. 163 (2006); *Hudson v. Michigan*, 547 US 586 (2006).

²⁵⁰ *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006); *Morse v. Frederick*, 551 U.S. 393 (2007); *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. ____ (2010).

²⁵¹ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

²⁵² *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. ____ (2010).

²⁵³ *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District nº 1*, 551 U.S. 701 (2007).

²⁵⁴ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

²⁵⁵ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

²⁵⁶ 558 U.S. ____ (2010). Essa decisão foi reafirmada em 567 U.S. ____ (2012), decidida em 25/06/2012.

²⁵⁷ MONKS, Robert A.G.; MURRAY, Peter L. Conservative Activist Judges Endanger America. In: BERLATSKY, Noah (Ed.) **Judicial Activism**. Detroit: Greenhaven Press, 2012, p. 27.

²⁵⁸ *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 692 (1990). No mesmo sentido: *McConnell v. Federal Election Commission*, 540 U.S. 93 (2003).

Emenda. Em constitucionalizar o direito de ampla participação das grandes corporações econômicas e dos sindicatos no financiamento de eleições como exercício de liberdade de expressão, a Corte excluiu do Congresso o poder de regular o processo eleitoral e de prevenir sua corrupção, mudando as regras do jogo e interferindo nos resultados das eleições.

O *Chief Justice* Roberts defendeu veementemente a decisão. Em sua *concurring opinion*,²⁵⁹ Roberts afirmou que o “texto e propósito da Primeira Emenda apontam (...) na direção de o Congresso não poder proibir a liberdade de expressão em matéria política, mesmo no caso de uma empresa ou sindicato”. Para ele, a única dificuldade do caso seria saber se a Suprema Corte poderia superar seu precedente em *Austin*. Ele preocupou-se então em explicar a não implicação no caso dos “princípios da restrição judicial e *stare decisis*”, e assim justificar o porquê de ser legítima a superação desse precedente.

Contestando a acusação da minoria vencida (voto do *Justice* Stevens) no sentido de a maioria conservadora “não ser séria sobre restrição judicial”, Roberts disse ser necessário diferenciar “entre restrição judicial e abdicação judicial”. Em suas palavras, “apesar de a fidelidade ao precedente [ser] vital ao próprio exercício da função judicial”, a Suprema Corte “deve ponderar a importância de se ter questões *decididas* com a importância de se ter *decisões corretas*.” “*Stare decisis* não é um fim em si mesmo”, de modo que, se a “fidelidade ao precedente estiver fazendo mais mal do que bem ao ideal de *rule of law*”, então será o momento de superar esse precedente. Para Roberts, esse era o momento de *Austin*: “[a] aderência continuada a *Austin* ameaça subverter o desenvolvimento ‘principiológico e inteligível’ de nossa jurisprudência da Primeira Emenda”. Com esse raciocínio, o *Chief Justice* deixou claro que o comprometimento com a restrição judicial é relativo, o que significa que o “árbitro” não é tão neutro quanto disse e pode sim mudar as regras do jogo.

Decisões como *Citizens United* provam que analogias como a do “árbitro de beisebol”, assim como os apelos à “strict constrution” e ao originalismo, dentre outros instrumentos retóricos Republicanos, não passam mesmo de discursos falaciosos dirigidos para mascarar o que realmente ocorre nesses casos: ativismo judicial. Roberts e Alito, assim como Scalia, Thomas, Kennedy e alguns outros nomeados pelos ex-presidentes Republicanos, não são e não têm sido juízes que pura e neutralmente aplicam os *significados originais da Constituição*. Ao contrário, eles criam regras e princípios próprios de forma assertiva e expansiva para assegurar a prevalência do resultado que acham o mais adequado.

²⁵⁹ Disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf> . <Acesso em 07/02/2012>

Tem sido comum também a acusação da jurisprudência da Corte Roberts ser parcial às corporações econômicas e à desregulação do mercado. Diferentes decisões favorecem essa acusação²⁶⁰ e *Citizens United* tem sido apontada como o melhor exemplo.²⁶¹ Com efeito, além de *Citizens*, também *Heller* e *McDonald* têm dado uma impressão de *déjà vu*: a falta de deferência ao legislador em favor dos economicamente poderosos. Tem-se assistido a uma renovação da hostilidade da Suprema Corte em relação a leis que regulam a economia ou procuram limitar a influência do poder econômico e isso vem ocorrendo em detrimento dos consumidores, dos trabalhadores e da equidade do processo político-eleitoral.

A maioria da Corte Roberts tem sido denunciada não só como a mais conservadora, mas também a mais pró-empresas e antirregulatória desde a *Old Court*, que nos anos 30 desafiou ao *New Deal* de Roosevelt.²⁶² Os críticos acusam que a Corte Roberts tem construído sua agenda com demandas predominantemente de empresas e de importantes corporações, diferente da Corte Warren que privilegiava demandas envolvendo direitos individuais e da Corte Rehnquist que julgava mais processos sobre os poderes dos estados. Haveria uma clara estratégia da Corte para favorecer esse segmento privilegiado da sociedade.

Já se fala então de um *ativismo judicial libertário* travestido de originalismo ou de textualismo, da volta à *Gilded Age* e ao *laissez faire*. A Corte Roberts seria a “réplica do século XXI das cortes da era *Lochner*”. Contudo, em vez da XIV Emenda, da dimensão substancial do devido processo legal e da liberdade de contrato que marcaram o ativismo judicial conservador daquela época, a arma da Corte Roberts é a Primeira Emenda e a liberdade de expressão – é a defesa do *laissez faire* na *Era da Informação*.²⁶³

Comparando *Lochner* e *Citizens United* sob a perspectiva metodológica predominante na Corte Roberts – o originalismo – é possível dizer que *Citizens* é ainda mais distante do sentido original da Constituição do que foi *Lochner*. É mais sustentável que os *founding fathers* pensassem em um direito individual “natural” de contratar livremente nos sécs. XVIII e XIX e que isso tenha sido incorporado à Constituição e às suas emendas do que em um

²⁶⁰ Além das citadas *Heller* e *McDonald*, cf. *Philip Morris USA v. Williams*, 549 US 346 (2007); *Exxon Shipping Company v. Baker*, 554 U.S. 471 (2008); *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618 (2007).

²⁶¹ Na realidade, *Citizens* pode ser vista como uma decisão voltada aos interesses eleitorais principalmente do Partido Republicano porque, historicamente, esse é o partido que mais arrecada recursos das grandes empresas e corporações econômicas para suas campanhas eleitorais. Sua linha ideológica mais favorável ao liberalismo econômico, comparado à do Partido Democrata, o aproxima mais das forças econômicas do país.

²⁶² CHEMERINSKY, Erwin. Conservative Judicial Activism. *Loyola of Los Angeles Law Review* V. 44 (3), 2011, p. 865.

²⁶³ PURDY, Jedediah. The Roberts Court v. America. *Democracy. A Journal of Ideas*. V. 23, Inverno de 2012, pp. 47/48. Disponível em <http://democracyjournal.org/>. <Acesso em 12/01/2012>

direito constitucional originário das corporações econômicas à liberdade de expressão e que isso ainda implique o direito dessas pessoas jurídicas à livre influência econômica sobre os processos político-eleitorais da época.²⁶⁴ Seguindo a linha metodológica originalista dos recentes presidentes Republicanos, da Corte Rehnquist e da própria Corte Roberts, parece que *Citizens United* foi ainda mais ativista do que *Lochner*.

Essa perspectiva *lochneriana* da Corte Roberts permite dizer da renovação de um embate histórico: de um lado, um Presidente Democrata, Barak Obama, inclinado a políticas públicas de transformação e inclusão social; de outro, uma Corte dominada por uma maioria de juízes conservadora e nomeada por Presidentes Republicanos. Obama enfrenta desafio similar ao que Roosevelt superou em face da *Old Court* – ver suas principais políticas públicas julgadas por uma maioria da Suprema Corte ideologicamente oposta às mesmas. Isso se tornou especialmente problemático em face da ameaça de a Suprema Corte julgar inconstitucional a principal conquista legislativa do governo Obama no terreno da política doméstica – o *Obamacare* (*Affordable Care Act*), programa de reforma do sistema de saúde.

Esse programa de Obama tem o propósito de aumentar a cobertura de seguro-saúde e de diminuir o custo da saúde pública. A provisão mais polêmica da lei é a que cria o “mandato individual” (*individual mandate*) (26 U.S.C. §5000A). Trata-se de previsão do dever (*shall*) do cidadão norte-americano de adquirir para si e para seus dependentes seguro-saúde para cobertura de necessidades médicas essenciais. Na hipótese de não cumprimento desse dever, seria imposta uma “multa com respeito a tal falha” (*penalty with respect to such failure*).

O julgamento foi marcado para junho de 2012 e a expectativa era que a Corte Roberts se dividisse, mais uma vez, entre liberais – a favor da política pública do Presidente Democrata – e conservadores – contra o programa – e que o *swing vote* de Anthony Kennedy decidisse a questão, provavelmente contra a política do Presidente Democrata, rejeitando qualquer deferência ao poder do Congresso Nacional. O custo político dessa decisão seria enorme diante de seus reflexos negativos para as eleições presidenciais de novembro do mesmo ano, quando Obama tentará sua reeleição.²⁶⁵ Nesse ambiente desafiador, o Presidente advertiu publicamente a Suprema Corte dos perigos do... *ativismo judicial*.

²⁶⁴ Em sentido contrário, defendendo que o significado original da Primeira Emenda previa a liberdade de expressão das empresas como “liberdade de expressão em associação com outros indivíduos, incluindo associação sob a forma empresarial”, cf. o voto de Antonin Scalia em *Citizens United*.

²⁶⁵ Isso se tornava ainda mais problemático tendo em conta que a lei do *Obamacare* não possuía apoio popular sólido, principalmente a exigência de compra de seguro-saúde individual.

Em declaração de enorme repercussão pública, feita em abril de 2012, Obama disse estar “confiante que a Suprema Corte não tomar[ia] o que seria um passo extraordinário e sem precedentes de derrubar uma lei aprovada por uma forte maioria de um Congresso democraticamente eleito”. Ele dirigiu-se aos *Justices* conservadores para lembrá-los “que, por anos, escutamos que o maior problema da Corte foi o ativismo judicial, ou uma falta de restrição judicial” – a falta de deferência a “leis devidamente aprovadas e promulgadas” – e que o julgamento do *Obamacare* era um “ótimo momento” para a Corte Roberts mostrar que tem consciência disso.²⁶⁶ É claro que conservadores de todo o país, inclusive juízes federais de cortes inferiores, reagiram e acusaram Obama de tentar intimidar a Suprema Corte, de lhe fazer pressão política indevida. Exagerando um pouco, a ABC News resumiu o ocorrido da seguinte forma: na disputa “Obama vs. Suprema Corte, a Política não Conhece Limites”.²⁶⁷

O julgamento ocorreu em 28/06/2012 e seu resultado foi, no mínimo, uma grande surpresa. Principalmente, em função da divisão dos votos. A maioria da Corte declarou o *mandato individual* constitucional, com os quatro liberais votando em sustentá-lo e sendo acompanhados por John Roberts Jr., o *Chief Justice* em pessoa. Dessa feita, não foi a “Corte Kennedy” que decidiu, foi a Corte Roberts.²⁶⁸ A maioria conservadora, incluindo Roberts, negou a validade do *mandato individual* como exercício do poder constitucional do Congresso em regular o comércio (*Commerce Clause*), afirmando que o Governo Federal não está autorizado a forçar os indivíduos a comprar serviços (seguro-saúde) que eles não desejam. Contudo, escrevendo o voto vencedor do julgado, Roberts defendeu que o *mandato individual* poderia ser declarado constitucional como exercício legítimo do poder do Congresso de “impor e arrecadar tributos” (*lay and collec Taxes*; art. I, §8º, cl. 1).

Para o *Chief Justice*, o *mandato individual* poderia ser caracterizado como um tributo, embora essa interpretação não fosse “a mais natural”,²⁶⁹ mas apenas “razoavelmente possível”

²⁶⁶ <http://www.reuters.com/article/2012/04/02/us-obama-healthcare-idUSBRE8310WP20120402>. <Acesso em 14/04/2012>

²⁶⁷ É o título da reportagem de 04/04/2012: “Obama vs. Supreme Court, Politics Knows No Bounds”. <http://abcnews.go.com/Politics/OTUS/obama-supreme-court-politics-bounds/story?id=16072375&page=2>. <Acesso em 14/04/2012>

²⁶⁸ *National Federation of Independent Business et al v. Sbelius, Secretary of Health and Human Services et al*, 567 U.S. ____ (2012).

²⁶⁹ Ronald Dworkin, A Bigger Victory Than We Knew, **The New York Review of Books**, de 13/07/2012, aplaudiu a decisão, mas não concordou com o argumento de Roberts de que seria “artificial considerar o mandato individual um tributo”. Para ele, “essa descrição captura a justificação real para o mandato em termos de moralidade constitucional” – “justiça dentro de uma comunidade política requer que os riscos mais catastróficos da vida econômica e social sejam compartilhados por todos”. “Todos devem cumprir suas responsabilidades morais para com os membros da sociedade, além de proteger-se contra seu próprio infortúnio” e a tributação tem sido “o meio mais tradicional” de a sociedade “compartilhar esses riscos”.

e justificada para salvar a constitucionalidade da lei.²⁷⁰ Roberts “desconsider[ou] o rótulo” para dar valor à “substância e à aplicação” da exação como um tributo.²⁷¹ Ele disse que essa manobra interpretativa era necessária porque “juízes não eleitos devem ser extremamente relutantes em rejeitar a decisão de um legislativo eleito” – “não é tarefa da Suprema Corte”, prosseguiu, “proteger o povo das consequências de suas escolhas políticas”, pois esse “julgamento é confiado aos líderes eleitos da Nação”.

Roberts procurou atribuir um sentido normativo ao *Obamacare* que permitisse à Suprema Corte ser deferente ao Congresso e ao Presidente. Suas explicações demonstram isso, mas é difícil acreditar que ele, da noite para o dia, tenha se tornado um “campeão da autorrestrição judicial”. Seus votos anteriores, principalmente em *Citizens*, sempre mostraram um *Chief Justice* muito disposto para invalidar leis federais ou estaduais e superar precedentes antigos da Corte, tudo para alcançar o resultado favorecido pela direita política do país – o Partido Republicano. O que pode então explicar, em um caso tão importante para os rumos políticos do país, que Roberts tenha decidido votar, pela primeira vez, sozinho com a ala liberal da Suprema Corte e, com isso, tenha favorecido o Partido Democrata e seu Presidente, Barack Obama, logo em ano de eleição presidencial?

O quanto a advertência de Obama por uma postura de autorrestrição judicial e deferência ao Congresso Nacional influenciou a Roberts é algo muito difícil de medir. Mas, certamente, cumpriu algum papel. Em um caso já altamente publicizado, Obama, com a repercussão de suas declarações, tornou pública a discussão sobre se a rejeição do *Obamacare* poderia colocar a Suprema Corte em uma condição definitiva de *corte partidária* perante a opinião pública. Obama antecipou o tom da crítica: a rejeição do *Obamacare* seria um caso de abuso de poder judicial, de ativismo judicial ilegítimo; a Suprema Corte *não passaria de apenas mais uma instituição política, nada tendo de corte de justiça*. As declarações de Obama certamente contribuíram para que Roberts, como *Chief Justice*, tivesse aumentada sua preocupação com a legitimidade institucional da Suprema Corte. E é, sem dúvida, uma parte muito importante da responsabilidade do *Chief Justice* zelar pelo respeito público à Corte.

²⁷⁰ O caráter de “interpretação salvadora” (*saving construction*) fica muito evidenciado no trecho de seu voto que responde à objeção da *Justice* Ginsburg pela manutenção da constitucionalidade pela *Commerce Clause*: “A lei interpreta-se mais naturalmente como uma ordem de compra de seguro do que como um tributo. Eu sustentaria essa norma se a Constituição permitisse. É apenas porque a *Commerce Clause* não autoriza tal interpretação que é necessário chegar à questão do poder de tributar. E é apenas porque nós temos um dever de interpretar uma lei para salvá-la, se isso for razoavelmente possível, que o §5000^a pode ser interpretado como um tributo”.

²⁷¹ Em suas palavras: “É claramente verdade que a lei descreve o pagamento como uma ‘multa’, não como um ‘tributo’. (...) mas (...) esse rótulo (...) não determina se o pagamento pode ser visto como exercício do poder de tributar do Congresso”.

Sem embargo, o temor pela perda de prestígio institucional pode fazer parte do conjunto de variáveis decisórias das cortes²⁷² e, considerando essa responsabilidade do *Chief Justice* em cuidar do capital de legitimidade da Suprema Corte, é possível que o recuo de Roberts em seu costumeiro ativismo judicial conservador tenha respondido a necessidades estratégicas²⁷³ fomentadas também pelas declarações de Obama. Mais uma vez, pode ser dito que a política cumpriu algum papel na direção da interpretação final da Suprema Corte em um caso crucial, cujo resultado teria enorme repercussão política e social. Direito e política interagiram mais uma vez e o resultado foi o recuo do ativismo judicial. Certamente, não se tratou de um recuo definitivo, mas apenas de mais uma etapa do eterno embate político-ideológico em torno do binômio ativismo judicial-autorrestrrição judicial em casos cruciais.

Todos os acontecimentos narrados neste capítulo revelam as premissas fundamentais da dissertação – que o ativismo judicial se revela por diferentes dimensões (interpretação constitucional e legal criativa, autoexpansão de poder decisório, avanço de direitos indeterminados, falta de deferência aos outros poderes, etc.); e que ele não pode ser considerado puro e simplesmente uma atitude deliberada dos juízes, mas responde a diferentes fatores exógenos e endógenos, mais destacadamente elementos políticos que podem tanto constrangê-lo como utilizá-lo como instrumento de preservação ou mesmo ampliação de poder. Ficou claro também que decisões ativistas podem ser politicamente muito impactantes e que isso mostra como ativismo judicial e política praticam, na realidade, um jogo complexo de implicações recíprocas.

Essas lições nortearão toda a construção teórica à qual se propõe este estudo e certamente serão as mais relevantes. Mas existem outras realidades político-constitucionais a serem exploradas que podem também oferecer importantes lições complementares, expansivas e até mesmo novas em relação ao caso norte-americano. Aprender com essas outras realidades é a tarefa que será cumprida no capítulo seguinte.

²⁷² BAUM, Lawrence. **The Puzzle of Judicial Behavior**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997, pp. 48/49: “aceitação social é relevante, e juízes seriam um grupo diferente de pessoas se nenhum deles fosse preocupado com respeito e popularidade fora da Corte”.

²⁷³ Como defendem Lee Epstein e Jack Knight, **The Choices Justices Make**, Op. cit., p. 10, “juízes são atores estratégicos que entendem que sua habilidade para alcançar objetivos depende da consideração das preferências dos outros atores, das escolhas que eles esperam que esses outros atores façam e do contexto institucional em que eles atuam.”.

2 O ATIVISMO JUDICIAL NO MUNDO

2.1 O ativismo judicial espalhado pelo mundo

O capítulo anterior mostrou que os Estados Unidos são o berço da discussão sobre o ativismo judicial, onde o debate tem seu principal desenvolvimento teórico e prático. Ele ofereceu lições sobre o caráter multidimensional das decisões ativistas e sobre como as ações políticas podem dirigir a postura de mais ou menos ativismo dos juízes e Tribunais e também suas cores ideológicas. No entanto, o ativismo judicial está hoje envolvido em transformações institucionais e políticas ainda mais amplas e diversificadas, sendo uma tendência verificada em várias partes do mundo além do universo norte-americano e há mais tempo que o incipiente debate brasileiro possa sugerir.

Nessas outras “partes do mundo”, também há um alto grau de complexidade do ativismo judicial das cortes constitucionais ou supremas. Em todos esses países, as cortes têm cumprido um papel sociopolítico relevante e seu ativismo judicial tem se manifestado por diferentes dimensões e sofrido influência de múltiplos fatores de natureza política, institucional, social e jurídico-cultural. Por tudo isso, é de se afirmar que existem outras realidades políticas que também têm muito que oferecer ao estudo do ativismo judicial e, portanto, são merecedoras de toda a atenção.

O propósito deste capítulo é justamente examinar algumas dessas realidades, ainda que com menos profundidade em relação ao caso mais paradigmático norte-americano. Serão examinadas cortes constitucionais cujo ativismo judicial exerce alguma influência à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como as da Alemanha e da Itália – os casos alemão e italiano revelam: a vinculação entre a ascensão do ativismo judicial e o papel histórico desempenhado pelas cortes constitucionais nos processos de ruptura com o passado totalitário desses países; como essas cortes desenvolveram processos interpretativos e decisórios criativos com o propósito de afirmar a validade prática dos direitos fundamentais.

Serão também examinadas as Cortes Constitucionais da Colômbia e da Costa Rica, países com proximidade geográfica e histórico-social com o Brasil e cujo ativismo judicial está envolvido em transformações políticas, institucionais e jurídico-culturais similares no tempo e em conteúdo ao contexto brasileiro. Serão ainda avaliadas cortes constitucionais que, de modo geral, oferecem lições importantes ao tema, que podem ser úteis a toda e a qualquer

realidade político-institucional como os exemplos da Suprema Corte do Canadá e da Corte Constitucional da África do Sul, envolvidas em diferentes propostas de diálogos institucionais como meio de minimizar os riscos de supremacia judicial, sem que isso importe em renúncia de sua missão de defesa de direitos fundamentais e sociais.

O desenvolvimento deste capítulo, em suma, visa enriquecer o conhecimento sobre as premissas fundamentais da dissertação – diferentes dimensões descritivas das decisões ativistas; pluralidade de variáveis que podem explicar o avanço do ativismo judicial. Os contextos político-constitucionais, a seguir abordados, não foram escolhidos aleatoriamente, mas justamente porque possuem lições paradigmáticas a oferecer sobre o ativismo judicial.

O Tribunal Constitucional alemão e a interpretação dos direitos fundamentais

O Tribunal Constitucional alemão rivaliza com a Suprema Corte norte-americana em prestígio e influência para o constitucionalismo contemporâneo e seu ativismo judicial é manifestado principalmente no modo como interpreta e realiza o sistema de direitos fundamentais da Constituição alemã (Lei Fundamental). Ordem objetiva de valores, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ponderação, proporcionalidade, concordância prática, mínimo existencial, núcleo essencial são elementos de uma gramática de garantia dos direitos fundamentais que faz do caso alemão um paradigma da importância que uma corte constitucional pode alcançar no sistema político e na sociedade em que está inserida.

Com os horrores do regime nazista em mente e com o propósito de romper com o passado de atrocidades contra os direitos humanos, foi promulgada na Alemanha, em 1949, uma nova Constituição dotada de um extenso sistema de direitos fundamentais que expressam os valores da democracia, liberdade, justiça, igualdade e centralidade do homem e de sua dignidade na ordem social. A Constituição estabeleceu também um Tribunal Constitucional com amplo acesso à sua jurisdição, titular de significativos poderes de decisão, do monopólio do controle judicial de constitucionalidade das leis e da missão de fazer valer o compromisso dos direitos fundamentais e a garantia da dignidade humana. Como difusamente reconhecido, o *Bundesverfassungsgericht* tem cumprido muito bem sua missão, desempenhando “um papel fundamental na reconstrução da identidade alemã pós-II Guerra Mundial.”²⁷⁴

²⁷⁴ GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel. **El Tribunal Constitucional Alemán en la Construcción del Espacio Europeo de los Derechos**. Navarra: Civitas, 2010, p. 212.

Exercendo seu poder de controle da constitucionalidade das leis, o Tribunal tem se afirmado como o principal intérprete da nova ordem constitucional e participado *direta e indiretamente* da construção do sistema normativo infraconstitucional. De acordo com Klaus Stern, o Tribunal tem, por meio de modernas e inventivas práticas de declaração de inconstitucionalidade, participado diretamente da *criação do Direito no nível legislativo*²⁷⁵ – além da pura declaração de nulidade ou inconstitucionalidade das leis, a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), a superação de omissões legislativas e o “apelo ao legislador” (*Appellentscheidung*)²⁷⁶ têm se revelado técnicas criativas de decisão por meio das quais o Tribunal vem inovando na ordem jurídica.

De outro lado, a *vinculação político-normativa* das decisões do Tribunal Constitucional alemão tem ocorrido também de forma indireta sobre os Poderes Legislativo e Executivo.²⁷⁷ Na Alemanha, os membros do Parlamento têm ajustado seus projetos de lei à jurisprudência constitucional do Tribunal para evitar possível e futura declaração de inconstitucionalidade. Essa perspectiva tem levado os políticos alemães a procurar saber de juristas e até de ex-membros do Tribunal Constitucional sobre detalhes de suas decisões – algo como saber sobre a “astrologia de Karlsruhe”.²⁷⁸ Stone Sweet diz que a presença do Tribunal Constitucional é tão sentida “nos corredores do poder” que os políticos preferem “negociar suas diferenças [entre si] em vez de arriscar a derrota total” na Corte.²⁷⁹ Operando dessa forma, esse arranjo institucional promove, simultaneamente, o equilíbrio de forças entre os movimentos políticos que disputam o poder na democracia pluralista alemã²⁸⁰ e a expansão do poder político e do prestígio institucional do Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional tem adquirido e posto à prova esse capital político-institucional em meio a circunstâncias que não o têm permitido uma vida decisória fácil.

²⁷⁵ STERN, Klaus. **Jurisdicción Constitucional y Legislador**. Tradução de Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009, pp. 56/67.

²⁷⁶ Sobre essas técnicas do Tribunal Constitucional alemão, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdicção Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 252/315.

²⁷⁷ Alguns autores, mormente cientistas políticos e sob a perspectiva *neoinstitucionalista*, afirmam que os poderes políticos são influenciados pelo *conjunto geral* das decisões de inconstitucionalidade quando elaboram leis e outros atos normativos. Eles fazem cálculos e ajustes político-decisórios para evitar futura censura de inconstitucionalidade por parte das cortes, ainda que não concordem com a substância desses ajustes normativos. Alec Stone Sweet, **Governing with Judges**, Op. cit., p. 194 et seq., refere-se a esse processo comportamental como a institucionalização de “um modo particular de governança – caracterizado pela interdependência da legislação e da adjudicação constitucional”. Stone Sweet fala na “autoridade pedagógica” das decisões das cortes e na recepção das regras e dos termos do discurso judicial pelos legisladores.

²⁷⁸ LANDFRIED, Christine. Germany. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Op. cit., p. 313. Karlsruhe é onde está instalado o Tribunal Constitucional.

²⁷⁹ SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges**. Op. cit., p. 78: citando Donald Kommers.

²⁸⁰ GRABER, Mark A. Constructing Judicial Review. **Annual Review of Political Science** V. 8, 2005, p. 428.

Muito ao contrário, o Tribunal vem enfrentando dificuldades interpretativas como a indeterminação de muitas provisões constitucionais relevantes (dignidade humana, livre desenvolvimento da pessoa, etc.), a aparente contradição entre algumas dessas disposições e, principalmente, as “tensões entre democracia e constitucionalismo, entre liberdade e ordem, entre a autoridade do direito e sua integridade, entre direitos individuais do *Rechtsstaat* e o princípio da solidariedade fundado no conceito de *Sozialstaat*”.²⁸¹

Essas tensões envolvem conflitos dramáticos e quase irresolúveis de valores, inerentes a constituições de compromissos abrangentes e ambiciosos, mas que o Tribunal precisa conciliar quando julga as principais questões sociopolíticas da Alemanha pós-II Guerra: liberdade de expressão, de imprensa, de associação, profissional, acadêmica, a relação entre o Estado e a Igreja, a regulação estatal das redes de televisão, energia atômica, constitucionalidade da criação e do financiamento de partidos políticos, processo eleitoral, a posição da Alemanha na Comunidade Europeia, terrorismo, aborto, eutanásia e outras.

Para alcançar o equilíbrio valorativo em casos tão difíceis, o Tribunal desenvolveu uma sofisticada e inovadora metodologia de concretização constitucional que se tornou referência para diversas outras cortes no mundo, inclusive para o Supremo Tribunal Federal. Independente de qualquer crítica merecida ou não à expansão de seu poder político e a seu ativismo judicial, não se pode negar a alta qualidade metodológica de suas decisões. O Tribunal Constitucional demonstra sempre profunda preocupação com seus argumentos de justificação, caracterizados por uma ampla teorização dos princípios e dos direitos fundamentais, máxime a dignidade da pessoa humana,²⁸² combinada com a consideração técnica e exaustiva dos fatos reais envolvidos. Ativistas ou não, as decisões do Tribunal Constitucional são sempre teórica e coerentemente fundadas e factualmente detalhadas.

²⁸¹ KOMMERS, Donald P. Germany: Balancing Rights and Duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.) **Interpreting Constitutions. A Comparative Study**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 177.

²⁸² O desenvolvimento do princípio da dignidade humana é, sem dúvida, a principal marca da jurisprudência do Tribunal Constitucional no avanço dos direitos fundamentais da Constituição. As decisões desse tipo que mais se destacaram foram as que envolveram o tema do aborto. No *Abortion I case* (39 BVerfGE 1 [1975]), o Tribunal julgou inconstitucional, por violar a dignidade da pessoa humana e o direito à vida do feto, lei federal da ex-Alemanha Ocidental que descriminalizou o aborto praticado nos três primeiros meses de gravidez, por médico licenciado e seguido de aconselhamento adequado. No *Abortion II case* (88 BVerfGE 203 [1993]), já no ambiente político e social pós-reunificação alemã, o Tribunal manteve a mesma fundamentação para julgar inconstitucional lei federal que também descriminalizou o aborto praticado nos três primeiros meses de gravidez, por médico licenciado e seguido de um aconselhamento ainda mais denso. Porém, neste caso, o Tribunal recuou, em relação à primeira decisão, para dizer que, embora ainda seja crime, o aborto nessas condições não deveria ser punido. O fato de a lei ter sido fruto de um consenso importante construído na discussão sobre a reunificação alemã é apontado como motivo provável dessa maior deferência do Tribunal ao que foi decidido previamente pelo Parlamento.

O primeiro e fundacional desses desenvolvimentos metodológicos foi sua concepção do sistema de direitos fundamentais da Constituição como uma ordem axiológica e hierárquica de *princípios objetivos* – e não apenas como conjunto de direitos subjetivos de defesa do indivíduo – que vincula as ações de todas as esferas de poder do Estado, a criação, a interpretação e a aplicação de todo o ordenamento jurídico.²⁸³

Essa perspectiva foi desenvolvida em 1958, no famoso caso *Lüth*²⁸⁴ – para alguns, a *Marbury* alemã,²⁸⁵ para outros, “um golpe de estado metodológico”²⁸⁶ – um litígio particular entre Eric Lüth, alemão e judeu, e Veit Harlan, cineasta alemão divulgador dos ideários nazistas e de mensagens de ódio aos judeus durante a II Guerra. A questão envolveu saber se um bem-sucedido boicote do primeiro aos filmes não nazistas e pós-II Guerra do segundo configurou um exercício lícito de “liberdade de expressão” ou uma ação ilícita que sujeitava seu autor ao dever de indenizar o cineasta boicotado. O Tribunal de Hamburgo julgou que o boicote foi um ato contrário aos “bons costumes” e que isso justificava o dever de indenização nos termos do §826 do Código Civil Alemão. O Tribunal Constitucional, por sua vez, reverteu o julgado porque considerou a decisão do Tribunal de Hamburgo uma “limitação à liberdade de expressão” de Lüth.

Em seu discurso de justificação, o Tribunal Constitucional afirmou que o sistema de direitos humanos da Lei Fundamental é “uma ordem objetiva de valores”, “centrada na dignidade da pessoa humana”, que requer prestações positivas do Estado para sua realização. Essa ordem de valores, para o Tribunal Constitucional, promove um *efeito de irradiação* dos direitos fundamentais sobre toda a ordem jurídica, importando no dever de se interpretar todos os ramos do Direito em conformidade com os *princípios constitucionais* que expressam esses direitos (*constitucionalização do direito*). E isso seria uma verdade inclusive para o Direito Privado, de modo que os direitos fundamentais vinculam também, ainda que indiretamente, as decisões e relações particulares regidas pela autonomia da vontade (*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*).

²⁸³ De acordo com Konrad Hesse, Significado de los Derechos Fundamentales. In: BENDA, Ernesto et al. **Manual de Derecho Constitucional**, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 92, essa construção metodológica representa “um *standard* constitucional unitário de direitos e princípios”.

²⁸⁴ *Lüth*, 7 Bverf GE 198 (1958). Edward J. Eberle, **Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States**, Westport: Praeger, 2002, p. 26, diz que em *Lüth* a Corte Constitucional alemã “aproveitou o momento para libertar o direito da bagagem ideológica da era Nazista e Imperialista”.

²⁸⁵ ROBERTSON, David. **The Judges as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review**. Princeton: Princeton University Press, 2010, p. 48.

²⁸⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlert e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2003, p. 44.

O Tribunal de Hamburgo teria falhado em não considerar esses aspectos – ordem objetiva de valores, efeito de irradiação e eficácia horizontal dos direitos fundamentais – na aplicação do §826 do Código Civil. O foco desse Tribunal foi apenas os interesses econômicos de Harlan, ao passo que a dimensão de princípio e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais impunham o dever de sopesar esse interesse particular diante da liberdade de expressão de Lüth. Para a Corte Constitucional, “o erro fatal do [Tribunal de Hamburgo] em *Lüth* foi sua falha em engajar adequadamente nesse processo de ponderação.”²⁸⁷ Um conflito desse, disse a Corte, “exige que o juiz considere todas as circunstâncias do caso individual”, pois “uma incorreta ponderação dos fatores pode violar um direito fundamental e prover a base para uma reclamação constitucional”.

Foi a essa altura da decisão que o Tribunal Constitucional apresentou sua principal ferramenta metodológica: a *ponderação de bens e interesses* em substituição ao modelo de subsunção para a solução de casos mais complexos. O Tribunal Constitucional ponderou os interesses envolvidos e, depois de sopesá-los, concluiu ter mais importância, especificamente para o caso concreto, o direito fundamental de livre expressão de Lüth, mormente se levado em conta a “importância pública educacional de sua mensagem”.²⁸⁸ A ponderação de interesses mostrou-se então uma ferramenta metodológica útil e mesmo necessária para a solução equilibrada dos conflitos cruciais entre princípios constitucionais. A partir de *Lüth*, o processo de adjudicação constitucional passou a ter na ponderação um paradigma do discurso de justificação das decisões envolvendo conflitos dramáticos entre direitos fundamentais²⁸⁹ e isso não só na Alemanha, mas também em diversos outros países.

A ponderação, tal como aplicada pelo Tribunal Constitucional, compõe a estrutura do *princípio da proporcionalidade*, outra ferramenta decisória inerente à concepção dos direitos fundamentais como princípios constitucionais. A Corte tem aplicado o teste da

²⁸⁷ KOMMERS, Donald P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 2ª ed. Durham: Duke University Press, 1997, p. 368.

²⁸⁸ KOMMERS, Donald P. Germany: Balancing Rights and Duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.) **Interpreting Constitutions. A Comparative Study**. Op. cit., p. 185. Nesse ponto, não se pode ignorar a motivação estratégica, de todo legítima, da Corte em afirmar a validade do boicote de Lüth em face de um personagem relevante da propaganda *hitleriana* como reforço do compromisso da nova ordem constitucional alemã e das instituições alemãs com a ruptura absoluta com o período nazifascista.

²⁸⁹ Na Alemanha, talvez o mais importante desenvolvimento doutrinário da ponderação como *princípio de aplicação* do Direito seja de Robert Alexy, **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Madrid: CEPC, 2002, p. 157 et seq. Mais recentemente, Robert Alexy, The Dual Nature of Law, **Ratio Juris** V. 23 (2), 2010, p. 174, deu um passo mais a frente em seu dimensionamento do papel da ponderação e, no âmbito de sua *concepção dualista do Direito*, defendeu que a ponderação é “uma parte da natureza do direito” na medida em que cumpre um papel “não apenas na criação e aplicação do direito, ou seja, na prática jurídica, mas também no próprio fundamento do direito”, i.e., a ponderação é também um *princípio de legitimação*.

proporcionalidade para solucionar colisões entre princípios e medir a legitimidade das restrições aos direitos e aos interesses fundamentais, subdividindo-o em três subprincípios: (1) o da *adequação* – requer que a medida restritiva seja apta para produzir a proteção do bem jurídico que motiva a restrição; (2) o da *necessidade* – requer a inexistência de um meio de restrição do direito mais ameno para alcançar o mesmo fim; (3) o da *proporcionalidade em sentido estrito* – um *exame de ponderação* entre o bem ou direito restringido e o bem ou direito que se quer favorecer com a restrição, e que Robert Alexy²⁹⁰ propõe seja feito em três partes: (3.1) a avaliação do grau de não-satisfação, afetação ou intervenção de um dos direitos ou bens; (3.2) a avaliação da importância da satisfação do direito ou bem colidente; por fim, (3.3) a avaliação se a importância da satisfação do direito colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro direito.²⁹¹

Essas proposições dogmáticas e metodológicas – máxime a ideia da ordem objetiva de valores – promoveram indisfarçável expansão da dimensão jurídica dos direitos fundamentais e, conseqüente e simultaneamente, a diminuição da margem de liberdade legislativa e o aumento da autoridade decisória do Tribunal Constitucional. A concepção objetiva dos direitos fundamentais promove a definição de um âmbito muito amplo de proteção desses direitos de modo que quase toda questão social, política e econômica relevante na Alemanha acaba sendo considerada uma questão de direitos fundamentais, aumentando assim as oportunidades de ação legislativa restritiva e a necessidade de intervenção pelo Tribunal. As decisões judiciais, nesses casos relevantes, muitas vezes revelam escolhas que envolvem elementos não apenas jurídicos, mas também de conteúdo político e moral.

Tudo isso significa que esse conjunto de proposições metodológicas inevitavelmente favorece ao ativismo judicial.²⁹² Bernhard Schlink afirma haver um vínculo necessário entre o reconhecimento dos direitos fundamentais como princípios e a atuação de uma corte constitucional ativista como líder na luta por esses princípios. Para o autor, o Tribunal Constitucional alemão “aceitou completamente esse papel ativista” e a responsabilidade de

²⁹⁰ ALEXY, Robert. Epílogo a la *Teoría de los Derechos Fundamentales*. **Revista Española de Derecho Constitucional** V. 66, 2002, pp. 37/49.

²⁹¹ Sobre o uso do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional alemão, cf. os comentários sobre o caso *Lebach*, 35 BVerfGE 202 (1973) em, entre outros, EBERLE, Edward J. **Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States**. Op. cit., pp. 105/107; KOMMERS, Donald P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Op. cit., pp. 416/420.

²⁹² É nesse sentido a tese de BENVINDO, Julianos Zaiden. **On the Limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism**. Dordrecht: Springer, 2010, p. 31 et seq.

“produzir e legitimar mudanças no sistema normativo e na ordem social”.²⁹³ Por outro lado, essa responsabilidade coloca sobre o Tribunal o pesado ônus da preocupação com os efeitos sistêmicos de suas decisões e com as reações adversas por parte da sociedade e dos outros poderes políticos em face de seu ativismo judicial. O famoso *caso do crucifixo* é emblemático desses perigos para o prestígio político-institucional do Tribunal Constitucional.

A preocupação do Tribunal em ver suas decisões ignoradas e sua autoridade ameaçada foi ao limite em sua decisão *do crucifixo*.²⁹⁴ Nesse caso de *liberdade religiosa*, discutiu-se a inconstitucionalidade da regulamentação do ensino fundamental do Estado da Baviera que impôs a exposição de crucifixos nas paredes das salas de aula de escolas públicas do ensino fundamental. Nesse caso, havia a peculiaridade de o Cristianismo fazer parte da própria cultura da região, de modo que a discussão não se limitou a definir a aplicação das dimensões positiva e negativa da liberdade religiosa e da neutralidade do Estado laico, mas envolveu também definir a extensão do respeito que deveria ser prestado aos valores culturais historicamente enraizados na Baviera, Estado com profunda tradição católica.

Em 1995, julgando recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)²⁹⁵ proposto por pais de alguns alunos contra a dita regulamentação, a Primeira Turma (*Erster Senat*) do Tribunal julgou inconstitucional a exigência do crucifixo principalmente por considerá-la uma violação à liberdade religiosa do art. 4(1) da Constituição. Para a maioria da Turma, em exigir os crucifixos em salas de aula, o Estado falhou em seu dever de manter-se neutro em assuntos religiosos, impondo aos alunos a presença permanente e *missionária* de símbolo religioso essencial da fé cristã sem dar-lhes qualquer “chance de evitar tal influência”. O Estado da Baviera estaria “forçando [os alunos] a práticas religiosas” enquanto estudam (*learning under the cross*), excluindo seu espaço de liberdade, constitucionalmente assegurado, de desenvolver por si mesmos convicções religiosas e ideológicas. Os pais teriam o direito de educar seus filhos de acordo com suas convicções religiosas e ideológicas, mas não o Estado.

A maioria do Tribunal negou a natureza de “expressão de valores culturais” ao crucifixo para afirmar seu caráter de “símbolo [maior] de uma crença religiosa particular” – um dogma da fé cristã cuja presença não poderia ser imposta pelo Estado a uma *minoria de*

²⁹³ SCHLINK, Bernhard. German Constitutional Culture in Transition. In: ROSENFELD, Michel (Ed.) **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy. Theoretical Perspectives**. Durhan: Duke University Press, p. 210.

²⁹⁴ *Classroom Crucifix*, 93 BVerfGE 1 (1995).

²⁹⁵ O *Verfassungsbeschwerde*, previsto o art. 93 (4a) da Constituição, é uma espécie de *recurso constitucional* que pode ser proposto ao Tribunal, de forma subsidiária aos outros remédios, por qualquer pessoa que tenha sofrido violação de direitos constitucionais por atos de autoridade pública, inclusive decisões judiciais.

cidadãos livres e não-cristãos. Três juízes dissentiram para defender que o caso não poderia ser decidido sem levar em conta “a situação especial” do Estado da Baviera – nesse *Länder*, os valores do Cristianismo são normas éticas e culturais enraizadas e que transcendem a considerações confessionais; a afirmação da cristandade não corresponde simplesmente à defesa de uma crença religiosa, mas representa uma herança cultural do mundo ocidental que dá identidade a Baviera e por isso a exposição ao crucifixo se justificaria inclusive aos não-cristãos. Enfim, de acordo com os votos vencidos, o Tribunal teria falhado em não ser deferente ao poder discricionário do Estado da Baviera e em não valorar adequadamente a marcante tradição histórico-cultural-cristã da maior parte de sua população.²⁹⁶

Não obstante a conformidade da decisão com o *sistema* da Constituição e com o direito fundamental à liberdade religiosa, em poucos dias, o julgado provocou uma avalanche de críticas e protestos contra o Tribunal Constitucional. Grande parcela da sociedade, imprensa, políticos, líderes religiosos e até o Chanceler Helmut Kohl acusaram o Tribunal de decidir contra a vontade popular e de ameaçar a cultura cristã da Baviera.²⁹⁷ Para Koomers, “foi a reação mais negativa a uma decisão judicial na história da República Federal e o único caso de oposição clara e aberta a uma decisão do Tribunal Constitucional.”²⁹⁸ A decisão não foi observada e os crucifixos permaneceram nas salas de aula das escolas públicas da Baviera. Na realidade, houve quem dissesse que o número desses crucifixos até aumentou.

As reações verdadeiramente colocaram em risco o prestígio do Tribunal. Sabendo da alta relevância do apoio popular às suas decisões para a manutenção de seu capital político e institucional,²⁹⁹ seus juízes tomaram duas medidas para tentar diminuir a reação negativa. Primeiro, Dieter Grimm, que compôs a maioria que votou contra a lei da Baviera, escreveu um artigo intitulado “Porque uma decisão judicial merece respeito”, defendendo a obediência ao resultado do julgamento, mesmo pela maioria que com ele discordava, como uma

²⁹⁶ Sobre esses votos, cf. KOMMERS, Donald P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Op. cit., pp. 472/484.

²⁹⁷ Como disse Tim Koopmas, **Courts and Political Institutions. A Comparative View**. New York: Cambridge University Press, 2003, pp. 68/69, o “Catolicismo Romano tinha sido parte da vida da Baviera tanto quanto beber cerveja no anual *Oktober Fest*”, e por isso a maioria do Tribunal foi acusada de decidir sem ter “a mais débil compreensão da vida na Baviera”.

²⁹⁸ KOMMERS, Donald P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Op. cit., pp. 483.

²⁹⁹ Georg Vanberg, **The Politics of Constitutional Review in Germany**. New York: Cambridge University Press, 2005, defende que o poder do Tribunal Constitucional para fazer valer a Constituição e constranger as maiorias parlamentares na Alemanha torna-se possível apenas em razão do apoio popular que ele e suas decisões possuem e da disposição dos cidadãos em punir os poderes políticos que ignoram essas decisões. Para o autor, o Tribunal é constrangido pela necessidade de não perder esse apoio e, por isso, muitas vezes também atua estrategicamente, inclusive seguindo decisões parlamentares que gozam de ampla aceitação popular.

exigência do Estado constitucional de direito e do propósito do constitucionalismo contemporâneo de defesa dos direitos das minorias.³⁰⁰

Como as críticas continuaram apesar da declaração de Grimm, o Tribunal, pressionado por parcela importante da classe política e, principalmente, pela opinião popular, tomou a segunda medida – ele distribuiu uma nota à imprensa matizando as afirmações feitas na ementa do julgado. Os juízes esclareceram que, na verdade, eles não decidiram que o Estado da Baviera estava automaticamente obrigado a retirar as cruzes ou os crucifixos das salas de aula das escolas públicas, mas apenas se os pais ou os próprios estudantes se opusessem em casos particulares e por motivos religiosos. Se prevalecesse a vontade dos interessados na manutenção dos crucifixos, explicou o Tribunal, então os símbolos deveriam permanecer.

O Tribunal foi acusado de ativismo judicial porque teria faltado com a devida deferência ao poder discricionário do legislador baviense e que isso teria sido uma decorrência natural da aplicação que fez da liberdade religiosa como princípio objetivo – como elemento normativo da ordem objetiva de valores. Mesmo com todos os cortes explicativos feitos sobre a decisão e apesar de seu acerto como aplicação de um direito fundamental, o *caso do crucifixo* deixou cicatrizes para a legitimidade institucional do Tribunal. Principalmente a partir desse julgamento, a metodologia do Tribunal na concretização da Constituição passou a receber mais críticas por parte de importantes setores doutrinários. Essas críticas, dirigidas notadamente à concepção do sistema de direitos fundamentais como ordem objetiva de valores e à prática da ponderação, destacam-se, principalmente, em duas linhas de argumentação: a *irracionalidade dos juízos ponderativos* e a *falta de legitimidade democrática do Tribunal Constitucional*.³⁰¹

Mesmo tendo concordado com a substância da decisão do *caso do crucifixo*, o filósofo alemão, Jürgen Habermas, tem sido talvez o principal crítico da ideia dos direitos fundamentais como princípios e do uso da ponderação.³⁰² Habermas, focado na dimensão aplicativa da ponderação, afirma que o Tribunal Constitucional, ao sopesar valores quando da

³⁰⁰ Cf. o texto em KOMMERS, Donald P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Op. cit., pp. 483/484.

³⁰¹ Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 270/271.

³⁰² É importante destacar esse aspecto do filósofo não discordar, em substância, da decisão do Tribunal no *caso do crucifixo*, de forma mesmo a valorizar sua crítica. Para Jürgen Habermas, Intolerance and discrimination, **International Journal of Constitutional Law** V. 1 (1), 2003, p. 8, a exigência do crucifixo, os argumentos dos votos vencidos e as “respostas alarmistas” ao resultado do julgamento “falham em distinguir os valores éticos de uma comunidade religiosa do espaço em que se devem aplicar os princípios legais e morais que governam a coexistência na sociedade como um todo.”

aplicação das normas constitucionais sobre direitos fundamentais, acaba por ignorar a normatividade desses direitos e o que já estava previsto na própria Constituição, incorrendo em *decisionismo* e invasão sobre a seara reservada ao jogo democrático. A ponderação, para Habermas, é uma fórmula irracional de interpretação e de tomada de decisões arbitrárias. Faltariam parâmetros objetivos para a ponderação e, com isso, os direitos fundamentais correriam o risco de tornarem-se vítimas de “juízos irracionais”.³⁰³

O ex-juiz do Tribunal, Ernst-Wolfgang Böckenförde, é outro importante crítico da ideia dos direitos fundamentais como princípios objetivos e acusa essa formulação de promover uma excessiva invasão da Constituição sobre o espaço democrático do legislador ordinário. Ele fala em uma *superconstitucionalização* do ordenamento jurídico em detrimento da autonomia do legislador e do próprio princípio democrático. Para o autor, todas essas formulações conexas – ordem objetiva de valores, colisões, ponderação e proporcionalidade – transferem à Corte Constitucional uma função que transcende ao seu papel tradicional dentro do quadro da separação de poderes: ela passa a exercer uma função criadora do Direito, transformando-se em autêntico órgão político. “Nivela-se a anterior diferença qualitativa entre legislação e administração da justiça”, diz Böckenförde, o que resulta em uma mutação do “Estado legislativo parlamentar em um Estado Jurisdicional, governado pelo Tribunal Constitucional”. O autor propõe o abandono da concepção dos direitos fundamentais como princípios objetivos ou a exclusão da tarefa do Tribunal Constitucional de ponderar direitos fundamentais, cabendo apenas ao Legislativo esse papel de harmonização.³⁰⁴

Todas essas críticas ao seu ativismo judicial de dimensão metodológica têm levado o Tribunal, especificamente sua Primeira Turma, a um recente e relativo recuo no dimensionamento da faceta objetiva dos direitos fundamentais e, consequentemente, no uso da ponderação e da proporcionalidade. Seus juízes têm substituído a “concepção ampla do âmbito protegido” dos direitos fundamentais por uma “delimitação estrita do [seu] ‘campo vital’”,³⁰⁵ reduzindo assim as oportunidades de restrição legislativa e de colisão de direitos e, por consequência, a necessidade do uso da ponderação e da proporcionalidade. O momento

³⁰³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2005, pp. 332/336. Sobre a resposta de Robert Alexy às críticas de Habermas e de seu discípulo Klaus Günther, cf. ALEXY, Robert. Justification and Application of Norms. **Ratio Juris** V. 6 (2), 1993, p. 169 e seq.

³⁰⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale**. Op. cit., pp. 209/262. Sobre as respostas de Robert Alexy, cf. seu Epílogo a la *Teoría de los Derechos Fundamentales*. **Revista Española de Derecho Constitucional** V. 66, 2002, pp. 15/23.

³⁰⁵ GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel. **El Tribunal Constitucional Alemán en la Construcción del Espacio Europeo de los Derechos**. Op. cit., pp. 194/195.

mais importante do processo adjudicatório passa a ser então o da delimitação mais restrita ao âmbito de proteção do direito, e não o da ponderação.

Decisões como *Osho* (liberdade religiosa)³⁰⁶ e *Glicol* (liberdade profissional),³⁰⁷ ambas de junho de 2002, são os pontos de partida dessa mudança. Como reconhecido por Virgílio Afonso da Silva, nessas decisões, o Tribunal não abandonou por completo a ponderação, no entanto, em dimensionar mais restritivamente os âmbitos de proteção da liberdade religiosa e da liberdade profissional, reservou sua aplicação apenas para uma faixa residual de proteção dos direitos.³⁰⁸ Essa nova abordagem é, ao menos conceitualmente, uma proposta interpretativa que reduz o ativismo judicial do Tribunal Constitucional.

Por outro lado, é importante destacar que o Tribunal também sofre críticas por decisões caracterizadas como *passivismo judicial*. Destaque para sua recusa prática de julgar inválidas emendas constitucionais acusadas de violarem princípios substantivos declarados cláusulas pétreas pelo art. 79 (3) da Constituição (dignidade humana, separação de poderes e os valores do Estado de direito). O Tribunal Constitucional admitiu ser conceitualmente possível a declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional,³⁰⁹ pela primeira vez e em *obiter dictum*, no *Southwest State case*³¹⁰ e, depois, no *Article 117 case*.³¹¹ De acordo com sua *doutrina*, “mesmo uma emenda constitucional seria inconstitucional estivesse ela em conflito com os valores essenciais ou o espírito da Lei Fundamental como um todo.”³¹²

³⁰⁶ *Osho case*, BVerfGE 105, 279 (2002). O julgamento envolveu um recurso constitucional, interposto por associações de meditação do movimento *Osho* – criado pelo indiano Chandra Mohan Jain que prega a busca da felicidade pela meditação e se opõe às tradições religiosas – contra declarações feitas pelo Governo Federal de que dito movimento seria “destrutivo”, “manipulador de seus membros”, um “grupo pseudorreligioso”, uma “seita juvenil” ou uma “psicosseita”. O Tribunal decidiu que declarações objetivas do Governo não compõem o âmbito do proibido pelo dever de neutralidade religiosa do Estado, mas apenas declarações difamatórias, discriminatórias ou insultantes. Desse modo, o Tribunal censurou apenas as declarações de que o movimento seria “destrutivo”, “manipulador de seus membros” ou um “grupo pseudorreligioso”.

³⁰⁷ BVerfGE 102, 252 (2002). O julgamento envolveu um recurso constitucional interposto por vinicultores contra publicação de lista provisória, pelo Governo Federal, de vinhos que continham a substância química *glicol*, suspeita de provocar danos à saúde. Para os recorrentes, a publicação violava seu direito de propriedade e sua liberdade profissional. O Tribunal decidiu que a liberdade de profissão não pode negar a atividade informadora do Estado e por isso a conduta estatal estava fora da zona do proibido pelo direito fundamental.

³⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 163.

³⁰⁹ Cf. doutrina clássica de Otto Bachof, **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. C. da Costa. Lisboa: Almedina, 1994, que defendeu, em 1951, a competência do Tribunal Constitucional para controlar a *validade de normas da* Constituição, inclusive emendas constitucionais e até normas constitucionais originárias “à luz de todo o direito incorporado na Constituição ou por ela pressuposto.”

³¹⁰ 1 BVerfGE 14 (1951).

³¹¹ 3 BVerfGE 225 (1953).

³¹² KOMMERS, Donald P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Op. cit., p. 48.

Contudo, apesar de admitir a validade teórica do controle, o Tribunal sempre se absteve de efetuar-lo concretamente e isso foi bastante problemático no controvertido caso *Klass*.³¹³

Esse caso envolveu a acusação de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 17, de 24/06/1968, que alterou o art. 10 da Constituição. Esse dispositivo constitucional estabelece originariamente a inviolabilidade de comunicação. A emenda reduziu essa proteção fundamental para autorizar agentes do governo a realizar escutas telefônicas e a violar correspondências dos cidadãos, sem seu conhecimento, se essas medidas servissem “para proteger a ordem democrática livre ou a existência e segurança da Federação”. A emenda ainda afastou a possibilidade do controle judicial dessas restrições. O Tribunal concluiu que a emenda não violava princípios fundamentais e, dessa forma, o disposto no art. 79 (3) da Lei Fundamental. Para a maioria, o art. 79 (3) deve ser interpretado restritivamente por ser uma exceção à regra geral da competência do legislador para modificar a Constituição.³¹⁴ Portanto, prevaleceu neste julgado – e tem prevalecido na jurisprudência do Tribunal³¹⁵ – o excesso de deferência ao legislador constituente derivado.

De qualquer modo, mesmo quando presente o ativismo judicial, os críticos não podem ignorar uma relevantíssima variável histórica: o avanço do poder e do prestígio decisório do Tribunal ocorreu em um ambiente social e doutrinário de absoluta desconfiança para com as instituições políticas e de condenação à passividade judicial da Era Weimar diante das atrocidades do nacional-socialismo. É nesse sentido que Dieter Grimm advertiu que o ativismo judicial do Tribunal não decorreu de propósitos ambiciosos e deliberados de seus membros, mas sim das lições apreendidas com a experiência totalitária nazista, com os erros da constituição democrática de Weimar e do sólido objetivo de fazer valer a Lei Fundamental de 1947 para a vida política e social da Alemanha pós-Segunda Guerra.³¹⁶ O ativismo judicial foi histórica, política e socialmente construído.

³¹³ 30 *BVerfGE* 1 (1970).

³¹⁴ O professor Rodrigo Brandão explica que o Tribunal adota uma “concepção minimalista” dos limites materiais de reforma constitucional, permitindo uma ampla margem de liberdade ao poder reformador – será inválida só a emenda que promover uma “revolução ou destruição da própria Constituição”. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de Emendas Constitucionais à luz da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 215.

³¹⁵ *Acoustic Surveillance of Homes*, 1 *BVerfGE* 2378 (2004).

³¹⁶ GRIMM, Dieter. Judicial Activism. In: BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (Ed.). **Judges in Contemporary Democracy**. New York: New York University Press, 2004, p. 24: “Para a Corte Constitucional alemã, por exemplo, a experiência com a ditadura Nazista e a falha da primeira constituição democrática, e a firme intenção de fazer a constituição pós-guerra importar para a vida política e social, foram fatores muito mais decisivos em seu ativismo do que o esforço em estabelecer um império judicial e restringir o espaço dos atores políticos”.

Dentro desse propósito em torno da Lei Fundamental, houve uma mudança da própria cultura jurídica alemã³¹⁷ em oposição ao positivismo legalista e favorável a desenvolvimentos judiciais criativos e adequados à ideia do sistema de direitos fundamentais como ordem objetiva de valores. A preocupação em tornar o novo constitucionalismo um sucesso refletiu-se na própria escolha de uma abordagem metodológica menos formalista para a concretização das normas constitucionais. A *pedra filosofal* dessa transformação cultural foi o “desabafo” do “segundo” Radbruch diante das atrocidades nazistas: “pode haver leis que são tão injustas e tão socialmente nocivas que sua validade, e mesmo o próprio caráter legal, devem-lhes ser negados.” A injustiça extrema não seria Direito.³¹⁸

Por tudo isso, pode-se afirmar que o Tribunal Constitucional, na realidade, ocupou uma lacuna de legitimidade institucional, assumindo “o papel de centralizar as discussões sociais e políticas em sua esfera de autoridade [e a] responsabilidade de representar e preservar os valores sociais mais elevados da Alemanha”³¹⁹ em um momento histórico que tornava sua atitude uma necessidade política e social, e não uma mera opção institucional. Apesar da mais alta relevância intelectual das críticas e de seus críticos, o fato incontestável é que, com seu ativismo judicial de ampla proteção aos direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional consagrou-se desde seu estabelecimento como “um participante legítimo dos mais amplos processos decisórios da comunidade”.³²⁰

A experiência do ativismo judicial do Tribunal Constitucional alemão oferece, sem dúvida, lições das mais valiosas para a abordagem desta dissertação – a destacada dimensão metodológica ou interpretativa de suas decisões ativistas, mormente quanto à expansão da eficácia objetiva dos princípios constitucionais que expressam direitos fundamentais; como até Tribunais que gozam do mais elevado prestígio institucional devem ser cautelosos em decidir sobre questões essenciais da comunidade política para a qual opera; e como elementos histórico-políticos e transformações jurídico-culturais podem ser fatores relevantes para explicar o avanço do ativismo judicial.

³¹⁷ Cf. SCHLINK, Bernhard. German Constitutional Culture in Transition. In: ROSENFELD, Michel (Ed.) **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy. Theoretical Perspectives**. Op. cit., pp. 210/211

³¹⁸ RADBRUCH, Gustav. Five Minutes of Legal Philosophy (1945). *Oxford Journal of Legal Studies* V. 26 (1), 2006, p. 14.

³¹⁹ BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the Limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism**. Op. cit., pp. 37/38. No mesmo sentido: KOOPMANS, Tim. **Courts and Political Institutions. A Comparative View**. Op. cit., p. 69.

³²⁰ KOMMERS, Donald P. Germany: Balancing Rights and Duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.) **Interpreting Constitutions. A Comparative Study**. Op. cit., p. 212: a Corte tem “esta[do] no epicentro da democracia constitucional da Alemanha”.

2.3 A Corte Constitucional italiana e as sentenças aditivas

Como ocorreu na Alemanha, a ordem constitucional da Itália pós-II Guerra (1947) buscou a ruptura com o recente passado totalitário do país, estabelecendo a democracia como forma de governo (art. 1º) e uma *Carta di diritti* das mais completas, com o reconhecimento dos direitos invioláveis do homem (art. 2º); da igual dignidade social de todos (art. 3º); do dever do Estado em promover as condições econômicas e sociais necessárias para o pleno desenvolvimento do homem e a participação de todos os trabalhadores na organização política, social e econômica do país (art. 3º, §2º); das liberdades clássicas (arts. 13 a 28); das liberdades políticas (arts. 48 a 51); dos direitos sociais (arts. 29 a 34), etc.³²¹ Para o controle de constitucionalidade das leis, a Carta previu a Corte Constitucional (art. 134).³²²

Não obstante toda sua pretensão revolucionária e democratizante, a nova Constituição italiana não teve a *vida concreta* que dela se esperava em seus primeiros anos³²³ e isso por dois motivos principais e inter-relacionados – primeiro, embora os constituintes italianos tenham pretendido que a nova “constituição [fosse] concretizada mediante a obra política do Parlamento”,³²⁴ esse poder quedou-se inerte, de forma que a nova ordem constitucional precisou conviver por um longo tempo com a antiga legislação fascista; segundo, essa dificuldade poderia ter sido relativizada e até superada pela Corte Constitucional, porém, em razão de “desencontros políticos em torno da lei ordinária necessária para disciplinar seu funcionamento”,³²⁵ ela não foi instalada até 1956 e a Corte de Cassação (*Corte di Cassazione*), que ficou então responsável por dar a última palavra no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, comportou-se de modo absolutamente passivo.

Com efeito, a legislação herdada do regime fascista era um entrave para a concretização dos direitos fundamentais na Itália pós-II Guerra e isso piorava a medida que o Parlamento permanecia inadimplente em seu dever político de reformar a legislação pré-

³²¹ CRISAFULLI, Vezio. **Manuale dei diritti del cittadino**. Roma: Edizioni di Cultura Sociale, 1950, pp. 28/31; sob a perspectiva teórica, cf. VITALE, Ermanno (Ed.) **Luigi Ferrajoli. Diritti fondamentali. Un dibattito teorico**. 1ª ed. Bari: Laterza, 2001.

³²² PRESNO LINERA, Miguel Ángel; CAMPIONE, Roger. **Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad**. Madrid: CEPC, 2010.

³²³ Paolo Barile, **Corso di Diritto Costituzionale**, Padova: CEDAM, 1962, p. 48, fala em “vida pela metade” da Constituição diante da omissão dos poderes políticos em fazer atuá-la.

³²⁴ FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno**. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 101.

³²⁵ MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. **Giustizia Costituzionale**. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2007, p. 35. Sobre os diferentes processos políticos da “fase de proclamação” e da “fase de implementação” da Corte Constitucional, cf. VOLCANSEK, Mary L. Bargaining Constitutional Design in Italy: Judicial Review as Political Insurance. **West European Politics** V. 33 (2), 2010, pp. 284/289.

constitucional, deixando intactas as velhas leis autoritárias incompatíveis com a nova Constituição.³²⁶ Diante desse quadro legislativo contraditório e de inércia parlamentar persistente, havia a necessidade de uma atuação judicial de largo impacto, que removesse os obstáculos histórico-políticos à concretude constitucional, tarefa que, até a instalação da Corte Constitucional, coube transitoriamente à magistratura comum, de forma difusa, e à Corte de Cassação, em última instância. Porém, a atuação de muitos desses juízes e, particularmente, da Corte de Cassação foi limitada, “em geral negativa”,³²⁷ na verdade frustrante.

A Corte de Cassação, órgão de cúpula da magistratura e responsável pela uniformidade na interpretação da legislação ordinária, era composta, à época, por juízes cuja formação cultural e profissional se deu durante o regime político anterior e, por isso, atuavam “dominados por tendências nostálgicas e conservadoras” e não estavam preparados nem dispostos para exercer o controle de constitucionalidade das leis, prática então “sem precedentes” no ordenamento jurídico italiano.³²⁸ Esses juízes conservadores compunham um quadro institucional especialmente hostil à qualquer forma de justiça constitucional e à própria instalação da Corte Constitucional. Com essa orientação, a Corte de Cassação exerceu um controle de constitucionalidade de proporção medíocre e não contribuiu em nada, na verdade dificultou a passagem do Estado de polícia para o Estado democrático de direito.

Para justificar essa *passividade constitucional*, a Corte de Cassação desenvolveu a diferenciação de *eficácia jurídica* entre *tipos* de normas constitucionais – *normas programáticas* e *normas preceptivas*, subdividindo as últimas em *preceptivas completas* e *preceptivas incompletas*. Dentro desse quadro classificatório, para a Corte, apenas as normas constitucionais preceptivas completas seriam de aplicação imediata e capazes para viabilizar a superação judicial de normas ordinárias que fossem com elas incompatíveis. As duas outras espécies – que envolvem a maior parte dos direitos de liberdade e todos os princípios fundamentais – seriam normas não autoaplicáveis e, por isso, incapazes de justificar a superação judicial das normas ordinárias com elas incompatíveis. Essas normas –

³²⁶ CALAMANDREI, Piero. L’Inadempimento Costituzionale. In: **La Costituzione e le Leggi per Attuarla**. Milão: Giuffrè, 2000, p. 25: em 1955, o grande autor falou em um “singularíssimo fenômeno do inadimplemento constitucional, com o qual parlamento e governo se refutaram até agora em fazer o quanto deveriam para ajudar a Constituição a *acabar de nascer*”. Para Calamandrei, ao invés de um infanticídio, a atitude do Governo e do Parlamento mais parecia um “aborto provocado”.

³²⁷ RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. **Lineamenti di Giustizia Costituzionale**. Torino: Giappichelli, 2004, p. 31.

³²⁸ CELOTTO, Alfonso. **El Derecho Juzga a la Política. La Corte Constitucional de Italia**. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 35. É de se recordar que, antes da Constituição de 1947, vigorava na Itália uma *constituição flexível* – o *Statuto Albertino* (1848) – modificável por *mera* lei ordinária, não fazendo sentido falar então em controle judicial de constitucionalidade das leis.

programáticas e preceptivas incompletas – conteriam somente diretivas cuja eficácia jurídica dependeria exclusivamente de futura legislação (*eficácia diferida*).³²⁹

Com essa orientação conservadora, a Corte de Cassação acabou permitindo a continuidade da validade prática de normas fascistas claramente incompatíveis com a nova ordem constitucional liberal e democrática. A Corte concordou com a eficácia retroativa de normas penais; com a restrição ao direito de petição a órgãos públicos; reconheceu a ilicitude do incentivo à emigração; foi tolerante com o excesso de restrição: à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, às liberdades político-eleitorais e à liberdade religiosa e de culto; aceitou o exercício do cargo de juiz exclusivamente por homens. Com decisões dessa espécie, a Corte de Cassação fazia dos direitos fundamentais da nova Constituição apenas *direitos de papel* e impedia “a renovação constitucional do Estado” italiano.³³⁰

A Corte até reconhecia, em algumas de suas decisões, a incompatibilidade de leis fascistas com as normas constitucionais programáticas e preceptivas incompletas, mas se autodeclarava obrigada a aplicar essas leis assim mesmo e enquanto o Parlamento não as alterasse ou revogasse. Além do mais, para a Corte de Cassação, essa incompatibilidade entre norma constitucional e norma ordinária pré-constitucional resolvia-se por meio da *revogação* da segunda e não como uma questão de *vício de inconstitucionalidade* ou *de nulidade*. Para a Corte, a nova Constituição poderia revogar tacitamente as leis anteriores e com ela incompatíveis, mas não teria o efeito de tornar essas normas precedentes inconstitucionais. Em prevalecendo essa posição, restaria reduzida a competência da *futura* Corte Constitucional diante da legislação fascista, haja vista sua tarefa exclusiva de controle de constitucionalidade. Ao mesmo tempo, seria mantida a competência da magistratura comum e, em especial, da Corte de Cassação para definir os conflitos entre Constituição nova e lei velha.

Esse quadro, àquela altura intolerável, só foi modificado mesmo com a entrada em funcionamento da Corte Constitucional em 1956.³³¹ Diferente da Corte de Cassação, a Corte Constitucional foi composta, desde seu início, por uma maioria de juízes disposta a tornar a Constituição uma realidade. Esses juízes fariam valer seu mandato constitucional, afirmando como indiscutível a competência exclusiva da Corte para julgar as controvérsias de

³²⁹ De acordo com Achille Battaglia, **I giudici e la politica**, Bari: Laterza, 1962, pp. 125/126, a Corte de Cassação desenvolveu essa distinção já em sua primeira decisão, de 7 de fevereiro de 1948, tomada um mês depois da entrada em vigor da nova Constituição.

³³⁰ BATTAGLIA, Achille. **I giudici e la politica**. Op. cit., p. 130.

³³¹ BARILE, Paolo. **Corso di Diritto Costituzionale**. Op. cit., p. 55; BATTAGLIA, Achille. **I giudici e la politica**. Op. cit., p. 136.

inconstitucionalidade das leis, de quaisquer leis.³³² Seria então (finalmente) superada a postura conservadora dos juízes da Corte de Cassação pelo comportamento progressista e assertivo dos juízes da Corte Constitucional. Para adequar a legislação ordinária em vigor aos novos preceitos constitucionais e aos direitos fundamentais, os juízes da Corte Constitucional, desde seu primeiro momento decisório, negaram todo o desenvolvimento doutrinário da Corte de Cassação que houvera antes impedido a atuação concreta da Constituição.

Em sua primeira sentença, a histórica decisão de junho de 1956,³³³ a Corte Constitucional definiu questões fundamentais que dimensionaram para sempre seu papel na ordem política italiana. Ela afirmou sua competência exclusiva para o controle de constitucionalidade das leis e, superando a maior marca do passivismo judicial da Corte de Cassação, decidiu pela *eficácia normativa imediata* das chamadas *normas constitucionais programáticas*.³³⁴ Para a Corte, a “conhecida distinção entre normas preceptivas e normas programáticas”, ainda que importante para o instituto da revogação, “não é decisiva para os juízos de legitimidade constitucional, podendo a ilegitimidade constitucional de uma lei derivar, em determinados casos, também de sua inconciliabilidade com normas programáticas”. Muitas dessas normas, prosseguiu a Corte, “fixam princípios fundamentais que também repercutem sobre toda a legislação”, tanto sobre sua interpretação como sobre sua validade, de modo que é plenamente possível a declaração de inconstitucionalidade de lei ordinária incompatível com normas constitucionais programáticas.

Além da afirmação da eficácia jurídica das normas programáticas, a Corte Constitucional também consagrou, nessa mesma sentença, a possibilidade de controlar direta e concentradamente a constitucionalidade da legislação fascista pré-constitucional. Diferente de outras cortes constitucionais, a italiana reconheceu “que o contraste entre constituição nova e leis velhas origina sempre um vício de inconstitucionalidade (superveniente)” e não a revogação da lei velha incompatível com a Carta nova.³³⁵ A Corte defendeu que esse conflito

³³² PRESNO LINERA, Miguel Ángel; CAMPIONE, Roger. **Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad**. Op. cit., p. 62: “os juízes eram conscientes de que, (...) outra coisa haveria envolvido, na prática, um autêntico ‘suicídio’ para o Tribunal”.

³³³ Corte Costituzionale, Sentenza nº 1, de 05/06/1956.

³³⁴ Vezio Crisafulli, **La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio**, Milão: Giuffrè, 1952, pp. 52/55, afirmava “não subsistir qualquer diferença substancial” entre as normas programáticas e as normas preceptivas, e que de ambas as espécies normativas “deriva[m] um vínculo para o legislador”, e um “vínculo obrigatório”, que impõe que as leis sejam produzidas em conformidade com os programas normativos da Constituição.

³³⁵ A tese da revogação foi adotada pelo Tribunal Constitucional alemão e, depois, pelo Supremo Tribunal Federal para efeito de não cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de lei anterior à Constituição de 1988: STF – Pleno, ADI 2/DF, Rel. Paulo Brossard, DJ 21/11/1997. Antes da Constituição de 1988, cf. STF – Pleno, RP 1.012, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 05/11/1979.

normativo é uma questão de “ilegitimidade constitucional” tanto do “ponto de vista textual”, porque o novo sistema constitucional não diferencia, como objeto do controle de constitucionalidade, entre leis novas e velhas, quanto do “ponto de vista lógico” (a lógica de *Marbury*), porque “a relação entre leis ordinárias e leis constitucionais, e o posto que elas respectivamente ocupam na hierarquia das fontes [do Direito], não mudam de jeito algum sejam as leis ordinárias anteriores, sejam posteriores à constituição. Para a Corte, trata-se pura e simplesmente da prevalência da Constituição rígida sobre as leis ordinárias.”³³⁶

Com essa nova orientação e a permanente omissão do Parlamento, a Corte assumiu um *papel político-reformista* e substituiu o legislador “na modernização e na democratização do ordenamento jurídico italiano.”³³⁷ Para tanto, a Corte desenvolveu um arsenal de sentenças não ortodoxas que se tornou o traço distintivo de sua jurisprudência ativista. Para adequar o velho ao novo, o autoritário ao democrático, o juiz constitucional italiano, muitas vezes, extrapolou sua função de revelar *o que dizem* as disposições normativas para manipular os sentidos das leis, adicionando novos significados normativos ou substituindo os já existentes. Sobre essas sentenças não ortodoxas, a dogmática constitucional tem desenvolvido uma tipologia muito influente: as chamadas sentenças manipulativas – sentenças que resultam a transformação do significado da lei, mas sem alteração formal do texto normativo.

A doutrina tem classificado essas sentenças manipulativas em três tipos: 1) sentenças interpretativas de acolhimento parcial ou redutivas (ou manipulativas em sentido estrito); 2) sentenças aditivas e 3) sentenças substitutivas.³³⁸ Na primeira espécie, partindo da distinção entre texto normativo e norma, o juiz declara a nulidade de parte do conteúdo normativo sem alterar formalmente o texto legal, reduzindo apenas seu alcance normativo, de modo a conformá-lo a Constituição. Essa “declaração de nulidade parcial da norma sem redução do texto” pode, contudo, resultar uma manipulação interpretativa dos significados da lei. Como disse Zagrebelsky, “a eliminação de uma cláusula negativa ou restritiva pode comportar a criação de normas originariamente não desejadas pelo legislador”.³³⁹

³³⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. Op. cit., p. 141. Achille Battaglia, **I giudici e la politica**, Op. cit., p. 138, dá notícia que houve à época uma progressiva compreensão de que a “renovação do Estado em sentido liberal e democrático” não seria possível caso prevalecesse a tese contrária.

³³⁷ GROPPi, Tania. A Justiça Constitucional em Itália. **Sub Judice: Justiça e Sociedade**. Vols. 20/21, 2001, p. 74. Augusto Martín de La Vega, **La Sentencia Constitucional em Italia**, Madrid: CEPC, 2003, p. 232, cita a figura do “reformismo jurisprudencial” e a Corte como um “motor das reformas”.

³³⁸ Cf. por todos, ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. Op. cit., p. 296. Há autores, entretanto, que incluem as chamadas sentenças interpretativas de rejeição ou de acolhimento total dentro do gênero das sentenças manipulativas: CERRI, Augusto. **Corso di Giustizia Costituzionale**. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 2004, p. 237 et seq., o que parece enfraquecer a rigidez da distinção classificatória.

³³⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. Op. cit., p. 298.

Com a terceira espécie, a das sentenças substitutivas, o juiz não se limita a julgar inconstitucional certo conteúdo normativo, mas formula um novo em substituição ao que declarou nulo. A decisão é composta por duas partes: “uma demolidora do conteúdo da disposição impugnada e, a outra, reconstrutiva, por meio da qual a Corte provê dotar a disposição de um conteúdo diverso, em linha com os princípios constitucionais”.³⁴⁰ Trata-se da “mais extrema manifestação do poder de decisão da Corte Constitucional”.³⁴¹

Porém, é a segunda espécie, a das *sentenças aditivas*, que nos interessa mais de perto. Por meio dessas, a Corte reconhece a inconstitucionalidade da lei “*na parte em que não prevê algo que deveria prever*”³⁴² e supre a lacuna, adicionando o significado normativo faltante. Como disse Augusto Cerri, “a decisão aditiva pressupõe uma ‘lacuna axiológica’”,³⁴³ de modo que a declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa deve ser lógica e estruturalmente ligada à superação do estado omissivo. A sentença aditiva *fala* onde a lei *se cala* e essa prática integrativa é uma manifestação de ativismo judicial.

Um exemplo claro desse ativismo da Corte foi sua sentença nº 190, de 10/12/1970. Estava em julgamento a legitimidade constitucional do art. 304, §1º, do Código de Processo Penal de 1930, que permitia a participação ativa do Ministério Público nos interrogatórios dos acusados durante a instrução criminal, mas não previa sequer a presença dos defensores dos acusados. A Corte julgou que essa “disparidade de tratamento entre ministério público e defesa do acusado (...) não encontra justificação em motivos constitucionalmente relevantes”, sendo uma grave violação do direito de defesa previsto no art. 24, §2º, da Constituição. Para corrigir esse desequilíbrio inconstitucional do contraditório, a Corte julgou que seria mais adequado *incluir* “a presença do defensor no interrogatório” do que *excluir* também o ministério público. A decisão final foi um “adicionar” de elemento à norma preexistente.

Esse caso revela como o principal e mais problemático campo de aplicação das sentenças aditivas é o das omissões legislativas inconstitucionais por violação à isonomia. Em acrescentar um elemento novo ao texto legal interpretado, o juiz constitucional realiza uma extensão da norma para alcançar fatos ou pessoas não contemplados originariamente, mas que, por força do princípio constitucional da isonomia, deveriam sê-los. Como defendido na

³⁴⁰ MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. **Giustizia Costituzionale**. 2ª ed. Torino: Giappichelli, 2007, p. 124.

³⁴¹ RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. **Lineamenti di Giustizia Costituzionale**. Op. cit., p. 146.

³⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. Op. cit., p. 298: “as sentenças aditivas são utilizadas (...) quando uma disposição tem alcance normativo menor do que constitucionalmente deveria ter.”

³⁴³ CERRI, Augusto. **Corso di Giustizia Costituzionale**. Op. cit., p. 242.

sentença nº 215 de 1986, “a natureza derogatória de uma norma não impede a Corte de emitir uma sentença que implique a sua extensão, quando isso sirva para restabelecer o princípio da igualdade, ou seja, respeitar uma regra fundamental de nosso sistema constitucional”.³⁴⁴ O ativismo judicial revela-se marcante na faceta de criação judicial do direito dessas sentenças.

Decisões ativistas da espécie têm sido “amplamente justificadas sob o ponto de vista do seu mérito constitucional”, no entanto, têm em geral “suscitado não poucas objeções de caráter institucional.”³⁴⁵ As sentenças manipulativas, particularmente as aditivas, caracterizam um acentuado aumento do poder político-decisório da Corte, sendo natural então que tenham surgido críticas contra sua prática. A mais contundente acusa a discricionariedade política dos juízes da Corte Constitucional e diz que a função integrativa do ordenamento jurídico, cumprida pelas sentenças manipulativas, está “em pleno contraste com a tarefa negativo-eliminatória que compete à Corte Constitucional”. Tratar-se-ia, disse Zagrebelsky, da pretensão “de introduzir escolhas políticas novas”, “uma função paralegislativa, substitutiva daquela do parlamento e estranha à natureza das funções da nossa Corte Constitucional”.³⁴⁶ As sentenças manipulativas e aditivas lançam a Corte ao papel de legislador positivo.

Essas críticas tornam-se mais dramáticas com as chamadas *sentenças aditivas de prestação*, que promovem um aumento imediato de despesas do ente público envolvido (v.g. decisão que inclui servidores públicos civis no âmbito de incidência de norma que majorou vencimentos apenas de militares) e se diferenciam das *sentenças aditivas de garantia*, que estendem direitos a pessoas originalmente não contempladas sem promoverem aumento de despesas, como na sentença antes ilustrada, que estendeu a prerrogativa do ministério público de participação ativa, em interrogatórios criminais, aos advogados dos acusados (Sent. 190/70). Essa segunda subespécie seria menos problemática que a primeira.

Vezio Crisafulli formulou uma resposta a essas críticas que foi depois incorporada às decisões da Corte. Para Crisafulli, não há verdadeira analogia entre a atividade da Corte e a atividade legislativa. Isso porque “mesmo nas hipóteses de sentenças aditivas, a Corte não cria livremente (como faria o legislador) a norma (...), mas se limita a individualizar aquela já presente no ordenamento, ou deduzida das normas constitucionais aplicáveis, mediante a qual

³⁴⁴ Corte Costituzionale, sentenza nº 215, de 09/07/1986.

³⁴⁵ MANGIAMELI, Stelio. Il Contributo dell’esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali. In: PACE, Alessandro (Ed.) **Corte Costituzionale e Processo Costituzionale**. Milão: Giuffrè, 2006, p. 499.

³⁴⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. Op. cit., p. 299/301.

se preencherá o ‘vazio’”.³⁴⁷ Para o autor, se fosse para falar em criação de uma norma nova, não se trataria de uma “norma inventada”, e sim de uma norma unívoca e constitucionalmente obrigatória, haja vista que o legislador não poderia dispor de maneira diversa dentro do contexto normativo existente.³⁴⁸ O juiz constitucional não preencheria o vazio legislativo como se fosse uma eleição entre possibilidades normativas diferentes, mas sim como algo que se impõe em uma única direção segundo o preceito constitucional violado e o sistema normativo como um todo. Seria algo como uma *rima obrigatória* (*a rime obbligate*).

Em muitas decisões, a Corte tem assimilado essas críticas e progressivamente buscado, segundo Zagrebelsky, um “modo de conciliar (...) a liberdade normativa do legislador e a liberdade interpretativa da autoridade judiciária”.³⁴⁹ Os juízes constitucionais têm fundado essa conciliação no rumo apontado por Crisafulli, defendendo que

(...) uma decisão aditiva é permitida (...) somente quando a solução de adequação não deva ser fruto de uma valoração discricionária. (...) quando, ao contrário, se perfilam uma pluralidade de soluções, derivadas de várias possíveis valorações, então a intervenção da Corte não é admissível, cabendo a escolha relacionada unicamente ao legislador.³⁵⁰

Por outro lado, essa restrição fez surgir a preocupação com o inconveniente de a Corte, em razão da pluralidade de soluções, ter que recusar a arguição de inconstitucionalidade de leis que são, sem dúvida, inconstitucionais. Essa preocupação tem então “aberto espaço para uma nova modalidade de sentença aditiva, a aditiva de princípio”.³⁵¹ Diferente da aditiva original, que se pode dizer *autoaplicativa*, na aditiva de princípio, a Corte reconhece a inconstitucionalidade do dispositivo normativo por ser omissivo em um ponto que viola um princípio constitucional, porém, respeitando a situação de haver uma pluralidade de soluções para a omissão, ela não realiza a integração normativa, mas apenas sinaliza para o legislador fazê-lo dentro de certo prazo e dentre as possibilidades normativas permitidas pelo princípio constitucional apontado como transgredido.

³⁴⁷ CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di Diritto Costituzionale**. 4ª ed. Padova: CEDAM, 1976, p. 369.

³⁴⁸ Leopoldo Elia, Constitucionalismo Cooperativo: “Racionalidad” y “Sentencias Aditivas” en la Jurisprudencia Italiana sobre Control de Normas. In: LÓPEZ PINA, Antonio (Ed.) **Division de Poderes e Interpretacion**. Madrid: Tecnos, 1987, p. 80, conta que não houve reações “desmedidas” do Parlamento em direção às sentenças aditivas, dentre outros motivos, “porque o Parlamento reconheceu que ao menos em alguns casos a atuação do Tribunal ocorreu na mesma direção que ele haveria seguido se houvesse podido superar as suas próprias insuficiências de funcionamento.”

³⁴⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. Op. cit., p. 304.

³⁵⁰ Corte Costituzionale, sentenza n° 109, de 22/04/1986.

³⁵¹ CERRI, Augusto. **Corso di Giustizia Costituzionale**. Op. cit., p. 247.

A adoção das sentenças aditivas de princípio, frequente desde o fim dos anos 80, não importou renúncia às sentenças aditivas originais, que permaneceram aplicáveis nos casos de solução unívoca e constitucionalmente imposta. Porém, elas têm sido apontadas como um importante avanço da Corte no sentido de uma intervenção judicial mais moderada, que respeita a discricionariedade política do Legislativo, mas, ao mesmo tempo, afirma seu papel em defesa dos valores constitucionais.³⁵² Como disse Alfonso Celotto, essa nova perspectiva jurisprudencial “permit[e] um diálogo construtivo entre os diversos órgãos, e a Corte pode sucessivamente julgar se o Parlamento tem exercido corretamente o princípio necessário”.³⁵³

A realidade, em suma, é que as sentenças aditivas cumpriram e cumprem, na Itália, um papel fundamental no controle das omissões legislativas com vista à observância da ordem constitucional e, principalmente, do princípio da isonomia. Elas têm representado uma ruptura com a ortodoxia kelseniana das cortes como o “legislador negativo”, que não lhes permitia concretizar por completo os direitos fundamentais, tampouco reagir às diversas hipóteses de inércia legislativa. O caso da Itália pós-fascismo é um ótimo exemplo de como os juízes constitucionais devem, em muitas vezes, atuar como *legislador positivo* diante da paralisa dos poderes políticos. Casos análogos de inércia legislativa e violação de direitos fundamentais podem muito bem justificar o ativismo judicial exercido por meio das sentenças aditivas.

O caso da Corte Constitucional italiana é, sem dúvida, bastante rico em elementos cognitivos para esta dissertação – o pragmatismo da Corte na elaboração de técnicas e instrumentos de decisão, máxime as sentenças aditivas, dirigidos à *criação judicial do direito* na superação de omissões legislativas e que são muito influentes no debate contemporâneo sobre o papel da jurisdição constitucional entre a dicotomia legislador negativo *v.* legislador positivo; como elementos históricos e políticos, destacadamente a omissão do Parlamento e a vigência de leis autoritárias, impeditivos da atuação concreta da Constituição podem justificar o avanço da atuação política e progressista dos juízes constitucionais; e ainda a importância que pode alcançar a substituição de juízes inertes e formalistas por juízes com visão e disposição mais ativista para a validade prática da Constituição e dos direitos fundamentais.

³⁵² MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. **La Sentencia Constitucional em Italia**. Op. cit., pp. 297/306: o autor ensina que o “conceito de ‘discricionariedade’” política do legislador é realmente o limite mais importante para a emissão de sentenças aditivas e tem feito a Corte Constitucional buscar um “ponto de equilíbrio”. A Corte teria enxergado que, na hipótese de multiplicidade de soluções igualmente corretas para as lacunas legislativas, a postura judicial mais adequada não seria a da renúncia à tomada de decisão de inconstitucionalidade, o que representaria uma hiperproteção da inércia do legislador, e não de sua discricionariedade. Mas, também, a solução não seria a do outro extremo: as sentenças aditivas autoplicativas. Dneve haver um ponto de equilíbrio e sua busca envolve a discutida proposta doutrinária das *sentenças aditivas de princípio*.

³⁵³ CELOTTO, Alfonso. **El Derecho Juzga a la Política. La Corte Constitucional de Italia**. Op. cit., p. 86.

2.4 O ativismo judicial na Colômbia: direitos fundamentais, sociais e econômicos

No fim dos anos 80 e começo dos 90, vários países da América Latina experimentaram profundas reformas constitucionais dirigidas para restabelecer ou fortalecer a democracia, institucionalizando, em seus novos documentos constitucionais, uma extensa lista de direitos fundamentais e sociais e cortes constitucionais ou simplesmente novos e amplos poderes para as cortes supremas já existentes (como foi o caso do Brasil). Nesse novo cenário político-institucional, houve um marcante avanço da judicialização da política e do ativismo judicial envolvendo a proteção desses direitos fundamentais e sociais. Dentro dessa nova perspectiva latino-americana, as cortes de mais destaque são, além do Supremo Tribunal Federal, as cortes constitucionais da Colômbia e da Costa Rica.

No ano de 1991, foi promulgada a nova Constituição colombiana, com grande vocação normativa, com uma extensa lista de direitos fundamentais (arts. 11 a 41) e particularmente comprometida com os direitos sociais (arts. 42 a 77). Ainda instituiu uma Corte Constitucional com amplo acesso à sua jurisdição e significativas competências e poderes de controle sobre os atos dos outros atores do governo e em torno de sua missão fundamental de “guarda da integridade e supremacia da Constituição” (art. 241). Desde que iniciou suas atividades, a “Corte Constitucional colombiana tem sido uma corte hiperativista e ganhou amplo respeito popular”.³⁵⁴ A sociedade colombiana tem feito extenso uso da Corte, fazendo avançar judicialmente suas pretensões de direitos e de bem-estar social, e consolidando a Colômbia como um Estado social de direito.

Conforme a disciplina constitucional de 1991, a Corte exerce um controle misto de constitucionalidade das leis: o controle abstrato das leis por meio das *acciones públicas*, que podem ser propostas diretamente na Corte por qualquer cidadão (arts. 241, §§1º e 4º, 242, §1º) e o controle concreto em sede de revisão das decisões judiciais tomadas nas *acciones de tutela* propostas pelos cidadãos para a defesa de seus direitos constitucionais. As *acciones públicas* já existiam no ordenamento constitucional anterior, enquanto as *acciones de tutela* são uma novidade da Constituição de 1991. Por um meio processual ou pelo outro, tem se desenvolvido uma jurisprudência bastante ativista da Corte, principalmente em dois campos de ação: o controle das práticas políticas e das ações do Poder Executivo e a promoção dos direitos fundamentais, sociais e econômicos.³⁵⁵

³⁵⁴ GLOPPEN, Siri; *et al.* **Courts and Power in Latin America and Africa**. Op. cit., p. 53.

³⁵⁵ YEPES, Rodrigo Uprimny. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos** V. 6, 2007, p. 54.

No primeiro caso, a Corte tem proferido decisões importantes, que reduziram os poderes do Presidente, destacadamente sua capacidade de declarar “estado de exceção”.³⁵⁶ Recusando uma postura longeva de passividade judicial que caracterizou a atuação da Corte Suprema de Justiça,³⁵⁷ a Corte Constitucional tem exercido um nível bastante denso de escrutínio sobre as decisões de emergência do Executivo.³⁵⁸ A Corte Constitucional não deixou de reconhecer que o Presidente tem discricionariedade para decidir quando declarar um estado de exceção e por quanto tempo, porém, desde seu primeiro julgado em 1992, ela definiu que o controle jurídico-constitucional sobre essa “discricionariedade” deveria ser integral e não parcial. Isso significa ir além da fiscalização de questões procedimentais para exercer também um controle material das razões políticas da medida emergencial, com o fim de avaliar se existe motivo suficientemente grave que possa legitimar o estado de exceção.³⁵⁹

Contudo, essa “doutrina do controle judicial material” da declaração do estado de exceção ganha contornos dramáticos no país dentro do contexto de violência promovida pela atuação das Forças Armadas Revolucionárias (FARC), que ameaça as instituições democráticas colombianas, sequestrando e assassinando políticos e até magistrados. Ainda assim, em importantes e sucessivas decisões, a Corte julgou injustificadas e, portanto, inconstitucionais, algumas declarações de estado de exceção,³⁶⁰ vindo, assim, a sofrer pesadas críticas do governo, das elites econômicas, de parte da academia jurídica e de muitos líderes de partidos políticos tradicionais. Eles acusam a ditadura judicial da Corte, que torna impossível para o governo controlar a ordem pública. A própria Corte perdeu, por algum tempo, a unanimidade em torno da doutrina do controle material, com juízes refletindo sobre os limites da intervenção da Corte em contextos de grave violência e de crime organizado.

As principais investidas políticas contra a Corte foram as sucessivas propostas de emendar a Constituição para eliminar expressamente a possibilidade desse controverso controle judicial. Mas essas ameaças não se concretizaram e a Corte Constitucional tem

³⁵⁶ De acordo com os arts. 213 e 214, § único da Constituição, o Presidente pode declarar “estado de exceção” nas hipóteses de perturbação da ordem pública, ameaça à estabilidade institucional e à segurança do Estado, devendo enviar à Corte Constitucional a declaração para a sua análise de constitucionalidade.

³⁵⁷ Antes da Constituição de 1991 e da criação da Corte Constitucional, a Corte Suprema de Justiça, órgão de cúpula da jurisdição ordinária do país, exercia o papel de órgão máximo no controle de constitucionalidade.

³⁵⁸ YEPES, Rodrigo Uprimny. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.) **Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies**. Londres: Frank Cass, 2004, p. 54.

³⁵⁹ *Sentencia* nº C-004, de 07/05/1992.

³⁶⁰ *Sentencia* nº C-300, de 01/07/1994; *Sentencia* nº C-466, de 18/10/1995; *Sentencia* nº C-027, de 02/02/1995 (julgamento parcial); *Sentencia* nº C-122, de 12/03/1997; *Sentencia* nº C-122, de 01/03/1999 (julgamento parcial); *Sentencia* nº C-802, de 02/08/2002 (julgamento parcial); *Sentencia* nº C-327, de 29/04/2003.

renovado essa postura judicial ativista.³⁶¹ Seus efeitos práticos e políticos têm se revelado incontestáveis, tendo sido reduzido drasticamente o “tempo vivido pelos colombianos em estados de exceção, [que] caiu de 80%, na década de 1980, para menos de 20% a partir da introdução desse controle judiciário, na década de 1990”.³⁶² Ao contrário do que acusam os críticos, esse resultado representa um inegável ganho para a democracia colombiana.

O segundo e mais importante elemento do ativismo judicial da Corte Constitucional colombiana é sua prática de concretização dos direitos fundamentais, sociais e econômicos. A Corte Constitucional tem tido uma participação fundamental no avanço da proteção e promoção de direitos no país, seja tutelando diretamente esses direitos, seja guiando a legislação e as decisões das instâncias judiciais inferiores. Sem dúvida, o *ativismo judicial progressista* da Corte é um dos elementos mais significativos do desenvolvimento social dos colombianos. De acordo com Manuel José Cepeda-Espinosa,

(...) a Corte tem se posicionado como um fórum crescentemente legítimo que responde a alguns dos mais complexos problemas que afetam a sociedade e as instituições colombianas. Suas doutrinas sobre direitos fundamentais têm visivelmente permeado a prática e o discurso social em níveis imprevisíveis. Ademais, em tempos recentes, atores sociais e políticos tem gradualmente transferido à corte a solução de suas mais difíceis questões.³⁶³

A Corte tem recusado a abordagem formalista e conservadora da Constituição, comum para a atuação judicial na Colômbia, e vem afirmando a necessidade da interpretação criativa para dar conta da relevância em preservar os comandos constitucionais diante da realidade socioeconômica do país e, assim, garantir as liberdades individuais, reduzir as desigualdades sociais e proteger as minorias vulneráveis e marginalizadas. É com essa abordagem criativa da Constituição que a Corte Constitucional colombiana tem sido apontada como uma das mais ativistas do mundo na proteção de direitos fundamentais e sociais.

Em meio a decisões controvertidas, a Corte tem assegurado, dentre outros direitos: a proteção da identidade social, cultural e econômica das comunidades nativas,³⁶⁴ a

³⁶¹ *Sentencia* nº C-216, de 29/03/2011.

³⁶² YEPES, Rodrigo Uprimny. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos** V. 6, 2007, p. 56.

³⁶³ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. **Washington Univ. Global Studies Law Review** V. 3, 2004, p. 535.

³⁶⁴ *Sentencia* nº T-380, de 13/09/1993; *Sentencia* nº SU-510, de 18/09/1998; *Sentencia* nº SU-039, de 03/02/1997.

descriminalização do consumo de drogas³⁶⁵ e da eutanásia (*homicidio por piedad*),³⁶⁶ direitos plenos para os homossexuais – desde a proibição de discriminação³⁶⁷ até o reconhecimento do direito a formar família e aos efeitos jurídicos ordinários decorrentes³⁶⁸ – a licitude do trabalho sexual e os direitos básicos das prostitutas – inclusive trabalhistas³⁶⁹ – a proibição de o legislador criminalizar todas as hipóteses de aborto,³⁷⁰ etc. Em todas essas decisões, principalmente na questão do aborto, a Corte tem procurado dirigir a atividade legislativa.

No campo dos direitos sociais, o ativismo judicial da Corte não é quantitativa nem qualitativamente inferior. Há uma forte judicialização da política em torno da proteção dos direitos sociais e a Corte tem dado respostas positivas a essas demandas basicamente por três formas distintas de decisão: “(i) proteção pessoal em casos individuais; (ii) proteção de grupos similarmente situados e (iii) revisão abstrata de políticas econômicas”.³⁷¹ A Corte tem interferido em boa parte das decisões político-econômicas do governo, justificando a plena justiciabilidade dos direitos sociais sobretudo por sua “doutrina da conexidade” – o direito social deve ser protegido quando a violação implicar a inobservância de um direito fundamental e de aplicação imediata como, por exemplo, o direito à vida. Ainda como justificação de suas decisões interventivas nesse campo, a Corte reconhece alguns direitos sociais como “fundamentais por si sós” – direitos de nutrição e de educação das crianças – e direitos sociais “fundamentais no nível de proteção do mínimo existencial”.³⁷²

A Corte tem decidido em favor da realização efetiva dos direitos sociais e econômicos principalmente nos seguintes temas: direito à saúde,³⁷³ direito aos serviços de seguridade social,³⁷⁴ proteção do idoso,³⁷⁵ extensão de benefícios de pensão e aposentadoria em respeito à isonomia,³⁷⁶ tratamento igual entre empregados sindicalizados e não sindicalizados,³⁷⁷ objeção de incidência tributária sobre o consumo de bens de primeira necessidade (proteção

³⁶⁵ *Sentencia* nº C-221, de 05/05/1994.

³⁶⁶ *Sentencia* nº C-239, de 20/05/1997.

³⁶⁷ *Sentencia* nº T-097, de 07/03/1997; *Sentencia* nº C-507, de 14/07/1999; *Sentencia* nº C-481, de 09/09/1998.

³⁶⁸ *Sentencia* nº C-577, de 2011; *Sentencia* nº T-283, de 2011.

³⁶⁹ *Sentencia* nº T-629, de 13/08/2010.

³⁷⁰ *Sentencia* nº C-355, de 10/05/2006.

³⁷¹ YEPES, Rodrigo Uprimny. The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). **Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?** Op. cit., p. 131.

³⁷² CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. **Washington Univ. Global Studies Law Review** V. 3, 2004, p. 618.

³⁷³ *Sentencia* nº SU-043, de 09/02/1995; *Sentencia* nº SU-480, de 25/09/2007; *Sentencia* nº SU-819, de 20/10/1999.

³⁷⁴ *Sentencia* nº T-140, de 04/03/1999; *Sentencia* nº T-072, de 17/02/1997.

³⁷⁵ *Sentencia* nº T-036, de 08/02/1995.

³⁷⁶ *Sentencia* nº C-409, de 15/09/1994.

³⁷⁷ *Sentencia* nº T-230, de 13/05/1994; *Sentencia* nº T-568, de 10/03/1999; *Sentencia* nº T-436, de 13/04/2000.

do mínimo vital),³⁷⁸ intervenção na indexação dos salários dos servidores públicos,³⁷⁹ a situação precária inconstitucional das penitenciárias,³⁸⁰ etc.

Em muitos desses casos, foram impostos ao governo gastos orçamentários impactantes. Algumas decisões assegurando direitos sociais também repercutem sobre a economia privada, interferindo no mercado e na confecção da legislação econômica. O caso mais dramático foi a intervenção da Corte na barulhenta crise dos devedores hipotecários em 1998 e 1999. Protegendo os devedores da classe média, a Corte exigiu do Legislativo uma nova regulamentação do sistema de financiamento para aquisição de imóveis, devendo ser assegurada melhor equidade na atualização monetária das prestações,³⁸¹ o que desagradou “grupos empresariais, alguns setores do governo e numerosos analistas [que] atacaram duramente o tribunal constitucional”.³⁸²

Diferentes fatores explicam esse protagonismo institucional da Corte Constitucional: a nova Carta de direitos da Constituição de 1991; uma nova cultura jurídica assimilada pela academia e pelos juízes que passaram a enxergar a Constituição como um documento normativo; o desencanto com a política; a omissão dos políticos e sua disposição em transferir custos decisórios para a Corte; etc. Talvez o mais importante seja um fator institucional: o acesso fácil e barato da sociedade à justiça constitucional. A *accione pública* pode ser manejada por qualquer cidadão para questionar a inconstitucionalidade das leis, sem necessidade de advogado ou de qualquer formalismo.

A *accione de tutela*, por sua vez, criada pela Constituição de 1991 para os cidadãos defenderem seus direitos constitucionais, é um capítulo à parte. Segundo importante doutrina, a ação de tutela tem levado a “constituição mais próxima aos cidadãos dotando-os de um elástico instrumento para a proteção de seus direitos”, de forma que não é exagero afirmar sua destacada relevância para “a ‘constitucionalização’ do direito e para importantes aspectos da vida dos Colombianos”.³⁸³ Com todo esse amplo acesso à sua jurisdição, a Corte tem sido

³⁷⁸ *Sentencia* n° C-776, de 09/09/2003.

³⁷⁹ *Sentencia* n° C-1017, de 27/11/2003.

³⁸⁰ *Sentencia* n° T-153, de 28/04/1998.

³⁸¹ *Sentencia* n° C-383, de 27/05/1999; *Sentencia* n° C-747, de 06/10/1999; *Sentencia* n° C-700, de 16/09/1999.

³⁸² YEPES, Rodrigo Uprimny. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos** V. 6, 2007, pp. 59/60. Cf. também LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. **Harvard International Law Journal** V. 51 (2), 2010, pp. 319/322.

³⁸³ RODRÍGUEZ, César A.; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio; YEPES, Rodrigo Uprimny. Justice and Society in Colombia: A Sociolegal Analysis of Colombian Courts. In: FRIEDMAN, Lawrence M.; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (Ed.). **Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe**. Stanford: Stanford University Press, 2003, pp. 157/158.

sempre convocada para manter vivas as promessas de direitos e desenvolvimento social da Constituição de 1991, respondendo a essas demandas de uma maneira sem precedentes na história colombiana e com um ativismo judicial destacado até mesmo para o padrão norte-americano.³⁸⁴ Enfim, com a Corte Constitucional, judicialização da política e ativismo judicial tornaram-se traços marcantes do contemporâneo cenário político-institucional colombiano.

Uma prática especial da Corte Constitucional colombiana merece um último e importante registro – ela compõe o reduzido grupo de cortes constitucionais que, diferente do que se verificou com o Tribunal Constitucional alemão, efetivamente realiza controle de validade material de reforma da constituição.³⁸⁵ De acordo com o Título XIII da Constituição colombiana de 1991, o exercício do poder de reforma constitucional deve observar as regras procedimentais e de competência estabelecidas em seus arts. 374 a 380, sendo expressamente previsto no art. 379 que as mudanças do texto constitucional *apenas* poderão ser declaradas inconstitucionais caso esses *limites formais* não sejam observados. Portanto, a Constituição não prevê *limites materiais* ou *cláusulas pétreas* em face do legislador reformador, mas apenas a possibilidade de inconstitucionalidade de emenda constitucional por *vício formal*.

Não obstante essas disposições constitucionais versarem apenas sobre limites formais para reforma da Constituição, a Corte Constitucional construiu, a partir desses mesmos enunciados normativos, uma jurisprudência no sentido de impor *limites materiais* ao legislador reformador. Explica-se: para a Corte, os limites de competência resultam a impossibilidade do poder de reforma vir a substituir a Constituição “por outra integralmente distinta ou oposta” (*regra da substituição*); no entanto, caberia a ela – Corte Constitucional – decidir se uma determinada reforma equivale à substituição da Constituição; assim, seus juízes definiram que substituir a Constituição significa alterar “princípios e valores do ordenamento constitucional que lhe dão identidade” – alterar cláusulas essenciais que resultam a “transformação da própria natureza do regime constitucional”; se a Corte concluir

³⁸⁴ LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. **Harvard International Law Journal** V. 51 (2), 2010, p. 321: “...a Corte Constitucional Colombiana tem visto estas condições políticas [funcionamento deficiente dos poderes políticos e dos partidos] como uma licença para tornar-se, talvez, a corte mais ativista do mundo”.

³⁸⁵ O controle de validade material de reforma da Constituição pressupõe a existência no texto constitucional originário de matérias fundamentais – princípio federativo, direitos fundamentais, etc. – que não estão disponíveis à supressão ou à redução de seu alcance pelo legislador reformador. Caso o legislador da reforma ultrapasse esses limites materiais, a emenda constitucional poderá ser julgada inconstitucional. O controle de validade formal, por sua vez, pressupõe a violação de regras procedimentais e de competência para a reforma. Além da Corte Constitucional colombiana, compõem ainda esse grupo a Corte Constitucional da Costa Rica (item 6, na sequência), a Suprema Corte da Índia e a Corte Constitucional da Turquia (Capítulo III, 3.2.3, *supra*) e o Supremo Tribunal Federal (Capítulos IV e V, *supra*).

que uma reforma alcança esses “princípios e valores pivotais”, então terá ocorrido a substituição indevida da Constituição e essa reforma deverá ser declarada inconstitucional.³⁸⁶

Embora a Corte afirme que essa prática argumentativa envolva um juízo de inconstitucionalidade por violação de *regra de competência*, ela está, na realidade, formulando parâmetros de controle de constitucionalidade por *vício material*. Ela está impondo *limites materiais* ao poder de reforma. Decidir se “princípios e valores essenciais” da Constituição (separação de poderes, democracia, etc) foram indevidamente afetados é sindicá-lo o conteúdo, e não o procedimento ou competência da reforma constitucional. Dessa forma, a Corte, sem respaldo expresso na Constituição, ampliou significativamente sua margem de controle sobre o exercício de reforma constitucional, atribuindo para si mesma um extraordinário poder político-normativo. Esse raciocínio foi aplicado para resolver a complexa questão da reeleição presidencial na Colômbia em duas oportunidades, com resultados distintos, mas coerentes entre si.

Primeiro, na *Sentencia* nº C-1040,³⁸⁷ em outubro de 2005, a Corte Constitucional aplicou a *regra da substituição* para julgar a constitucionalidade de emenda constitucional que permitira a reeleição presidencial, em uma única oportunidade, pela primeira vez na história do país (*a cláusula de reeleição imediata*). Para a Corte, o fato de a Constituição de 1991 ter proibido, originariamente, um exercente do cargo de presidente a sequer concorrer novamente ao posto não precluiu uma emenda constitucional de adotar o regime de reeleição presidencial. Para uma maioria apertada da Corte (5-4), essa alteração constitucional não equivaleu à substituição da Carta vigente nem afrontou a vontade original do poder constituinte originário, mas, ao contrário, correspondeu a uma prática legítima de “atualiza[ção] do desenho institucional quando a realidade sociopolítica assim exige”. Para essa maioria, as avaliações de oportunidade e conveniência da medida pertenceriam à esfera política e, por isso, “não podem ser uma questão de decisão pelo juiz constitucional”. Essa decisão permitiu, para o ano seguinte, a reeleição de Álvaro Uribe, cujo governo, na época, contava com aprovação de 70% da população.

³⁸⁶ A elaboração mais remota pela Corte Constitucional desse argumento da “regra de substituição” pode ser encontrada na *Sentencia* nº C-551, de 09/07/2003. Contudo, essa prática jurisprudencial de efetiva aplicação do controle de reforma constitucional tendo como parâmetro a ideia de “identidade da Constituição” parece inspirar-se na antiga linha jurisprudencial da Suprema Corte indiana (cf. a decisão *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* [1973] 4 SCR 225) (Capítulo III, item 3.2.3, *supra*), que declarou a inconstitucionalidade material de emenda constitucional por decidir que não é permitido ao Parlamento, mesmo no exercício do poder de reforma constitucional, alterar a “estrutura básica” da Constituição indiana.

³⁸⁷ *Sentencia* nº C-1040, de 19/10/2005.

Em um segundo momento, na *Sentencia* nº C-141,³⁸⁸ de fevereiro de 2010, a Corte enfrentou o questionamento de constitucionalidade de uma lei que convocara um referendo popular para a aprovação de uma reforma constitucional que permitiria uma segunda reeleição presidencial imediata (*Ley* 1.354 de 2009). Se aprovada essa nova mudança do Texto Constitucional, Álvaro Uribe, também com aprovação de 70% da população na época, fatalmente obteria seu terceiro mandato consecutivo. A Corte julgou inconstitucional a lei. Entre outras razões, mas, principalmente, porque a maioria de seus juízes (7-2) concluiu que a emenda constitucional pretendida viria a configurar uma substituição da Constituição. Portanto, a *lei do referendo* foi declarada inconstitucional, mas os motivos subjacentes dizem com o controle de constitucionalidade da reforma constitucional perseguida. Foi uma das decisões mais importantes da história da Corte Constitucional colombiana.

Para a maioria, a pretensão de uma segunda reeleição presidencial imediata violava o princípio da separação de poderes, “identificado como um dos elementos fundantes da Constituição Colombiana de 1991, e cuja transgressão tem dado lugar à declaração de inexecutabilidade de enunciados normativos reformatórios do texto constitucional.” Para esses juízes, o eventual prolongamento do mandato presidencial em até 12 anos acarretaria uma ruptura do equilíbrio de poderes entre a figura do Presidente e os demais poderes e órgãos de governo. A consequente concentração de poderes nas mãos do Chefe do Executivo colocaria em risco o sistema de freios e contrapesos, haja vista enfraquecer a independência dos órgãos de controle, inclusive os judiciais, sobre os atos do Presidente. A manobra pretendida por eventual emenda constitucional, em tese, poderia então favorecer “a tirania e a opressão”, substituindo “elementos basilares da Carta vigente” por outros em sentido contrário.

Ademais, a segunda reeleição imediata, permitindo três mandatos consecutivos na presidência da República, vulneraria o próprio regime democrático, consagrado na Constituição de 1991, por desvirtuar “o princípio da alternância [de poder], já que manteria no cargo uma pessoa e imporia a reprodução de uma mesma tendência política e ideológica durante um lapso maior do que é considerado razoável de acordo com as regras de funcionamento de um regime presidencial típico e ao que o próprio constituinte estabeleceu”. Para a maioria da Corte Constitucional, a proposta de segunda reeleição promoveria “notável menoscabo” às forças minoritárias e de oposição, colocando em sério risco o ideal de democracia participativa e pluralista.

³⁸⁸ *Sentencia* nº C-141, de 26/02/2010.

Ainda considerando a situação concreta do então Presidente Álvaro Uribe, há oito anos no poder e que, fatalmente, se reelegeria mais uma vez, a Corte acusou a proposta de emenda constitucional de ter a “finalidade específica de permitir” a Uribe alcançar o terceiro mandato consecutivo. Assim, a Corte também denunciou a falta de caráter geral e abstrato da proposta legal e, por consequência, a flagrante violação ao princípio da igualdade. Por tudo isso, a maioria dos juízes da Corte julgou que uma “segunda reeleição presidencial substitui eixos estruturais da Constituição Política e, portanto, a Lei 1354 de 2009, que busca fazer possível uma reforma constitucional que a institua (a segunda reeleição), vulnera a Carta e deve ser declarada inconstitucional”. Conforme a primeira decisão, uma reeleição imediata mantém intacta a identidade da Constituição, mas, de acordo com esse novo julgamento, duas reeleições seguidas, por violar a separação de poderes, a democracia e o princípio da igualdade, representa uma ruptura com a ordem constitucional de 1991.³⁸⁹

A Corte defende que esses julgamentos são fundados em vício de competência para reforma constitucional. Porém, é claro que esse argumento visa tão somente justificar que ela não ultrapassou o limite imposto no art. 379, Título III, da Constituição, que apenas permite o controle de constitucionalidade de reforma por vício formal. Ora, a chamada *regra da substituição* é, por tudo, meio de controle de validade material de reforma constitucional. Com efeito, sujeitar a validade concreta dos atos de reforma da Constituição ao respeito por princípios e valores que lhe dão identidade faz com que o controle acabe revestindo-se de manifesto caráter material, não obstante o silêncio constitucional sobre cláusulas pétreas e princípios fundamentais intangíveis. Desse modo, trata-se de mais uma inegável manifestação decisória que revela o elevado grau de ativismo judicial praticado pela Corte Constitucional.

Enfim, a história da Corte Constitucional da Colômbia, embora ainda curta, já produz ensinamentos singulares para o tema do ativismo judicial – importância dos desenhos institucionais, estabelecidos nas constituições democráticas contemporâneas, para a expansão do poder político e da relevância social das cortes constitucionais: carta de direitos entrincheirados e jurisdição constitucional acessível e de amplos poderes decisórios; que o ativismo de cortes constitucionais, manifestado pela interpretação criativa e expansiva das normas constitucionais, pode ser decisivo para a afirmação da democracia e para a promoção de direitos fundamentais e sociais em contextos de insegurança e desigualdade sociais.

³⁸⁹ Prova da maturidade político-institucional da Colômbia foi a plena e pacífica aceitação da decisão pelo então Presidente Uribe. Nas eleições que se seguiram, Uribe fez seu sucessor, o Ministro da Defesa de seu governo, Juan Manuel Santos.

2.5 A judicialização da política na Costa Rica e a importância dos desenhos institucionais

A Corte Constitucional da Costa Rica é outra campeã de ativismo judicial na América Latina. Em 1989, uma reforma da Constituição costa-riquenha adicionou uma nova “Câmara” à Corte Suprema de Justiça do país, que ficou conhecida como a “Sala IV”, especificamente para resolver questões constitucionais e defender os direitos fundamentais (*Ley 7.128/1989*). Desde então, essa Câmara vem sendo considerada uma das cortes constitucionais mais poderosas e ativistas da América. Há quem afirme que a relevância da Constituição do país, hoje com mais de sessenta anos de vida, deve ser dividida em dois períodos distintos: “antes e depois da criação dessa câmara constitucional da Corte Suprema.”³⁹⁰

Diferente do caso colombiano, essa reforma constitucional não inovou com um extenso catálogo de direitos fundamentais e sociais, pois, desde o início de sua vigência, a Constituição de 1949 já continha mais de 50 artigos sobre esses direitos (arts. 20 a 74). Acontecia que a efetividade desses direitos sempre esbarrou justamente no comportamento muito passivo da Corte Suprema no controle de constitucionalidade das ações dos outros poderes, principalmente do Legislativo, que exercia sua função sem se preocupar muito com os limites substanciais da Constituição. Como lamentado por Bruce Wilson, nos primeiros quarenta anos de existência da Constituição de 1949, “muitos desses [direitos fundamentais e sociais] mais se assemelhavam a direitos de papel do que a direitos autênticos.”³⁹¹

Essa passividade judicial, que existia apesar de o Poder Judiciário do país sempre ter gozado de alto grau de autonomia política e financeira, era alvo de muitas críticas, mormente dirigidas ao desenho institucional da jurisdição constitucional: a falta de uma “corte especializada em assuntos constitucionais”, sendo que esses casos eram tratados por juízes carentes de uma “cultura de jurisdição constitucional”,³⁹² criados em um padrão *civil law* de adjudicação e, por isso, habituados apenas com questões cíveis, penais e trabalhistas; a distribuição ilógica e desordenada das competências adjudicatórias, inclusive envolvendo casos de violação a direitos fundamentais; a exigência de uma supermaioria de 2/3 dos juízes

³⁹⁰ WILSON, Bruce M. Claiming individual rights through a constitutional court: The example of gays in Costa Rica. *International Journal of Constitutional Law* V. 5 (2), p. 242.

³⁹¹ WILSON, Bruce M. Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica’s Constitutional Court. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Ed.). *The Judicialization of Politics in Latin America*. Op. cit., p. 58.

³⁹² WILSON, Bruce M. Enforcing Rights and Exercising an Accountability Function. *Costa Rica’s Constitutional Chamber of the Supreme Court*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. (ed.) *Courts in Latin America*. Op. cit., p. 57.

da Corte Suprema para declarar a inconstitucionalidade das leis; o alcance limitado do *habeas corpus* e do *recurso de amparo*.³⁹³ Em suma, como disse Robert Barker, esse sistema era “ilógico, desordenado e, em consequência, não suficientemente efetivo.”³⁹⁴

Todos esses fatores institucionais favoreciam a passividade judicial e alimentavam a ideia do juiz constitucional como mero aplicador da lei. A efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais parecia então depender de uma reforma da jurisdição constitucional. E foi o que aconteceu.³⁹⁵ O legislador reformador criou a Sala IV, uma nova Câmara da Corte Suprema, com o poder exclusivo de declarar “a inconstitucionalidade das normas de qualquer natureza e dos atos sujeitos ao Direito Público”, sem a exigência da supermaioria de 2/3 dos seus membros, devendo a inconstitucionalidade ser declarada por maioria absoluta da Corte (art. 10). A reforma concentrou ainda na jurisdição da Sala IV o julgamento dos *habeas corpus*, para garantir a liberdade e integridade dos cidadãos, e dos *recursos de amparo*, para manter ou restabelecer o gozo dos direitos fundamentais não amparados por *habeas corpus* e consagrados na Constituição e nos tratados internacionais sobre direitos humanos (art. 48).

Duas semanas depois da reforma constitucional, foi promulgada a *Ley de la Jurisdicción Constitucional*, complementando a estrutura e ampliando ainda mais os poderes da Sala IV. Além da extensa disciplina do controle concentrado concreto de constitucionalidade que a Corte pode realizar nos processos de *habeas corpus* e *amparo* (arts. 15 a 65), a lei ainda estabeleceu: (1) o controle concentrado abstrato *a posteriori*, por meio da “ação de inconstitucionalidade” (arts. 73 a 95), que pode ser proposta por qualquer pessoa, privada ou pública; (2) o controle concentrado abstrato *a priori* obrigatório de projetos de reforma da Constituição ou dessa própria lei (art. 96, *a*), por intermédio da “consulta de constitucionalidade” que deverá ser encaminhada pelo Diretório da Assembleia Legislativa (art. 97), podendo então a Sala barrar preventivamente emenda constitucional por vício de conteúdo e até a reforma de sua própria estrutura; (3) o controle concentrado abstrato *a priori* de quaisquer projetos de leis, desde que a “consulta de constitucionalidade” seja enviada pelo número mínimo de dez deputados (art. 96, *b*); (4) o controle concentrado abstrato *a priori* de quaisquer projetos de leis que violem direitos fundamentais consagrados na Constituição e

³⁹³ BURGOA, Ignacio. **El Juicio de Amparo**. México: Porrúa, 1997, p. 139: “o juízo de amparo se revela... um meio de controle ou proteção da ordem constitucional *contra todo ato de autoridade que afete ou ofenda a qualquer governado e que se exercita exclusivamente a impulso deste*.”

³⁹⁴ BARKER, Robert S. Stability, Activism and Tradition: The Jurisprudence of Costa Rica’s Constitutional Chamber. **Duquesne Law Review** V. 45 (3), 2007, p. 526.

³⁹⁵ Para uma visão geral do novo sistema, cf. VALLE, Rubén Hernández. Costa Rica. In: VALLE, Rubén Hernández; PÉREZ TREMP, Pablo (Coords.). **La Justicia Constitucional como Elemento de Consolidación de la Democracia en Centroamérica**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 19/56.

nos Tratados Internacionais por meio da mesma consulta a ser enviada pelo *Defensor de los Habitantes*³⁹⁶ (art. 96, *ch*); e (5) o controle concentrado abstrato *a posteriori* por intermédio da denominada “consulta judicial de constitucionalidade” (arts. 102 a 108), onde os juízes ordinários devem consultar sobre a constitucionalidade das leis antes de aplicá-las.

A nova legislação ainda atribuiu à Sala IV a competência para dirimir os “conflitos constitucionais” entre os poderes de governo e definiu a eficácia vinculante e *erga omnes* de todas as suas decisões (art. 13). Esse novo sistema é caracterizado principalmente pelo acesso amplo, barato e informal de todo e qualquer cidadão que pretenda questionar a constitucionalidade das leis, assim como dos partidos políticos de menos expressão. Essa nova e extraordinária estrutura de oportunidades de litígios de inconstitucionalidade tem permitido que novos atores, antes excluídos, tenham voz e uma participação importante nas decisões cruciais da Costa Rica: partidos políticos minoritários, grupos de indivíduos mal organizados ou marginalizados, como gays, portadores do vírus HIV, sindicatos de trabalhadores, etc., avançam hoje na Corte temas que eram antes ignorados pelo Parlamento.

Com toda essa estrutura de acesso e de ações constitucionais, a Sala IV tem exercido um interessante ativismo judicial em favor de direitos fundamentais, máxime diante da omissão dos outros poderes. A Corte tem uma jurisprudência amplíssima a favor das pessoas com incapacidades físicas o que inclui decisões obrigando o Poder Público e os particulares a criar condições necessárias de acesso dessas pessoas aos mais diversos bens e serviços. Dentre muitas dessas decisões, a Corte exigiu provas de concursos públicos em braile,³⁹⁷ o direito dos deficientes visuais de levar seus cães-guias em taxis³⁹⁸ e em ônibus,³⁹⁹ etc. A Corte ainda estendeu a previsão legal de acesso livre de idosos a serviços de transporte de ônibus aos serviços prestados por trens,⁴⁰⁰ expandiu a liberdade de imprensa,⁴⁰¹ de religião,⁴⁰² a igualdade de gênero,⁴⁰³ a proteção de prisioneiros,⁴⁰⁴ o direito a morrer sem dor,⁴⁰⁵ etc.

³⁹⁶ O *Defensor de los Habitantes* é uma espécie de *ombudsman* da Costa Rica, um agente público eleito pela Assembleia Legislativa para um mandato de 4 anos, podendo ser reeleito para mais um mandato sucessivo, e que tem a responsabilidade de avaliar se o Poder Público está agindo em conformidade com a moralidade, a justiça, a Constituição, os Tratados Internacionais, as leis e os princípios gerais do direito.

³⁹⁷ *Sala Constitucional*, Res. n° 00567-1990.

³⁹⁸ *Sala Constitucional*, Res. n° 08559-2001.

³⁹⁹ *Sala Constitucional*, Res. n° 17528-2007.

⁴⁰⁰ *Sala Constitucional*, Res. n° 15666-2009.

⁴⁰¹ *Sala Constitucional*, Res. n° 02313-1995 (dispensa de diploma para jornalista).

⁴⁰² *Sala Constitucional*, Res. n° 06428-2001.

⁴⁰³ *Sala Constitucional*, Res. n° 02196-1992; Res. n° 03435-2002; Res. n° 02129-2008; Res. n° 12548-2008.

⁴⁰⁴ *Sala Constitucional*, Res. n° 03684-2004; Res. n° 07484-2000; Res. n° 04576-1996.

⁴⁰⁵ *Sala Constitucional*, Res. n° 05788-1998.

A Corte tem ainda garantido importantes cuidados médicos aos pacientes de HIV,⁴⁰⁶ tradicionalmente marginalizados, assim como outros direitos de saúde para grupos igualmente fragilizados,⁴⁰⁷ apesar de não haver previsão explícita do direito à saúde na Constituição. As decisões envolvendo os pacientes de HIV são importantes na medida que representam algum desafio da Corte à discriminação tradicional do Poder Público e da sociedade em relação aos homossexuais.⁴⁰⁸ Contudo, apesar de algumas decisões coibindo a violência física por parte de policiais⁴⁰⁹ e a intolerância de particulares,⁴¹⁰ a Sala IV tende a ser mais conservadora e deferente ao Poder Público nas questões dos gays: a Corte negou a obrigação do sistema público de seguro social para custear operação de mudança de sexo⁴¹¹ e julgou constitucional o art. 14(6) do Código de Família, que proíbe o matrimônio entre homossexuais.⁴¹² Embora a Corte evite fundamentos religiosos, não se pode negar a influência da Igreja Católica, que é inclusive a religião oficial segundo o art. 75 da Constituição.

Não obstante a riqueza do ativismo da Corte em matéria de direitos, o efeito particular mais destacado dessa nova dinâmica constitucional e infraconstitucional foi a transformação da postura da Corte Suprema frente aos demais poderes de governo e, principalmente, ao Poder Legislativo. Essa mudança tem muito a ver com o novo papel que os partidos políticos menores podem cumprir no âmbito do processo legislativo costa-riquenho. A possibilidade de ao menos 10 deputados formularem uma “consulta constitucional” à Sala IV para questionar a legitimidade dos projetos de lei, provocando assim alterações nesses projetos antes mesmo de serem votados, equilibrou as forças entre os partidos maiores e os menores quanto aos resultados dos processos legislativos. Foi reduzido o poder da maioria e aumentada a relevância política da minoria, à qual teve que ser dada nova e maior atenção na estratégia de aprovação das leis. No feliz diagnóstico de Bruce Wilson, isso “tem em alguma medida implicitamente fortalecido o Poder Legislativo como uma instituição.”⁴¹³

⁴⁰⁶ *Sala Constitucional*, Res. n° 05934-1997; Res. n° 03001-1997.

⁴⁰⁷ *Sala Constitucional*, Res. n° 01432-2003; Res. n° 07532-2004.

⁴⁰⁸ Sobre esse histórico de discriminação, cf. WILSON, Bruce M. Claiming individual rights through a constitutional court: The example of gays in Costa Rica. *International Journal of Constitutional Law* V. 5 (2), pp. 248/251.

⁴⁰⁹ *Sala Constitucional*, Res. n° 04732-1994. A Corte neste caso ordenou um treinamento especial aos policiais.

⁴¹⁰ *Sala Constitucional*, Res. n° 08724-2011.

⁴¹¹ *Sala Constitucional*, Res. n° 07128-2007.

⁴¹² *Sala Constitucional*, Res. n° 07262-2006.

⁴¹³ WILSON, Bruce M. Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica's Constitutional Court. SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (ed.). *The Judicialization of Politics in Latin America*. Op. cit., p. 57. Vale aqui a ideia desenvolvida por Mark A. Graber Constructing Judicial Review. *Annual Review of Political Science* V. 8, 2005, p. 428, da Corte Constitucional atuando como fator de equilíbrio de forças entre os movimentos políticos em disputa pelo poder.

Por outro lado, é inegável que esse novo acesso de controle de constitucionalidade também promove uma passagem do poder político-decisório das instituições de representação popular para a Corte Constitucional. Nesse novo cenário, a Corte passou a ser demandada em torno das questões políticas e sociais mais relevantes do país e, em resposta, abandonou sua antiga postura de deferência aos outros poderes de governo, passando a intervir de forma agressiva sobre esses processos decisórios fundamentais. A Sala IV tem promovido uma transformação do arranjo político costa-riquenho, exercendo assertivamente sua função de *horizontal accountability*,⁴¹⁴ impondo limites aos outros poderes de governo, especialmente ao Parlamento. Significa dizer: a Sala IV transformou o cenário político-institucional da Costa Rica por meio de um ativismo judicial dirigido a cumprir justamente as principais funções que o constitucionalismo liberal contemporâneo espera de cortes da espécie: a limitação do poder político e a garantia de direitos individuais.

Em 2003, a *Sala* tomou sua decisão mais conhecida em declarar inválida emenda constitucional ao art. 132 da Constituição (*Ley* nº 4349), que vigorava desde 1969 e proibia a reeleição presidencial.⁴¹⁵ Para a Corte, a emenda era inconstitucional porque violava o direito fundamental de todo cidadão a votar e a ser votado. Em uma perspectiva maximalista, ela declarou ainda que a Assembleia Legislativa não tem o poder de emendar a Constituição para restringir direitos fundamentais.⁴¹⁶ Essa decisão modificou significativamente o balanço do poder político na Costa Rica. A Corte ainda interferiu marcadamente nos assuntos da Assembleia Legislativa ao decidir que sua tradicional forma de compor *comissões legislativas*, que dava preferência aos partidos com mais de 15 deputados, era inconstitucional por discriminar os partidos menores, ordenando assim a modificação desse sistema.⁴¹⁷

⁴¹⁴ Cf. O'DONNELL, Guillermo. Horizontal Accountability in New Democracies. **Journal of Democracy** V. 9 (3), 1998, pp. 112/126; GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.) **Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies**. Op. cit.: a função de *horizontal accountability* significa “manter os detentores do poder responsáveis às regras do jogo democrático e assegurar a proteção dos direitos humanos como estabelecidos em constituições, convenções e leis.”

⁴¹⁵ *Sala Constitucional*, Res. nº 02771-2003.

⁴¹⁶ Conforme item IX do acórdão: “(...) a Assembleia Legislativa carece de competência para fazer uma reforma parcial que afete aos direitos fundamentais e às decisões políticas fundamentais (...). A reforma operada pela lei nº 4349 proibiu, de maneira total, a reeleição presidencial, afetando negativamente direitos políticos dos cidadãos e, em atuar assim, a Assembleia Legislativa, em exercício do Poder Constituinte de reforma parcial, excedeu aos limites de sua competência. A Assembleia Legislativa como poder reformador derivado (...): não pode reduzir, amputar, eliminar nem limitar direitos e garantias fundamentais, nem direitos políticos dos cidadãos, nem os aspectos essenciais da organização política e econômica do país. (...) é pertinente esclarecer que a reforma parcial ou total da Constituição Política não se refere à quantidade de normas reformadas, senão que aponta a um aspecto qualitativo (...) no sentido de (...) variação de aspectos essenciais da vida político-social e econômica da nação, ou restrição a direitos e garantias fundamentais (...). Se trata, então, de proteger e defender a Constituição como conjunto de normas básicas e fundamentais do ordenamento jurídico”.

⁴¹⁷ *Sala Constitucional*, Res. nº 14253-2004.

A Corte também manifesta muita disposição para interferir nos assuntos do Executivo. Em decisão também muito controversa, a Corte julgou inconstitucional a declaração oficial do então Presidente Abel Pacheco afirmando o apoio da Costa Rica à “guerra contra o terror”, conduzida por Bush *filho* nos Estados Unidos. Os juízes da Sala IV concluíram que esse apoio violava a Constituição e os Tratados Internacionais, principalmente o direito fundamental à paz,⁴¹⁸ e ordenou ao governo que demandasse os Estados Unidos para retirar a Costa Rica da lista de países que apoiavam as “medidas antiterror”.⁴¹⁹

Além dessa extraordinária interferência em assuntos de política internacional, a Corte têm ainda influenciado importantes políticas públicas nacionais do governo. Sob o mesmo fundamento do direito à paz, a Corte anulou decreto do Executivo que determinava a extração de minerais (urânio e tório) para fabricar armamentos.⁴²⁰ No campo da educação, a Corte anulou a redução do calendário escolar para o ano de 2003,⁴²¹ que havia sido justificada pelo governo como uma necessidade orçamentária. A Corte também julga questões de política econômica, tendo já anulado, entre outros, decretos que concediam exploração econômica particular de área de praia⁴²² e projetos de privatização.⁴²³

Todas essas decisões demonstram um ativismo judicial de altíssimo grau quando o assunto é a falta de deferência da Sala IV à capacidade legal ou epistêmica dos Poderes Executivo e Legislativo, o que se tornou possível apenas pelas transformações radicais da estrutura da jurisdição constitucional da Costa Rica. Com toda a nova arquitetura institucional promovida pela reforma do sistema de controle de constitucionalidade em 1989, a Corte Suprema da Costa Rica, por meio da Sala IV, tornou-se uma das cortes mais poderosas da América Latina, talvez do mundo, e protagonista da vida social e política de seu país.

O caso costa-riquenho ensina então que novos desenhos institucionais que promovam a ampliação do acesso às cortes constitucionais, o fortalecimento de suas competências e procedimentos menos rígidos para a declaração de inconstitucionalidade são prováveis de produzir a ascensão política dessas cortes. Mostra também que a evolução do ativismo judicial pode interferir nos arranjos políticos de um país a ponto de equilibrar a força política entre maiorias e minorias que disputam o poder.

⁴¹⁸ Sobre o direito à paz como direito de 5ª geração, cf. BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça** V. 3, Porto Alegre: HS Editora, 2008, pp. 82/93.

⁴¹⁹ *Sala Constitucional*, Res. nº 09992-2004.

⁴²⁰ *Sala Constitucional*, Res. nº 14193-2008.

⁴²¹ *Sala Constitucional*, Res. nº 11515-2002.

⁴²² *Sala Constitucional*, Res. nº 07378-2004.

⁴²³ *Sala Constitucional*, Res. nº 03220-2000.

2.6 Ativismo judicial no Canadá e os diálogos democráticos

Apesar das vantagens do ativismo judicial para a limitação do poder político e para a defesa dos direitos fundamentais, seu exercício é sempre acompanhado por preocupações com o monopólio pelas cortes da interpretação constitucional (*supremacia judicial*). Em tempos recentes, como meio de minimizar essas preocupações, tem ganhado força, tanto como uma afirmação descritiva como normativa, a ideia da interpretação constitucional como “um processo de elaboração compartilhada entre o judiciário e outros atores constitucionais”.⁴²⁴ Trata-se da proposta de *diálogos institucionais*, que tanto podem derivar dos desenhos institucionais (constituição, lei, etc.) como podem resultar da própria postura decisória da Corte. O Canadá é um bom exemplo da primeira hipótese; a África do Sul, um exemplo festejado da segunda.

O ativismo judicial tem um desenvolvimento muito interessante no Canadá, relacionado principalmente às destacadas transformações institucionais operadas pela *Canadian Charter of Rights and Freedom* (“*Charter*”) de 1982. Trata-se de uma Carta de *direitos entrincheirados*, dotada de “status constitucional” e de forte proteção judicial, que substituiu o modelo anterior, a *Canadian Bill of Rights* (CBOR) de 1960, que tinha apenas força de lei ordinária, modificável em qualquer tempo pelo Parlamento. Sob a vigência da Carta anterior, a Suprema Corte do Canadá pouco se ocupava de questões constitucionais e exerceu a *judicial review* em única oportunidade.⁴²⁵ Porém, com o novo modelo de *Charter*, “a agenda da Corte sofreu uma revisão radical”, passando a ostentar “um especial interesse em questões constitucionais e na interpretação de leis de ampla aplicabilidade”.⁴²⁶ Houve, portanto, uma radical mudança quantitativa e qualitativa da agenda da Suprema Corte.

Com a nova Carta, a Corte passou a exercer o controle de constitucionalidade com uma frequência impressionante. Como declarou Ran Hirschl, “de uma perspectiva quantitativa, o impacto da *Charter of Rights and Freedom* sobre o ativismo judicial no Canadá tem sido não menos do que revolucionário”.⁴²⁷ Sob a perspectiva qualitativa, a

⁴²⁴ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review* V. 71 (3), 2006, pp. 1109. No Brasil, sobre o tema, cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Op. cit.; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Op. cit.

⁴²⁵ *R. v. Drybones*, SCR 282 (1970).

⁴²⁶ SONGER, Donald R. *The Transformation of the Supreme Court of Canada. An Empirical Examination*. Toronto: University of Toronto Press, 2008, p. 239.

⁴²⁷ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Op. cit., p. 19.

revolução não foi menor. Desde o primeiro julgado sob a nova Carta,⁴²⁸ a Corte deixou claro que o formalismo interpretativo, o passivismo judicial e a ideia de supremacia parlamentar, de estilo britânico, eram coisas do passado e que ela assumiria efetivamente o papel de guardiã da *Charter* e de ponderação de escolhas políticas conflitantes. Trabalhando com a ideia da Carta como uma “árvore viva” e aplicando princípios constitucionais não escritos, a Corte afastou leis⁴²⁹ que restringiram o aborto;⁴³⁰ permitiram a discriminação por orientação sexual;⁴³¹ limitaram a condição de cônjuge a casais heterossexuais;⁴³² reduziram o acesso ao seguro-saúde;⁴³³ violaram direitos eleitorais de prisioneiros⁴³⁴ e impediu Quebec de, unilateralmente, declarar a separação do resto do Canadá.⁴³⁵

Por outro lado, o mesmo Ran Hirschl aponta que a “Canadian *Charter*” não pode ser considerada o único fator da expansão do ativismo judicial da Suprema Corte, embora talvez seja o mais importante. A disposição dos diferentes atores políticos em transferir para a Suprema Corte a autoridade decisória sobre questões fundamentais; as mudanças legislativas que ampliaram a discricionariedade da Corte na determinação de sua agenda; a estrutura da *judicial review* que mistura o controle difuso e concreto com o controle abstrato na Suprema Corte e a sua própria jurisprudência, que ampliou o campo de legitimados e de terceiros intervenientes que lhe podem deduzir pretensões, são outros fatores importantes que, em conjunto, têm conduzido a um ativismo judicial, segundo Hirschl, em nível de igualdade e, em alguns aspectos, até superior ao experimentado pelos Estados Unidos na era pós-*Brown*.⁴³⁶

Contudo, todo esse ativismo judicial tem provocado críticas vindas de diferentes quadrantes ideológicos e orientações políticas, irritando tanto os conservadores da direita quanto os progressistas da esquerda.⁴³⁷ A Suprema Corte tem sido frequentemente acusada de exceder em seus poderes e funções. Segundo Alex Cameron, os críticos do ativismo judicial dizem que os “juízes estão ditando política” e que isso é “profunda e fundamentalmente

⁴²⁸ *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, (1984) 1 SCR 357.

⁴²⁹ Cf. ROACH, Kent. **Judicial Activism in the Supreme Court of Canada**. In: DICKSON, Brice (ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. Op. cit., pp. 69/119.

⁴³⁰ *R v. Morgentaler*, (1998) 1 SCR 30.

⁴³¹ *Vriend v. Alberta*, (1998) 1 SCR 493

⁴³² *M v. H* (1999) 2 SCR 3.

⁴³³ *Chaoulli v. Quebec* (2005) 1 SCR 791.

⁴³⁴ *Reference re Provincial Electoral Boundaries*, (1991) 2 SCR 158.

⁴³⁵ *Reference re Secession of Quebec*, (1998) s SCR 217.

⁴³⁶ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Op. cit., pp. 20/21.

⁴³⁷ Cf. CAMERON, Alex M. **Power Without Law. The Supreme Court of Canada, the Marshall Decisions, and the Failure of Judicial Activism**. Montreal: McGill-Queen's, 2009; LEISHMAN, Rory. **Against Judicial Activism. The Decline of Freedom and Democracy in Canada**. Montreal: McGill-Queen's, 2009.

antidemocrático”. A Suprema Corte estaria contradizendo “o entendimento legislativo original” da *Charter* e utilizando “a retórica do direito e dos direitos para abusar da autoridade sobre áreas significantes de políticas públicas”.⁴³⁸

Alguns autores, todavia, têm acusado o exagero dessas críticas e defendido teses que procuram minimizá-las. Para esses autores, os canadenses, diferentes dos norte-americanos, não devem temer o ativismo judicial ou a supremacia judicial haja vista a estrutura da *Charter* permitir que mesmo as decisões mais ativistas sejam revistas em meio a um diálogo democrático entre cortes e poderes políticos – mecanismos institucionais da *Charter* fazem com que a Suprema Corte não tenha a palavra final sobre a constitucionalidade das leis, sendo suas decisões, na realidade, uma etapa importante, mas não a única nem mesmo a definitiva, de um processo de interpretação constitucional e infraconstitucional que envolve também reações e respostas pelos poderes Executivo e Legislativo e pela própria sociedade.⁴³⁹

Em trabalho pioneiro, Peter Hogg e Allison Bushell defenderam que “a ‘judicial review’ é parte de um ‘diálogo’ entre os juízes e os legisladores”, que se desenvolve quando uma decisão judicial recebe uma revisão ou modificação legislativa e que tem, como efeito normativo, reduzir os questionamentos de ilegitimidade democrática da atuação judicial. Ainda que não desaparecessem as constrições sobre o processo democrático, esse diálogo institucional promoveria “decisões democráticas”. Segundo esses autores, “as decisões da Corte quase sempre deixam espaço para uma resposta legislativa”, de modo que seria “um erro ver a *Charter* como tendo dado a juízes não eleitos um veto sobre a vontade democrática dos corpos legislativos competentes.”⁴⁴⁰ Os autores apontaram quatro características estruturais da *Charter* que facilitam o diálogo, mas apenas duas dessas interessam mais de perto para este estudo: sua *section* 33, que permite a supressão legislativa da decisão; sua *section* 1, que faz referência à possibilidade de imposição de limites apenas razoáveis aos direitos garantidos pela *Charter*.

⁴³⁸ CAMERON, Alex M. **Power Without Law. The Supreme Court of Canada, the *Marshall* Decisions, and the Failure of Judicial Activism.** Op. cit., p. 27.

⁴³⁹ HOGG, Peter H.; BUSHELL, Allison A. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*. **Osgoode Hall Law Journal** V. 35 (1), 1997, p. 81: “A *Charter* atua como um catalisador para uma troca bilateral entre judiciário e legislador sobre o tema dos direitos humanos e liberdades, mas raramente levanta uma barreira absoluta aos desejos das instituições democráticas”; ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue.** Op. cit., p. 175: “Os perigos da supremacia judicial têm sido excessivamente exagerados pelos críticos do ativismo judicial. Em quase todos os casos em que a Corte anula uma ação do estado, sua decisão não precisa ser e, frequentemente, não tem sido a palavra final.”

⁴⁴⁰ HOGG, Peter H.; BUSHELL, Allison A. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*. **Osgoode Hall Law Journal** V. 35 (1), 1997, pp. 79/80, 105.

O artigo 33 da *Charter* estabelece a possibilidade do uso pelo legislador, federal ou das províncias, da chamada *notwithstanding clause* (“cláusula não obstante”). O Parlamento pode inserir essa cláusula em uma lei e, com isso, obter o efeito de impedir que a Suprema Corte declare essa lei inconstitucional *não obstante* ter concluído efetivamente pela violação aos direitos fundamentais dos arts. 2º e 7º ao 15 da *Charter*. Esse dispositivo também permite ao legislador republicar lei original declarada inconstitucional, afastando, dessa feita, a mácula de inconstitucionalidade (*legislative override*) e neutralizando a interferência da Suprema Corte. Trata-se, como disseram os autores, do “meio mais óbvio e direto de superação de uma decisão judicial que anule uma lei por violação aos direitos da *Charter*”.⁴⁴¹ A vigência dessa cláusula é limitada ao prazo, renovável, de cinco anos.⁴⁴²

Todavia, o uso da *notwithstanding clause* tem sido escasso.⁴⁴³ Na prática, ela “tem se tornado desimportante por causa do desenvolvimento de um clima político de resistência a seu uso”.⁴⁴⁴ Seus custos políticos são altos tendo em vista a impopularidade desse tipo de enfrentamento. Entre as dez províncias e três territórios do Canadá, apenas Alberta,⁴⁴⁵ Saskatchewan⁴⁴⁶ e Yukon⁴⁴⁷ utilizaram a cláusula ao menos em uma oportunidade, enquanto somente Quebec fez uso mais frequente do mecanismo.

Como forma de protesto à própria promulgação da *Charter*, o governo separatista de Quebec introduziu a *notwithstanding clause* em todas as suas leis. A Suprema Corte deferiu ao legislador da província e declinou em revisar a constitucionalidade dessas leis. Destaque para a resposta legislativa à paradigmática decisão que considerou inconstitucional lei de

⁴⁴¹ HOGG, Peter H.; BUSHELL, Allison A. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*. **Osgoode Hall Law Journal** V. 35 (1), 1997, p. 83.

⁴⁴² Para Kent Roach, **The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Op. cit., p. 60, a exigência de renovação da cláusula em cinco anos faz com que nenhum dos poderes tenha realmente a palavra final. Uma vez que não seja renovada a vigência da cláusula, poderá voltar a vigorar a interpretação da Suprema Corte sobre a inconstitucionalidade da restrição a direitos, caso essa não tenha sido revogada.

⁴⁴³ Ran Hirschl, **Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**, Op. cit., p. 18, diante desse fraco uso da cláusula, defende que ela tem sido incapaz de “impedir a judicialização da política sem precedentes no Canadá durante as últimas duas décadas”.

⁴⁴⁴ HOGG, Peter H.; BUSHELL, Allison A. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*. **Osgoode Hall Law Journal** V. 35 (1), 1997, p. 83.

⁴⁴⁵ Em março de 2000, o legislador de Alberta modificou sua legislação sobre o casamento (*Marriage Act*) para proibir, expressamente, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, incluindo a *notwithstanding clause* para proteger a previsão. Contudo, a Suprema Corte declarou inconstitucional a regra por julgar que a definição de casamento é de competência exclusiva do Parlamento Canadense; cf. *Reference re Same Sex Marriage*, (2004) 2 SCR 698.

⁴⁴⁶ Em 1988, o legislador de Saskatchewan promulgou lei determinando que grevistas voltem ao trabalho, tendo sido preventivamente incluída a cláusula. Mais tarde, a Corte julgaria constitucional a lei e desnecessário o uso da cláusula.

⁴⁴⁷ Em 1982, o legislador de Yukon foi o primeiro a utilizar a cláusula, na *Land Planning and Development Act*. Como a lei não chegou a ser aplicada, esse não é um exemplo explorado.

Quebec que havia proibido o uso de outra língua além do Francês em letreiros comerciais.⁴⁴⁸ Porém, tendo expirado, em 1993, o prazo de cinco anos da cláusula, essa não foi renovada e o legislador promulgou uma nova lei, menos restritiva, permitindo o uso de outras línguas em qualquer hipótese, desde que o Francês também fosse utilizado e de forma predominante.

Portanto, embora poderosa, a *notwithstanding clause* tem sido um mecanismo de pouca repercussão prática para o tema dos diálogos institucionais. Na verdade, “é a *section 1*, e não a 33, o autêntico mecanismo de diálogo sob a *Charter*”.⁴⁴⁹ Como explicou Kent Roach, é um erro comum acusar a “morte” dos diálogos institucionais em razão da “relutância de os legisladores utilizarem a *section 33*”. Para ele, o foco deve ser outro – a “*section 1* é o veículo para as conversações e intercâmbios que regularmente ocorrem entre cortes e legisladores no Canadá”.⁴⁵⁰ A *Charter*, em sua *section 1*, prescreve que os direitos e liberdades estão sujeitos apenas a limites que possam ser justificados democraticamente como restrições razoáveis. Dessa forma, legislador e Suprema Corte podem entrar em um diálogo sobre quais medidas razoáveis as leis podem adotar para restringir legitimamente esses direitos.⁴⁵¹

Em *R v. Oakes*,⁴⁵² a Suprema Corte definiu os parâmetros que o legislador deve observar para restringir, de forma razoável, direitos e liberdades: (1) a lei restritiva deve perseguir um objetivo importante; (2) a restrição deve ser racionalmente conectada com esse objetivo; (3) a lei deve restringir o direito não mais que o necessário para alcançar o objetivo; (4) a restrição não deve ter um efeito desproporcionalmente severo para seus destinatários. Trata-se do teste da proporcionalidade. Uma vez que a lei, a juízo da Suprema Corte, persiga um objetivo relevante sem que, para tanto, restrinja o direito mais que o necessário e de forma desproporcional, então ela deverá ser declarada constitucional.

Na hipótese de uma lei não satisfazer esses parâmetros da *section 1*, a Corte declarará a lei inconstitucional e poderá dar início ao processo de diálogo. Segundo Hogg e Bushell, em declarar a inconstitucionalidade da lei com base nos parâmetros de razoabilidade, a Suprema

⁴⁴⁸ *Ford v. Quebec* (1998) 2 SCR 712. Depois da decisão, o legislador de Quebec publicou nova lei com a cláusula, repetindo a proibição do uso de outra língua além do Francês em propagandas *outdoors*, porém, permitiu propagandas bilíngues *indoors*.

⁴⁴⁹ ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Op. cit., p. 156; cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Op. cit., p. 243.

⁴⁵⁰ ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Op. cit., p. 176.

⁴⁵¹ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University, 2008, p. 33: “A resposta da *Section 1* não envolve um diálogo entre cortes e legisladores sobre o *significado* das provisões da *Charter*, mas particularmente, e apenas, sobre como um significado consensual [da *Charter*] aplica-se a uma lei específica.”

⁴⁵² (1986) 1 SCR 103, 138-139.

Corte “explicará porque o *standard* da *section 1* não foi satisfeito” e, assim, indicará “a alternativa legal menos restritiva que *teria satisfeito* a *section 1*.” O legislador poderá então, utilizando a formulação da Corte, realizar uma “segunda tentativa”. Na prática, o diálogo pela *section 1* pode se realizar com: (1) a declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte e a indicação das condições de restrição razoável que não foram justificadas; (2) a instituição de nova disciplina legal pelo legislador, visando, substancialmente, alcançar os mesmos propósitos da lei declarada inválida, mas levando em conta a análise pela Corte sobre os “meios menos restritivos” que satisfariam os parâmetros da *section 1* da *Charter*. É possível, ainda, um terceiro *round*, (3) com a Corte revisando a constitucionalidade da resposta legislativa, sendo deferente ao legislador ou recusando novamente a lei.⁴⁵³

Com o diálogo operando dessa forma, o processo democrático é influenciado pela Suprema Corte, mas não é por ela anulado.⁴⁵⁴ Assim, a ideia principal dos autores, por trás da defesa dessa prática, é a afirmação que o diálogo entre a Suprema Corte e o Legislativo, marcado pelas respostas legislativas às decisões da Corte, caracteriza, sob o ponto de vista descritivo, que o Canadá possui uma forma mais fraca de *judicial review* em relação aos Estados Unidos⁴⁵⁵ e, sob o ponto de vista normativo, que isso deve minimizar o discurso de ilegitimidade democrática do ativismo judicial em torno da *Charter*.⁴⁵⁶ Em um primeiro momento, podemos ter decisões ativistas; mas em um segundo, respostas legislativas a essas decisões, de forma que o processo legislativo resulte de uma dinâmica institucional bilateral – dialógica – e não unilateral.

O caso da Suprema Corte canadense é paradigmático dos efeitos que o estabelecimento de uma *Carta de direitos entrincheirados* pode promover para a evolução do ativismo judicial; ele também apresenta a *virtude democrática* de desenhos institucionais que disponibilizem meios formais para os poderes políticos responderem às decisões judiciais, aprovando leis ou emendas constitucionais que possam revisar as soluções das cortes, minimizando, dessa forma, possíveis efeitos indesejáveis das decisões da Suprema Corte.

⁴⁵³ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law.** Op. cit., p. 46.

⁴⁵⁴ HOGG, Peter H.; BUSHELL, Allison A. The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures. **Osgoode Hall Law Journal** V. 35 (1), 1997, pp. 84/87. Os autores relacionam alguns casos interessantes de diálogos ocorridos sob a *section 1* da *Charter*.

⁴⁵⁵ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law.** Op. cit., pp. 31/33: “A Carta Canadense de Direitos, adotada em 1982, prevê outra versão de controle de constitucionalidade fraco, particularmente rotulado de ‘dialógico’(...)”.

⁴⁵⁶ ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue.** Op. cit., pp. 175/176.

2.7 O ativismo judicial *responsável* da Corte Constitucional da África do Sul

No continente africano, a Corte Constitucional da África do Sul é a que possui principal destaque. Ela é peça fundamental no processo de *constitucionalismo transformativo* que emergiu no país na última década do século XX – “uma empreitada de mudança social de larga-escala por meio de processos políticos não-violentos fundados no direito”.⁴⁵⁷ A Corte tem atuado no papel de legitimadora desse projeto de transformação social pós-Apartheid, dirigindo seus esforços para superar para sempre as graves injustiças e violações de direitos que caracterizaram o regime político-social anterior.⁴⁵⁸ Para tanto, superando métodos jurisprudenciais conservadores enraizados na cultura jurídica sul-africana, a Corte tem interpretado criativa e progressivamente as normas fundamentais da Constituição de 1996 (CRSA) de modo a promover a realização de seus propósitos transformativos de justiça social.

A Corte Constitucional teve uma participação extraordinária na própria formação da Constituição de 1996. Como se sabe, o processo constituinte sul-africano foi realizado em dois estágios de negociação – primeiro, os partidos políticos instituíram a Constituição Provisória em 1994 (CP), que estabeleceu princípios fundamentais (*schedule* nº 4, I a XXIV) para nortear o consenso sobre a futura constituição definitiva e a Corte Constitucional para garantir a obediência a esses princípios quando da formulação dessa constituição; segundo, depois de um longo processo de negociação, foi promulgada a Constituição definitiva em 1996. Porém, esse texto definitivo, antes de ter plena eficácia, teve que ser *certificado* pela Corte Constitucional sobre o atendimento aos princípios básicos da Constituição Provisória. Significa dizer: de modo único, a Constituição sul-africana de 1996, ante de entrar em vigor, se submeteu a um teste de validade material levado a efeito pela Corte Constitucional.

Nesse *processo de certificação* da Constituição, a Corte julgou de forma unânime que alguns dispositivos constitucionais não satisfizeram as exigências dos princípios fundamentais da Constituição Provisória de 1994 e, dessa forma, decidiu que o texto constitucional não poderia ser certificado.⁴⁵⁹ A Assembleia Constitucional, em nova votação, corrigiu o texto

⁴⁵⁷ KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. **South African Journal on Human Rights** V. 14 (1), 1998, p. 150: para o autor, *constitucionalismo transformativo* é um “projeto de promulgação, interpretação e execução constitucional de longo-prazo comprometido (não isoladamente, claro, mas em um contexto histórico de desenvolvimentos políticos propícios) em transformar as instituições políticas e sociais de um país e as relações de poder em uma direção democrática, participativa e igualitária.”

⁴⁵⁸ ROUX, Theunis. Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (ed.). **Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies**. Op. cit., p. 93.

⁴⁵⁹ *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the South Africa*, 1996 (4) SA 744 (CC).

para atender aos argumentos da Corte e submeteu-o para *nova certificação*. No segundo julgamento, a Corte aprovou por unanimidade a Constituição, que finalmente vigorou a partir de 04/02/1997. A possibilidade do exercício desse espetacular poder político pela Corte Constitucional havia resultado de um acordo entre os partidos políticos como condição para se avançar a própria transição democrática.⁴⁶⁰ Seu exercício concreto, no entanto, acabou tornando a Corte elemento essencial da nova paisagem política sul-africana, titular do poder exclusivo de dizer o que a Constituição significa em face da vontade política ordinária.⁴⁶¹ Ainda que *chamada* a fazê-lo, o exercício concreto de *certificação da Constituição* foi uma “extraordinária afirmação do poder de *judicial review*” pela Corte,⁴⁶² que repercutiu sua posição de protagonismo institucional para o futuro da nova vida democrática sul-africana.

Desde a vigência da Constituição Provisória, a Corte Constitucional já vinha afirmando seu papel especial em defender a Constituição e os direitos humanos na África do Sul pós-Apartheid. O melhor exemplo foi sua decisão sobre a pena de morte, sua primeira questão relevante de direitos civis. A pena de morte tinha sido largamente utilizada pelo regime Apartheid, notadamente contra pobres e negros, de forma que a declaração de sua ilegitimidade seria paradigmática das transformações sociopolíticas que o país experimentava. Em *Makwanyane*,⁴⁶³ diante do silêncio legislativo e constitucional sobre o tema, a Corte definiu que era de sua inteira atribuição julgar a controvérsia e decidiu, de forma unânime, apoiada principalmente na dignidade da pessoa humana, “que a pena de morte não fazia parte do sistema normativo democrático da África do Sul”.⁴⁶⁴

A decisão foi assertiva por resolver uma questão social dramática. Ela foi também corajosa por ter sido tomada em direção oposta à opinião da maioria da sociedade. Com essa postura, a Corte não deixou dúvida de que estava disposta a ser uma força distinta em busca de justiça social. Entretanto, os juízes constitucionais têm sido conscientes não apenas desse potencial de transformação social, mas também da responsabilidade institucional em expressar essa força. Eles sabem que essa responsabilidade impõe o *sentido de deferência*

⁴⁶⁰ Tom Ginsburg, **Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases**, Op. cit., p. 56, conta que a “presença da *judicial review* no cardápio do desenho constitucional resolveu um impasse na negociação da transição [democrática] na África do Sul.”

⁴⁶¹ SCHEPPELE, Kim Lane. Declarations of Independence. Judicial Reactions to Political Pressure. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Ed.). **Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach**. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002, p. 252.

⁴⁶² KLUG, Heinz. South Africa: From Constitutional Promise to Social Transformations. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.) **Interpreting Constitutions. A Comparative Study**. Op. cit., p. 299.

⁴⁶³ *S v. Makwanyane and Another*, 1995 (3) SA 391.

⁴⁶⁴ CORDER, Hugh. Judicial Activism of a Special Type: South Africa’s Top Courts Since 1994. In: DICKSON, Brice (Ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. Op. cit., p. 332.

adequada devida aos outros poderes em diferentes situações.⁴⁶⁵ Ao lado de ser ativista, a Corte Constitucional sul-africana tem também procurado cumprir um papel *equilibrado* na afirmação de direitos em questões socialmente muito controvertidas e na alocação de recursos e benefícios públicos em torno dos direitos socioeconômicos, buscando estabelecer *diálogos* com os outros poderes em torno da melhor forma de realizar as esperanças e pretensões transformativas da nova ordem constitucional e democrática.

Diferente do caso canadense, em que o diálogo institucional tem seu *motor de impulsão* na estrutura da Constituição e em seus mecanismos institucionais de reversão ou modificação legislativa das decisões judiciais, o caso sul-africano revela hipótese em que a Corte Constitucional, por meio de modernas técnicas de decisão como as sentenças aditivas de princípio e a modulação temporal da eficácia de suas decisões, “impõe” ao Legislativo o dever de legislar, seja para suprir lacunas inconstitucionais que são identificadas pela Corte, seja para aprimorar a legislação cujos defeitos são declarados contrários à Constituição. A Corte não resolve essas falhas de antemão, mas indica o caminho e dá um tempo razoável para que o legislador o faça. Agindo assim, a Corte Constitucional, de modo proposital e responsável, funciona como um “catalisador deliberativo”, promovendo a interação e o diálogo institucional e maximizando a qualidade democrática em “produzir boas decisões”.⁴⁶⁶

No campo das liberdades fundamentais e dos direitos de igualdade, o melhor exemplo dessa postura dialógica da Corte Constitucional foi sua decisão sobre o *casamento gay*. No polêmico caso, a Corte julgou inconstitucional a legislação ordinária no ponto em que não conferia às uniões homoafetivas os mesmos benefícios, responsabilidades e *status* do casamento civil entre heterossexuais. Para a Corte, esse tratamento diferenciado violava o princípio constitucional da igualdade, que veda discriminações, dentre outros, por motivo de orientação sexual (s. 9[3]), o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como não atribuiu o devido valor à diversidade e ao pluralismo na sociedade sul-africana.⁴⁶⁷

Por outro lado, a Corte Constitucional, considerando a sensibilidade da controvérsia, a divisão na sociedade sobre sua solução e a capacidade do legislador em assegurar esses direitos aos homossexuais, decidiu suspender por um ano os efeitos da decisão para dar esse

⁴⁶⁵ CORDER, Hugh. Judicial Policy in a Transforming Constitution. In: MORISON, John; McEVOY, Kieran; ANTHONY, Gordon. (Ed.). **Judges, Transition and Human Rights**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 104.

⁴⁶⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Op. cit., p. 212.

⁴⁶⁷ *Minister of Home Affairs v. Fourie (Doctors for Life International and Others, amici curiae); Lesbian and Gay Equality Project v. Minister of Home Affairs*, 2006 (1) SA 524.

prazo ao Parlamento para regular com detalhes os direitos por ela assegurados. Ainda segundo a Corte, caso o Parlamento, nesse prazo, quedasse inerte, “justiça e equidade” exigiriam que a legislação ordinária passasse a ser interpretada de forma a garantir o casamento civil entre homossexuais. Por meio de típica *sentença aditiva de princípios*, a Corte permitiu dialogicamente ao Parlamento dar a última palavra sobre o tema. Claro, desde que dentro dos parâmetros principiológicos definidos. Dentro do prazo, o Parlamento cumpriu a decisão.

Essa postura dialógica tem sido observada também em matéria de direitos socioeconômicos. A paradigmática decisão *Grootboom*⁴⁶⁸ é o ponto de partida e melhor exemplo. No emblemático caso, um grupo de pessoas muito pobres, sofrendo condições terríveis de sobrevivência, buscara obrigar judicialmente o governo federal a provê-los com chances dignas de moradia. A Corte Constitucional reconheceu explicitamente a justiciabilidade dos direitos socioeconômicos, no caso concreto o direito à moradia previsto na s. 26 da *CRSA*, e o dever de o governo prover as condições necessárias para o exercício desses direitos. Porém, ela também ponderou que esses direitos deveriam ser progressivamente realizados pelo governo no âmbito de políticas públicas, por meio de “medidas razoáveis” e dentro dos “recursos orçamentários disponíveis”. Sem que tenha exigido ações concretas e imediatas, a Corte Constitucional interferiu, em alguma medida, nas prioridades do governo, entrando assim em um diálogo em torno de políticas públicas.⁴⁶⁹

Não se pode descartar a faceta estratégica no *ativismo dialógico* de *Grootboom*. A afirmação pela Corte de seu poder de intervir sobre as políticas públicas em torno dos direitos sociais, mas sem exigir medidas imediatas do governo, pode muito bem ter sido uma decisão consciente de que uma ordem de implementação concreta e urgente do direito à moradia poderia ser inócua, haja vista a provável recusa do Poder Executivo em cumprí-la. Situação dessa espécie seria um fato muito negativo para a legitimidade da Corte Constitucional, que veria sua decisão ser descumprida por razões que poderiam sugerir sua inabilidade em discernir os limites orçamentários do governo ou mesmo sua falta de compromisso para com a separação de poderes. De qualquer forma, essa decisão abriu espaço para futuras medidas mais assertivas em torno dos direitos sociais quando ausentes esses riscos.

⁴⁶⁸ *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*, 2001(1) SA 46 (SC).

⁴⁶⁹ Mark Tushnet, **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Op. cit., p. 244, defende que em *Grootboom* os direitos sociais foram tratados como “fracos” (*weak rights*), o que foi “consistente com a linguagem da Constituição [sul-africana], e particularmente com a sua exigência de razoabilidade”. Nesse mesmo sentido, cf. HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Op. cit., pp. 130/131.

Posteriormente, a Corte foi mais ativista no *TAC case*.⁴⁷⁰ A Corte Constitucional julgou inconstitucional medida do governo que restringia a disponibilidade do medicamento *Nevirapine*, adequado para prevenir a transmissão de HIV entre as mães e seus bebês, considerando-a uma violação ao direito de acesso aos serviços de saúde previsto na s. 27 (1, a) da *CRSA*. A Corte determinou o redirecionamento da política pública de distribuição desse medicamento, ampliando seu fornecimento nos hospitais públicos. Por sua vez, em *Khosa*,⁴⁷¹ a Corte deu mais um passo largo na direção da garantia judicial ativista dos direitos sociais e econômicos, julgando inconstitucional política pública restritiva de acesso de não-cidadãos à garantia constitucional de assistência social estabelecida na s. 27 (1, c) da *CRSA*.

Essa evolução ativista “consciente” tem sido motivo de muitos elogios à Corte Constitucional por atuar em um balanço entre a abordagem afirmativa dos direitos socioeconômicos e o diálogo com o governo quando circunstâncias empíricas e elementos institucionais particulares assim o exigiam.⁴⁷² A Corte tem sido ativista em favor do projeto de transformação social da Constituição pós-Apartheid, no rompimento com o passado de transgressões à dignidade da pessoa humana e no avanço dos ideais do constitucionalismo democrático, mas tudo isso sem ser irresponsável ou unilateralista. Ela tem dado especial atenção à proteção da dignidade de todo ser humano e tem reconhecido que a realização dos direitos socioeconômicos é uma parte importante dessa proteção, porém, ao mesmo tempo, tem balanceado esses valores com a atribuição legal dos outros poderes em uma democracia e com as limitações de sua própria capacidade institucional.⁴⁷³

A prática da Corte Constitucional sul-africana ensina que uma corte pode ser ativista e ainda assim interagir com os outros poderes políticos sobre temas moral e politicamente relevantes e divisivos, ou que exigem escolhas alocativas de recursos – a Corte procura garantir os direitos fundamentais e sociais por meio de um equilíbrio entre *endossar* e *redirecionar* as políticas públicas *transformativas* do governo, entrando em um diálogo com as outras instituições como forma de assegurar a melhor e mais legítima forma de realização dos valores constitucionais.

⁴⁷⁰ *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, 2002 (5) SALR 721 (CC).

⁴⁷¹ *Khosa v. Minister of Social Development*, 2004 (6) SA 505 (CC).

⁴⁷² CORDER, Hugh. Judicial Activism of a Special Type: South Africa’s Top Courts Since 1994. In: DICKSON, Brice (ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. Op. cit., p. 361.

⁴⁷³ Cass Sunstein, **Designing Democracy. What Constitutions Do**, New York: Oxford University Press, 2001, pp. 226/237, é muito elogioso à *Grootboom*, afirmando que ela foi adequada ao “relacionamento entre direitos socioeconômicos, direito constitucional, e deliberação democrática”, ao mostrar que é possível “prover proteção [a esses direitos] de um modo respeitoso das prerrogativas democráticas e ao fato elementar de haver orçamentos limitados”, e também sem “colocar um indevido peso sobre as capacidades judiciais”.

2.8 Elementos descritivos de implicações normativas

O objeto dos dois primeiros capítulos foi o exame do ativismo judicial em realidades político-constitucionais de elevado destaque – no primeiro capítulo, Estados Unidos; neste segundo, Alemanha, Itália, Colômbia, Costa Rica, Canadá e África do Sul. O trabalho primário foi de descrever o ativismo judicial nesses contextos particulares. No entanto, isso não significa que a empreitada teve, até aqui, virtudes apenas descritivas. Na realidade, os elementos descritivos alcançados pela observação dessas experiências relevantes têm, sem exceção, implicações normativas para a abordagem teórica do ativismo judicial.

As práticas decisórias ativistas, até aqui examinadas, têm consequências normativas à medida que oferecem a base cognitiva desta dissertação sobre como deve ser definido o ativismo judicial; sobre como explicar o avanço do ativismo judicial; sobre como devem ser mais bem identificadas e categorizadas as decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal. No capítulo seguinte, a partir desses elementos descritivos, será desenvolvida uma proposta teórica sobre o ativismo judicial com o propósito principal de fixar o critério mais adequado de definição e identificação das decisões ativistas. Esse critério será o da definição multidimensional do ativismo judicial.

3 A DEFINIÇÃO MULTIDIMENSIONAL DO ATIVISMO JUDICIAL

3.1 O problema da indefinição conceitual

As abordagens feitas nos dois capítulos anteriores revelaram o quanto é rico e complexo o tema do ativismo judicial. Em todas as realidades políticas examinadas se faz presente, com formas de manifestação e fatores diferentes, alguma medida mais ou menos intensa de ativismo judicial, de modo que todas elas, sem exceção, produziram lições úteis para a construção de um esquema de explicação e identificação do ativismo judicial no Brasil, particularmente no Supremo Tribunal Federal. Contudo, para essa importante empreitada, é necessária antes uma teorização sobre a própria definição do que seja o ativismo judicial e isso significa superar seu *problema de indefinição conceitual*, cada vez mais agravado pelo uso indiscriminado e, muitas vezes, pejorativo do termo.

Dentro de seu amplo universo de debate, a opinião sobre a virtude normativa do ativismo judicial não é homogênea. Na verdade, o ativismo judicial, como visto nos capítulos anteriores, é mais criticado do que elogiado. Para a maioria dos que se debruçam sobre o tema, os juízes ativistas são sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes, de modo que o termo acaba servindo como um “substituto para excesso judicial”.⁴⁷⁴ Para outros, porém, os juízes e as cortes devem agir de um modo mais assertivo em nome dos direitos da liberdade e igualdade e diante da inércia ou do abuso de poder por parte de outros atores políticos e instituições. O discurso é então variável, embora realmente predomine aquele “carregado de uma conotação muito negativa”.⁴⁷⁵ Cass Sunstein diz que é mais frequente o uso normativo do ativismo judicial como um “insulto”.⁴⁷⁶ Decisão ativista seria, na opinião majoritária, sinônimo de decisão arbitrária; juízes ativistas, os “caras maus”.

Exemplo destacado desse uso depreciativo e irremediavelmente inútil do termo é aquele que faz do ativismo judicial um código para afirmar a mera discordância dos resultados dos julgamentos. Esse tom crítico, puramente pejorativo, tem se mostrado um forte obstáculo à definição coerente do termo e levado muitos autores a propor sua substituição ou mesmo seu abandono. Como disse Kermit Roosevelt III, “na prática, ‘ativista’ revela-se ser

⁴⁷⁴ WHEELER, Fiona; WILLIAMS, John. ‘Restrained Activism’ in the High Court of Australia. In: DICKSON, Brice (ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. Op. cit., p. 19.

⁴⁷⁵ LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. **Minnesota Law Review** V. 91 (6), 2007, p. 1.752.

⁴⁷⁶ SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes**. Op. cit., p. 42.

pouco mais do que uma forma abreviada, carregada de retórica, para decisões com as quais o crítico discorda” e, por isso, ele sugeriu a substituição do termo por “legitimidade”.⁴⁷⁷ Frank Easterbrook afirma que esse tipo de uso do termo o torna apenas “uma máscara para uma posição substantiva” o que acaba por equipará-lo a “decisões erradas” e, assim, ele mesmo se disse feliz em pedir “a abolição da expressão”.⁴⁷⁸

Ernest Young lamenta esse uso pejorativo, que, para ele, torna o “ativismo judicial” um “termo facilmente manipulável”,⁴⁷⁹ na verdade, vazio de conteúdo. Muito do debate entre conservadores e liberais norte-americanos em torno das decisões da Suprema Corte (Capítulo I, item 4, *supra*), em que ambos os lados da disputa se acusam de favorecer o ativismo judicial, é um exemplo claro desse uso deficiente do termo, haja vista que envolve somente as discordâncias ideológicas, inclusive partidárias, sobre as decisões; discordâncias sobre os resultados substantivos das decisões, e não propriamente sobre o papel institucional da Corte.

Conquanto muitas das críticas ao ativismo judicial mereçam ser levadas a sério, a verdade é que a maior parte é elaborada sem uma definição prévia do termo. Como advertiu William Wayne Justice, “todo esse ataque verbal na maior parte das vezes se faz na ausência de uma identificação adequada de seu próprio alvo”.⁴⁸⁰ O ativismo judicial é criticado, mas raramente são fixados critérios adequados para sua identificação e avaliação. Não há realmente consenso sobre o que é ativismo judicial e ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas. É possível haver tantas concepções de ativismo judicial quantos autores sobre o tema. Diante dessa falta de rigor em sua definição, parece até que “quanto mais o termo se torna comum, mais obscuro fica seu significado”.⁴⁸¹ Por outro lado, o ativismo judicial tem reais e importantes implicações políticas e sociais, de modo que precisa ser conhecido abstratamente e identificado concretamente. O fim dessa indeterminação conceitual representa então uma necessidade teórica e prática e uma etapa imprescindível para o cumprimento da tarefa central desta dissertação – categorizar o ativismo judicial do Supremo.

⁴⁷⁷ ROOSEVELT III, Kermit. **The Myth of Judicial Activism: making sense of Supreme Court decisions**. New Haven: Yale University Press, p. 3 et seq. Também para evitar maiores problemas terminológicos, Lawrence Baum, *The Supreme Court in American Politics*, **Annual Review of Political Science** V. 6, 2003, p. 162, propôs o uso do termo “intervenção judicial” ao invés de “ativismo judicial”.

⁴⁷⁸ EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism? **Colorado Law Review** V. 73 (4), 2002, pp. 1.403.

⁴⁷⁹ YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **Colorado Law Review** V. 73 (4), 2002, p. 1.141.

⁴⁸⁰ JUSTICE, William Wayne. The two faces of judicial activism. In: O'BRIEN, David M. (Ed.) **Judges on Judging. Views from the Bench**. Op. cit., p. 259.

⁴⁸¹ KMEIC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review** V. 92 (5), 2004, p. 1.443.

Apostando na utilidade do termo ativismo judicial,⁴⁸² este capítulo ocupa-se então de contornar seu déficit conceitual. O objetivo final é formular uma definição que possa criar as condições iniciais necessárias para a identificação das decisões ativistas do Supremo e a escolha definitiva será pela abordagem multidimensional do ativismo judicial. Para tanto, primeiro serão sistematizadas as principais lições que os debates dos capítulos anteriores ofereceram para a compreensão dessa postura adjudicatória e, assim, também para sua definição abrangente. Na sequência, será apresentada a proposta conceitual multidimensional do ativismo judicial – núcleo teórico desta dissertação e premissa conceitual da identificação do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.

3.2 Lições sobre o ativismo judicial

Os diferentes momentos de ativismo judicial, examinados nos capítulos anteriores, ofertaram lições de grande importância para o desenvolvimento do tema em geral. São essas lições que produziram as diretrizes e premissas que são utilizadas aqui para formular uma definição abrangente do termo, indispensável para a tarefa de identificar as decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal.

3.2.1 O núcleo comportamental do ativismo judicial

A primeira e fundamental lição diz com a verificação do que Ernest Young chamou de “linha comum”⁴⁸³ de comportamento que caracteriza as diferentes decisões ativistas: o aumento da relevância da posição político-institucional de juízes e cortes sobre os outros

⁴⁸² A favor da utilidade do termo: POSNER, Richard. The Meaning of Judicial Self-Restraint. **Indiana Law Journal** V. 59 (1), pp. 1/2; MILLER, Arthur S. In Defense of Judicial Activism. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. **Supreme Court Activism and Restraint**. Op. cit., p. 167; YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **Colorado Law Review** 73 (4), 2002, p. 1.141; KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review** 92 (5), 2004, p. 1.444; GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal** 58 (5), 2009, p. 1.198; YUNG, Corey Rayburn. Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts. **Northwestern University Law Review** 105 (1), 2011, p. 9.

Em sentido contrário: WHEELER, Fiona; WILLIAMS, John. ‘Restrained Activism’ in the High Court of Australia. In: DICKSON, Brice (ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. Op. cit., p. 65; EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism? **Colorado Law Review** 73 (4), 2002, p. 1.410; ROOSEVELT III, Kermit. **The Myth of Judicial Activism: making sense of Supreme Court decisions**. Op. cit.

⁴⁸³ YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **Colorado Law Review** 73 (4), 2002, p. 1.161.

atores e instituições relevantes de uma dada ordem constitucional.⁴⁸⁴ Comum a todos os exemplos de cortes ativistas retratadas anteriormente e às suas diversas formas de manifestação de ativismo judicial, está sempre o exercício expansivo e vigoroso, estratégico ou não, de sua autoridade político-normativa no controle dos atos e das omissões dos demais poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando suas decisões, ou atuando em espaços tradicionalmente ocupados por aqueles. O núcleo comportamental do ativismo judicial é então a expansão de poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida.

3.2.2 O espaço nobre do ativismo judicial: questões políticas e morais complexas

Outra lição relevante é sobre o espaço temático onde se desenvolve o ativismo judicial. É fato que quando uma corte constitucional ou suprema decide muito e sobre muitas coisas, relevantes ou pouco importantes, ela acaba tornando-se personagem especial da vida cotidiana da respetiva sociedade. Nesses casos, das decisões mais determinantes até as mais rotineiras, a corte constitucional se apresenta como uma arena fundamental para o debate sobre esses temas. Isso é assim particularmente em países que adotam constituições abrangentes, que disciplinam quase toda a vida política e social de seu país – a constituição é *ubíqua* e, desse modo, tanto *as grandes questões* como os *pequenos conflitos* são problemas constitucionais, que acabam judicializados e decididos pelas cortes.⁴⁸⁵

Essa posição de ubiquidade decisória da corte pode ser considerada, em si mesma, um índice de ativismo judicial na medida em que o elevado volume decisório representa, naturalmente, expansão de poder político-normativo. A corte avança sua presença sobre os outros poderes, instituições e diferentes setores da sociedade independente da relevância da matéria julgada. O ativismo judicial, sob essa perspectiva, é identificado não pela criatividade hermenêutica, falta de deferência aos outros poderes ou impacto social de decisões cruciais, mas sim, pelo número extraordinário de questões levadas à corte para decisão. A corte se faz presente demais e essa onipresença significa exercício expansivo de poder decisório.

⁴⁸⁴ No sentido de não haver uma conexão necessária entre ativismo e expansão do poder do judiciário vis à vis os outros poderes, cf. BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Op. cit., p. 268.

⁴⁸⁵ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: _____. **Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 185/187.

Isso pode ocorrer, como dito acima, em decorrência de modelos particulares de constitucionalização abrangente e analítica, mas nem toda questão decidida pode ser considerada pertencente ao *espaço nobre*, ou seja, ao espaço de maior destaque do debate sobre o ativismo judicial. Sem negar que a pura e simples presença decisória maciça das cortes, independente da relevância e da complexidade das matérias julgadas, possa ser considerada indício de ativismo judicial, seu debate é mais desenvolvido e tem muito mais relevância nos casos em que há elevada temperatura moral ou política das questões em jogo, ou alta indeterminação semântica e elevada carga axiológica das normas constitucionais envolvidas. O *espaço nobre* do ativismo judicial é o dos *hard cases*.⁴⁸⁶

Esse espaço especial do ativismo judicial é o das importantes questões constitucionais, aquelas que interferem marcadamente nos processos político-democráticos, que se ocupam de tormentosos conflitos de valores morais e políticos, alguns mesmo divisores de águas que, de tão relevantes, “determinam a natureza de uma sociedade e a qualidade de uma civilização”.⁴⁸⁷ Esses são os conflitos, principalmente envolvendo direitos fundamentais e limites de autoridade do governo, que mobilizam os poderes políticos e a sociedade em torno da solução a ser dada pela corte.

As questões cruciais decididas pelas cortes constitucionais examinadas nos capítulos anteriores representam bem esse espaço nobre: discriminação racial e de gênero; ações afirmativas; aborto; direito à morte digna; direitos de minorias; direitos dos homossexuais; liberdade de expressão e de imprensa; liberdade religiosa e relações entre Estado e Igreja; pena de morte; funcionamento adequado da democracia e do processo eleitoral; políticas públicas e justiça distributiva; intervenção do Estado na economia. Esse é o *primeiro mundo* do ativismo judicial, o mundo das complexas questões morais e políticas.

3.2.3 Ativismo judicial e judicialização da política: as Cortes como atores políticos

Com essa expansão de poder sobre os demais atores relevantes e no âmbito de solução das grandes questões morais e políticas, as cortes tornam-se inevitavelmente personagens centrais dos sistemas de governo e suas decisões interferem sobre os mais importantes

⁴⁸⁶ É nesse sentido que Ronald Dworkin, **Taking Rights Seriously**, Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 137, ao “comparar e contrastar” ativismo judicial e autorrestrição judicial, fala em “duas filosofias muito comuns de como as cortes deveriam decidir questões constitucionais difíceis ou controvertidas.”

⁴⁸⁷ GRAGLIA, Lino A. It’s not Constitutionalism, It’s Judicial Activism. **Harvard Journal of Law & Public Policy** V. 19 (2), 1995, p. 294. O autor é um dos mais importantes opositores ao ativismo judicial.

processos políticos desses sistemas. De modo que não há como enxergá-las, de outra forma, senão como autênticos *atores políticos*, claro que, com singularidades e fundamentos diversos em relação ao Legislativo e ao Executivo. As cortes ativistas, diante da relevância e dos efeitos de suas decisões, não fazem apenas parte do sistema político de um determinado país, mas são hoje verdadeiros centros de poder que participam, direta ou indiretamente, da formação da vontade política predominante. Aliás, como as ricas experiências dos Capítulos I e II revelaram, as cortes podem servir para a tomada de decisões políticas não só em oposição ao governo, mas como sua aliada, legitimando as medidas da política majoritária, ou decidindo em seu lugar questões que lhe causariam sérios custos políticos.⁴⁸⁸

Entretanto, não se pode esquecer que a relação entre Direito e Política é um jogo de implicações recíprocas. Da mesma forma que as decisões ativistas interferem direta e indiretamente nas decisões políticas, as cortes também têm a necessidade de se ajustarem ao ambiente político em que estão inseridas – a história da Suprema Corte norte-americana é repleta de exemplos da espécie. Ainda que dentro do amplo marco legal de possibilidades decisórias, as cortes, muitas vezes, decidem influenciadas pelo comportamento de outras instituições e dos poderes políticos. Um cenário político hostil pode conduzir à postura de passivismo judicial; ao contrário, um cenário político de liberdade decisória traduz-se em larga oportunidade ao ativismo judicial.

Essa perspectiva das cortes como atores políticos remete ao tema contemporâneo da *judicialização da política* e de como o ativismo judicial se desenvolve em meio a esse fenômeno. Nas democracias contemporâneas, verifica-se uma progressiva transferência, por parte dos próprios poderes políticos e da sociedade, do momento decisório fundamental sobre grandes questões políticas e sociais – *o espaço nobre do ativismo judicial* – para a arena judicial em vez de essas decisões serem tomadas nas arenas políticas tradicionais – Executivo e Legislativo. Essa transferência de poder decisório corresponde a uma das facetas da judicialização da política; a outra refere-se à extensão dos argumentos e métodos de decisão judicial aos outros centros políticos de decisão.⁴⁸⁹

Isso significa que, mais do que uma escolha deliberada das cortes, elas são requeridas, pelos diversos atores políticos e sociais, a decidir sobre esses conflitos cruciais contemporâneos. Ou seja, a condição das cortes como atores políticos responde, em larga

⁴⁸⁸ Cf. WHITTINGTON, Keith E. **Political Foundations of Judicial Supremacy**. Op. cit., p. 103 et seq.

⁴⁸⁹ Cf. VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In. In: TATE, C. Neal; _____. (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Op. cit., p. 13; SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges**, Op. cit., p. 194.

medida, a fatores externos, máxime a demanda de judicialização da política. Esse fenômeno cria uma estrutura de oportunidades para que as cortes avancem seu poder político-normativo, isto é, pratiquem ativismo judicial. É nesse sentido que se pode dizer que o ativismo judicial tem na judicialização da política a oportunidade adequada para seu desenvolvimento – ativismo judicial será a escolha comportamental do juiz em aceitar essa demanda de judicialização da política e ditar as soluções, certas ou erradas, para as questões levantadas.⁴⁹⁰

Por outro lado, um importante corte explicativo se faz necessário. A afirmação do papel político das cortes não significa que elas sejam órgãos puramente políticos, que decidem livremente conforme suas vontades ocasionais, sem vínculo aos textos legais e a outras determinantes judiciais – como os precedentes. Isso é inadmissível e importaria negar valores caros do Estado de direito.⁴⁹¹ É tão improdutivo conceber as cortes constitucionais como órgãos puramente judiciais quanto obscuro compreendê-las como órgãos simplesmente políticos, indistinguíveis dos corpos legislativos e administrativos. Na realidade, o que se quer dizer é que as cortes constitucionais contemporâneas atuam – ao menos deveriam atuar – em um “equilíbrio apropriado” entre função judicial e função política.⁴⁹²

3.2.4 Postura institucional e correção das decisões judiciais

Quando se afirma que o núcleo comportamental do ativismo judicial é a expansão por juízes e cortes de seu poder político-normativo sobre as outras arenas decisórias relevantes e que as cortes acabam, dessa forma, se comportando como autênticos atores políticos, está-se, na verdade, dizendo que as relações institucionais compõem o centro do debate e não o acerto ou o erro de mérito constitucional ou moral das decisões judiciais. O ativismo judicial, como

⁴⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado** V. 13, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 75. Ran Hirschl, **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Op. cit., p. 20, distingue a “disposição de atores políticos nacionais em transferir a autoridade político-decisória da esfera política às cortes” e a “disposição do judiciário de responder positivamente a demandas por ativismo”.

⁴⁹¹ FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review** V. 84 (2), 2005, p. 269: “Embora, como os acadêmicos de direito estão progressivamente reconhecendo, direito e política não possam se manter separados, nós ainda precisamos de uma teoria que integre ambos, e ao mesmo tempo adira a compromettimentos normativos do Estado de direito que a sociedade aprecie”.

⁴⁹² Robert McCloskey, **The American Supreme Court**. Op. cit., pp. 12/13, referindo-se particularmente à Suprema Corte norte-americana, mas que serve como lição geral, disse que ela “combina funções judiciais ortodoxas com funções de tomada de decisões políticas em uma mistura complexa” e que ela deve manter essa mistura em um “equilíbrio apropriado”. Para Richard Posner, **How Judges Think**. Op. cit., p. 28, “Juizes da Suprema Corte são políticos, mas politicamente independentes”.

destaca Wojciech Sadurski, “é necessariamente uma noção relacional”,⁴⁹³ de modo que as relações entre as instituições puramente políticas e as cortes constituem sua essência.

Essa noção foi muito bem compreendida por Ernest A. Young. Segundo o autor, deve-se reconhecer a absoluta independência do significado do termo em relação à correção ou não de decisões particulares: “correção de mérito e assertividade institucional [são] questões separadas”, e a noção de ativismo judicial deve envolver apenas a questão da “alocação da autoridade de tomada de decisões dentro de um sistema judicial e entre esse sistema e outros participantes do governo”.⁴⁹⁴ Portanto, discutir o ativismo ou a autorrestrição judicial não é discutir se determinada decisão é correta ou não, pois isso é contingente, e sim o quanto de autoridade constitucional e epistêmica a corte tinha para tomar essa decisão.

Uma posição oposta é a de Randy Barnett. Segundo o autor, separar o sentido do ativismo judicial da correção ou não das decisões judiciais torna-o apenas um *clichê constitucional*, na medida em que o priva de qualquer substância. Aqueles que utilizam o termo para discutir a postura das cortes, continua o autor, na verdade estão trocando a discussão da “substância, que interessa, pela do papel, que não interessa”, com propósito único de livrar-se dos custos de “estudar mais profundamente uma decisão particular ou ter uma opinião formada sobre sua correção de substância”. Em suma, estão evitando os custos de justificação da (in)correção das decisões judiciais. Para Barnett, o ativismo deve significar “julgar impropriamente inconstitucional uma lei” o que envolve necessariamente saber se “os juízes alcançaram uma conclusão errônea sobre a Constituição”.⁴⁹⁵

A posição de Barnett simplifica demais as coisas em resumir o ativismo a um problema de interpretação correta ou não da constituição. É certo que a escolha do método de interpretar a constituição tem um vínculo muito próximo e é determinante para identificar graus de ativismo judicial. Contudo, isso não significa que o vínculo é com o resultado correto ou não da atividade de interpretação. Enfatizando a correção de sentido da norma que resulta da interpretação como critério de identificação do ativismo judicial, Barnett dá força àqueles que propõem abandonar ou substituir o termo. Sob sua perspectiva, ativismo judicial torna-se um sinônimo de “erro judicial”, esvaziando sua autonomia funcional. Com o propósito de salvar o termo de tornar-se um clichê constitucional, Barnett transformou-o em nada.

⁴⁹³ SADURSKI, Wojciech. **Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe**. Op. cit, p. 87.

⁴⁹⁴ YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **Colorado Law Review** V. 73 (4), 2002, pp. 1.162/1.164.

⁴⁹⁵ BARNETT, Randy. Constitutional Clichés. **Capital University Law Review** V. 36 (3), 2008, pp. 493/496.

Prova do erro de Barnett é que uma decisão judicial pode configurar uma aplicação claramente correta de uma regra ou princípio da constituição, portanto, correta em seu mérito e ainda assim ser considerada ativista e levantar suspeitas a respeito de sua ilegitimidade. O caso da sentença nº 190/1970, da Corte Constitucional italiana (Capítulo II, item 3, *supra*), sobre a participação em igual medida de promotores e advogados nas instruções criminais, é um típico exemplo dessa possibilidade. Ninguém discorda que, em razão de o sistema constitucional italiano reconhecer a isonomia e a ampla defesa como direitos fundamentais, o Ministério Público não pode ter um direito de participação, nessas instruções, mais amplo do que os advogados. Assim, foi inquestionavelmente *correta em seu mérito* a sentença por ter equilibrado o grau de participação dos profissionais, corrigindo o vício legislativo discriminatório que favorecia os promotores. Todavia, esse “acerto” não afasta a dúvida sobre se essa correção da lei poderia ter sido feita judicialmente, considerando que a decisão judicial importou adição de significados à lei. A questão é a seguinte: a aplicação direta dos princípios da isonomia e da ampla defesa autoriza essa postura de criação judicial de norma nova, ou seria o caso de apenas o legislador poder corrigir seus próprios erros?

São questões que suscitam o debate sobre o grau de possibilidade de interferência judicial sobre uma específica decisão prévia ou mesmo a omissão do legislador e isso é uma questão que antecede à e independe da correção de mérito dessa interferência. Elas dizem com o quanto a constituição autoriza o juiz a fazer e não com o conteúdo do resultado do que ele fez. É saber se só o legislador é quem pode corrigir seus próprios erros, ou se o juiz poderá fazê-lo mesmo se isso importar uma criação positiva do direito. Como disse Aharon Barak, a definição de ativismo deve derivar “do objetivo que esse termo deve alcançar”. Para ele, “esse objetivo é avaliar o papel de um juiz em uma sociedade democrática”⁴⁹⁶ o que é uma questão de postura institucional, e não de mérito das decisões judiciais.

Pensar de modo contrário retiraria todo o sentido da discussão como uma questão institucional e a transformaria em uma pura investigação interpretativa do acerto ou não das decisões judiciais cruciais. Decisões judiciais que extrapolam o sentido possível das normas constitucionais são ativistas e também erradas porque contrariam o texto constitucional. No entanto, decisões criativas que estendam os significados constitucionais para interferir nas escolhas prévias do legislador, sem que isso importe decidir contra o texto constitucional,

⁴⁹⁶ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Op. cit., p. 270.

podem ser decisões corretas em seu mérito, mas, ainda assim, serão igualmente ativistas e dependendo do grau de ativismo, podem vir a ser “condenadas” como ilegítimas.

A correção de mérito, portanto, sequer assegura a legitimidade das decisões ativistas. A interpretação correta da constituição como elemento indispensável do acerto de mérito de uma decisão é uma coisa, enquanto a interpretação correta da constituição sobre quem tem o poder de tomar essa decisão é outra. É essa última que diz sobre o ativismo judicial. Definitivamente, postura institucional e correção de mérito das decisões judiciais são coisas distintas, e o ativismo judicial refere-se apenas à primeira o que, aliás, é a única perspectiva que corresponde fielmente ao sentido original de “ativismo judicial” formulado por Schlesinger: “uma expressão da discussão acerca do papel do Judiciário, e da Suprema Corte em particular, no sistema político norte-americano” (Capítulo I, item 2, *supra*).

3.2.5 Ativismo judicial e legitimidade

Além de nada dizer sobre a correção das decisões em seu mérito, o ativismo judicial nada diz também sobre a legitimidade ou ilegitimidade *a priori* das decisões judiciais. A conclusão de que uma decisão judicial é ativista não significa adiantar o resultado da avaliação de sua ilegitimidade. Ativismo judicial não é sinônimo de ilegitimidade, e essa correlação simplesmente não pode ser feita de modo apriorístico e em nível puramente conceitual. Pensar de modo diverso daria razão àqueles que afirmam a absoluta inutilidade do termo: bastaria então substituí-lo por ilegitimidade.⁴⁹⁷

A doutrina, em relacionar ativismo judicial e legitimidade, costuma fazê-lo em três níveis distintos: (i) absolutamente separados; (ii) absolutamente coincidentes; (iii) contingentes. Como a utilização mais comum do termo ativismo é em sentido pejorativo, tem-se então que a concepção mais difundida é a que equipara ativismo judicial com ilegitimidade. Muitos chamam de ilegítimas as decisões ativistas porque elas seriam usurpadoras dos poderes políticos dos órgãos legitimados pelo sufrágio popular, ou fundadas exclusivamente nas preferências políticas ou morais do próprio julgador, dentre outros motivos. Prevalecendo essa noção negativa, a ilegitimidade seria então uma enfermidade congênita das decisões judiciais ativistas, e o ativismo judicial seria espécie do gênero arbítrio judicial.

⁴⁹⁷ Como já dito, essa substituição é exatamente a proposta de Kermit Roosevelt III em seu livro **The Myth of Judicial Activism: making sense of Supreme Court decisions**, Op. cit.

Um paradigma desse pensamento é Robert Bork. De acordo com Bork, juízes ativistas decidem casos com fundamentos que não têm qualquer conexão plausível com a lei que pretendem aplicar. Eles expandem ou mesmo contradizem o próprio significado dessa lei. Os juízes ativistas “chegam a resultados anunciando princípios que nunca foram contemplados por aqueles que escreveram e votaram a lei,”⁴⁹⁸ e realizam agendas políticas por meio da liberdade que possuem de refletir a “melhor” opinião sobre como impor a Constituição.⁴⁹⁹ Agindo dessa forma, cortes ativistas progressivamente eliminam o direito fundamental, reconhecido nos regimes democráticos, de o povo se autogovernar,⁵⁰⁰ sendo então o ativismo judicial *sempre* um exercício ilegítimo do poder judicial.

Em sentido diametralmente contrário, existem os que sustentam que decisão judicial ativista é espécie do gênero decisão judicial legítima. O ativismo judicial seria sempre exercido dentro de uma zona racional de criação judicial do direito, estando inserido nos limites da legitimidade judicial. Exemplo destacado dessa posição é Aharon Barak – ele mesmo um juiz modelo no exercício do ativismo judicial. Segundo Barak, “ativismo e autorrestrição operam dentro dos limites da legitimidade judicial”, de modo que “a distinção entre [eles] é uma distinção de grau, não de gênero.”⁵⁰¹

A definição de Barak para ativismo aplica-se, portanto, apenas às decisões judiciais legítimas. Uma decisão pautada exclusivamente nas preferências pessoais do julgador não pode ser considerada ativista, eis que tal conduta extrapola as fronteiras da licitude. Não haveria, assim, conexão entre ativismo judicial e julgar segundo o ponto de vista pessoal do juiz, tal como não há conexão entre ativismo judicial e “decidir na moeda”. Definitivamente, para Barak, existe uma coincidência necessária entre ativismo judicial e legitimidade, sendo tudo apenas uma questão de graus de ativismo judicial e de autorrestrição judicial.

Rejeito particularmente ambas as posições para defender uma relação de contingência entre ativismo e legitimidade. Não há, segundo a perspectiva conceitual deste trabalho, como afirmar aprioristicamente que uma decisão judicial ativista é uma decisão legítima ou ilegítima, pois isso dependerá, em cada caso concreto, da conformidade do exercício do poder judicial com os limites institucionais mais ou menos claros que são impostos pela respectiva constituição de regência e pelas diferentes variáveis políticas e sociais presentes. Mais do que

⁴⁹⁸ BORK, Robert. **Coercing Virtue. The worldwide rule of judges.** Op. cit., p. 8.

⁴⁹⁹ BORK, Robert. **The Tempting of America. The political seduction of the law.** Op. cit., p. 17.

⁵⁰⁰ BORK, Robert. **Coercing Virtue. The worldwide rule of judges.** Op. cit., pp. 11/12.

⁵⁰¹ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy.** Op. cit., p. 272.

um problema puramente terminológico, trata-se aqui de compreender que a extensão do papel que o juiz pode desempenhar em uma democracia constitucional depende de uma variedade de elementos que não permite um julgamento de legitimidade abstrato e apriorístico, nem mesmo do tipo *tudo ou nada* das decisões ativistas. O ativismo judicial pode ser bom ou ruim; legítimo ou ilegítimo; mas isso é contingente.⁵⁰²

A verdade é que, nenhum juiz pode ser sempre ativista, assim como não pode ser sempre autorrestritivo. De modo que, se um determinado juiz for sempre uma coisa ou outra, em algum momento, atuará de forma ilegítima e isso será assim porque, em determinadas ocasiões, o legítimo é ser ativista; em outras vezes, o legítimo é ser autorrestritivo e, na maior parte das vezes, nem uma coisa nem outra. Diante da alta relevância moral e política que normalmente envolve as decisões ativistas, a conclusão não poderia ser diferente.

3.2.6 O ativismo judicial é algo predominantemente qualitativo

Diante da relevância, da complexidade hermenêutica e da alta sensibilidade das decisões cruciais que compõem o principal quadro de decisões ativistas, o tema deve ser visto sob um ângulo predominantemente qualitativo. O ativismo judicial deve ser identificado e “medido” principalmente por critérios qualitativos. Não é possível uma “medida” segura de ativismo judicial apenas por critérios quantitativos como a frequência com que uma corte julga inconstitucionais os atos normativos dos outros poderes ou supera precedentes de “cortes anteriores”. Segundo alguns autores, é possível “medir” o ativismo judicial levando-se em conta quantas vezes uma corte declarou a inconstitucionalidade de leis. Para esses autores, quanto maior o número de julgamentos de inconstitucionalidade menor será a disposição da corte em ser deferente ao legislador e, por isso, maior será sua disposição de ser ativista.⁵⁰³ Contudo, esse método nivela todas as decisões judiciais, ignorando a diferença de importância entre as leis declaradas inconstitucionais, o nível diverso de esforço criativo-hermenêutico empregado e o maior ou menor impacto político e social das matérias julgadas.

⁵⁰² Como será visto no Capítulo V (item 6, *infra*), exceção é feita às decisões que identifiquei como *ativismo antidialógico*, aqui identificadas aprioristicamente ilegítimas.

⁵⁰³ Nos Estados Unidos, Lori A. Ringhand, *Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court*, **Constitutional Commentary** V. 24 (1), 2007, pp. 43/67, mediu o ativismo judicial dos juízes da *Rehnquist Court* segundo a frequência com que votaram (a) para invalidar leis federais, (b) leis estaduais, mas também (c) superar precedentes. No Brasil, medindo o ativismo do Supremo Tribunal Federal apenas pela frequência com que julgou inconstitucionais, ainda que parcialmente, leis federais no âmbito do controle concentrado: POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Op. cit.

Com efeito, a falta de deferência institucional de juízes e cortes para com os outros poderes deve ser mais bem avaliada por critérios qualitativos, tendo em conta a autoridade legal e epistêmica para a tomada das decisões, o nível de densidade normativa das disposições constitucionais utilizadas como parâmetros de validade e o grau de relevância social e de politicidade dos temas julgados. Como bem resumido por Caprice Roberts, o ativismo judicial “tem componentes que são inequivocamente qualitativos e, por essa razão, incapazes de redução quantitativa”.⁵⁰⁴ Dessa forma, “o percentual de leis declaradas inconstitucionais por uma corte (em razão do número total de leis que são desafiadas) é apenas um meio muito indireto e imperfeito para medir o nível de ativismo judicial”.⁵⁰⁵

Um exemplo claro disso é o controle judicial de emendas constitucionais em razão dos limites materiais do poder de reforma. Em qualquer realidade constitucional em que esse controle é exercido, ele será sempre quantitativamente ínfimo, porém, cada exercício isolado possuirá uma força qualitativa extraordinária. Diante da deferência diferenciada que as cortes constitucionais devem prestar ao legislador constituinte reformador, o controle material das emendas constitucionais será sempre um exercício qualitativo de ativismo judicial.⁵⁰⁶

Portanto, nem toda decisão de inconstitucionalidade promove transformações na mesma medida impactantes e relevantes para o sistema político e para a sociedade. A medida de poder político exercido por uma corte constitucional varia muito de caso a caso, dependendo da própria matéria julgada, o que impede qualquer perspectiva de peso único para essas decisões. O exame de identificação e avaliação do ativismo judicial não pode prescindir das variáveis que espelhem sua realidade qualitativamente complexa. Na realidade, simplificações ou reduções quantitativas são absolutamente incompatíveis com as complexidades contextuais e inerentes ao comportamento ativista de juízes e cortes.

3.2.7 O caráter dinâmico e contextual do ativismo judicial

É importante compreender ainda que a identificação do ativismo judicial não pode prescindir de considerações do contexto particular em que ele se desenvolve. Para a construção de uma definição adequada de ativismo judicial, deve-se ter presente a ideia de

⁵⁰⁴ ROBERTS, Caprice L. In Search of Judicial Activism: Danger in Quantifying the Qualitative. *Tennessee Law Review* V. 74 (4), 2007, p. 573.

⁵⁰⁵ FERRERES COMELLA, Víctor. *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*. New Haven: Yale University Press, 2009, p. 77.

⁵⁰⁶ Volta ao tema ainda neste Capítulo, no item 3.2.3.

que não se está diante de um comportamento que possa ser identificado nem mesmo avaliado partindo de *parâmetros estáticos*.⁵⁰⁷ O que era ativismo judicial no passado, hoje pode ser um exercício ordinário da atividade judicial.⁵⁰⁸ Da mesma forma, o que é considerado ativismo judicial nos Estados Unidos, não o é na Alemanha, na Itália ou no Brasil.⁵⁰⁹ A identificação e a avaliação do ativismo judicial não podem, portanto, ser desvinculados das estruturas constitucionais que, em lugares e em épocas distintas, disciplinam a dinâmica de funcionamento dos poderes e as relações entre indivíduos e Estado, tampouco das práticas jurídico-culturais, políticas e sociais contemporâneas.

A ideia é de que os elementos da equação ativismo/autorrestrrição judicial devem variar de sistema para sistema, de matéria para matéria, de tempos em tempos, sempre em função das particulares estruturas constitucionais, políticas, culturais e institucionais locais. Louis Michael Seidman explica bem essa premissa em dizer que a avaliação do controle de constitucionalidade não pode ser feita a partir de considerações puramente gerais e abstratas:

Questões abstratas ou gerais sobre *judicial review* não nos dizem nada sobre se devemos favorecê-lo aqui e agora. Mesmo se perguntarmos como *judicial review* funciona em uma sociedade particular, nossa investigação é provável de ser generalizada e prematura (...) porque o papel cumprido por juízes dentro de uma dada cultura pode mudar com o passar do tempo.⁵¹⁰

Isso não significa desimportância de elementos normativos e ideacionais para efeito de identificar e avaliar o ativismo judicial. Seja qual for a “solução” que se adote ao “problema do ativismo judicial”, ela sempre dirá sobre o papel adequado de juízes e cortes em algum arranjo político-institucional, e isso consiste em formular proposições normativas. Acontece que – e isso é o que se quer afirmar – essas proposições normativas não serão adequadamente formuladas caso não se leve em conta fatores reais e dinâmicos que se façam presentes em contextos particulares. A construção dessa “solução” deve ser mais bem obtida, portanto, a partir do que Thammy Pogrebinski chamou de “proposta normativa empiricamente

⁵⁰⁷ Cf. CANON, Bradley C. A Framework for the Analysis of Judicial Activism. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. **Supreme Court Activism and Restraint**. Op. cit., p. 385; BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Op. cit., p. 266.

⁵⁰⁸ Sobre a relevância do contexto histórico na identificação de decisões ativistas, cf. YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **Colorado Law Review** V. 73 (4), 2002, pp. 1.169/1.170.

⁵⁰⁹ Para Georg Vanberg, **The Politics of Constitutional Review in Germany**. Op. cit., p. 173, “o impacto do controle de constitucionalidade variará através das cortes, do tempo e mesmo através das questões decididas pela mesma corte.”

⁵¹⁰ Cf. SEIDMAN, Louis Michael. Acontextual Judicial Review. **Cardozo Law Review** V. 32 (4), 2011, p. 1.179.

orientada”.⁵¹¹ O caráter dinâmico e contextual deve então fazer parte do próprio conceito de ativismo judicial e é sob essa perspectiva que devem ser identificados os complexos fatores e formas de manifestação do ativismo judicial.

3.2.8 A diversidade dos fatores do ativismo judicial

Lição das mais importantes é a que diz sobre a diversidade dos fatores explicativos do ativismo judicial. Diferentes condições e variáveis, contextuais e dinâmicas, necessárias e suficientes, exógenas e endógenas, de natureza institucional, política, social e jurídico-cultural favorecem, restringem, enfim, moldam o ativismo judicial e devem, portanto, compor sua equação explicativa ao lado de variáveis normativas como “democracia” e “constitucionalismo”.

O mais relevante caso norte-americano, por exemplo, mostrou quanto a vontade política é determinante para a intensidade e a direção ideológica do ativismo judicial. Presidentes e seus partidos, utilizando o meio legítimo de nomear juízes com orientações ideológicas similares às suas, buscaram sempre governar tendo a Suprema Corte como uma espécie de “aliada política”, que concordaria com seus programas políticos e, principalmente, que reformaria as decisões de “cortes anteriores” dotadas de “cores ideológicas” distintas. Dessa forma, muita da expansão de poder da Suprema Corte norte-americana – como nos casos das Corte Lochner, da Corte Warren e contemporaneamente da Corte Roberts – teve sua origem em fatores políticos estratégicos.

Os casos alemão, italiano, colombiano, canadense e sul-africano revelam a importância de cartas de direitos entrincheirados para a ascensão política de suas cortes, sendo que os casos alemão, italiano e sul-africano destacam ainda a grande relevância, para o ativismo judicial, das transformações jurídico-culturais, destacadamente a renovada cultura de direitos fundamentais como ruptura aos seus passados totalitários. A Costa Rica apresenta o quanto novos desenhos institucionais sobre o acesso à jurisdição e os poderes decisórios das cortes são determinantes para a ascensão do ativismo judicial. Esses fatores não são excludentes, ao contrário, complementam-se como fórmulas explosivas do ativismo judicial. Por isso, pode-se dizer que o ativismo judicial responde a uma pluralidade de fatores.

⁵¹¹ POGREBINSCHI, Thamy. Democracia Pragmática: Pressupostos de uma Teoria Normativa Empiricamente Orientada. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, V. 53 (3), 2010, pp. 657/693.

3.2.9 A multidimensionalidade do ativismo judicial

A última lição aqui explorada é também a principal da dissertação: a multidimensionalidade das decisões ativistas. A complexidade do ativismo judicial revela-se, particularmente, na forma como se manifestam as decisões ativistas. Essas decisões apresentam diferentes dimensões, e não apenas uma única forma de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias que são, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. Há uma multiplicidade de indicadores do ativismo judicial⁵¹² como a interpretação expansiva dos textos constitucionais; a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo; a criação judicial de normas gerais e abstratas; etc. Assumir essa perspectiva transforma sua identificação em uma empreitada mais completa e segura.

Essa noção de multiplicidade de manifestações de ativismo judicial é uma complexidade inerente às decisões cruciais que deve ser assumida e trabalhada como um fator positivo para a cognoscibilidade das decisões ativistas. Essa é a perspectiva assumida nesta dissertação e o principal tema deste capítulo, cujo título, não por acaso, é “A definição multidimensional do ativismo judicial”.⁵¹³

3.3 A proposta conceitual multidimensional

3.3.1 A proposta conceitual da dissertação

As lições acima expostas devem ser condensadas para a fixação de cinco diretrizes que servirão para a construção de um conceito abrangente de ativismo judicial – a primeira diz que o ativismo judicial é uma questão de *postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões*, e não de correção de mérito dessas decisões judiciais;

⁵¹² CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **Measuring Judicial Activism**. Op. cit., p. 32: o ativismo judicial é um “conceito multifacetado”.

⁵¹³ São exemplos de propostas multidimensionais do ativismo judicial exploradas nesta dissertação: CANON, Bradley C. Defining the dimensions of Judicial Activism. **Judicature** V. 66 (6), 1982-1983, p. 239 et seq.; Idem. A Framework for the Analysis of Judicial Activism. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. **Supreme Court Activism and Restraint**. Op. cit., p. 385 et seq.; MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **Colorado Law Review** V. 73 (4), 2002, p. 1220 et seq.; KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. **California Law Review** V. 92 (5), 2004, p. 1444 et seq.; CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. **Minnesota Law Review** V. 91 (6), 2007, pp. 1762/1763; Idem. **Measuring Judicial Activism**. Op. cit.

a segunda, que o ativismo judicial *não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo*; a terceira aponta o *caráter dinâmico e contextual* da identificação e da validade do ativismo judicial; a quarta diretriz afirma a *pluralidade das variáveis* contextuais que limitam, favorecem, enfim, moldam o ativismo judicial; e a última é aquela que explica o ativismo judicial como uma *estrutura adjudicatória multidimensional*.

A partir dessas diretrizes – exatamente como adiantado na Introdução desta dissertação (item 3, *supra*) – entendo o *ativismo judicial* como o *exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias*.

O destaque feito acima e que importa particularmente para esta dissertação é o que acusa o *caráter multidimensional do ativismo judicial*. Com efeito, as experiências dos Capítulos I e II não deixaram dúvidas de que as decisões ativistas se apresentam por uma variedade de condutas judiciais distintas não só em intensidade, mas também em suas formas de manifestação. Entretanto, para evitar confusões e mal-entendidos, o uso de um termo único para descrever essa multiplicidade de condutas requer uma estratégia que seja capaz de sistematizá-las no interior do próprio conceito de ativismo judicial e em torno de seu núcleo comportamental comum de expansão de poder político-normativo. É aí que entra em cena a estratégia de assumir o caráter multidimensional do ativismo judicial como uma parte fundamental do seu conceito.

A proposta conceitual multidimensional consiste em colocar “fronteiras objetivas [entre essas diferentes manifestações] de forma que decisões particulares possam ser descritas como ativistas ou não ativistas conforme o critério de cada dimensão”.⁵¹⁴ Essa seria uma estratégia conceitual mais adequada do que trabalhar uma definição singular, incapaz de reconhecer essa variedade de dimensões do ativismo judicial. Pode ocorrer de apenas uma dessas dimensões estar presente em uma dada decisão, inclusive em oposição a um elemento de autorrestrrição. Porém, podem duas ou mais dessas dimensões estar presentes em uma

⁵¹⁴ CANON, Bradley C. Defining the dimensions of Judicial Activism. **Judicature** V. 66 (6), 1983, p. 239.

mesma decisão de forma concorrente, ou até em conflito uma(s) com a(s) outra(s).⁵¹⁵ Essa complexidade é uma realidade do ativismo judicial que a diretriz multidimensional assume e procura sistematizar, o que não seria possível com as concepções unidimensionais.

3.3.2 Dimensões do ativismo judicial

As experiências ativistas das cortes supremas e constitucionais, verificadas nos diversos países discutidos anteriormente, revelam diferentes dimensões das decisões ativistas que, de um modo geral, são expostas abaixo.

3.3.2.1 Ativismo judicial e interpretação da Constituição

A interpretação ampliativa das normas e princípios constitucionais, com a afirmação de direitos e poderes implícitos ou não claramente previstos nas constituições, assim como a aplicação direta de princípios constitucionais, muito vagos e imprecisos, para regular condutas concretas sem qualquer intermediação do legislador ordinário, constituem hoje a dimensão mais importante de ativismo judicial. As decisões da Corte Warren, das Cortes Constitucionais da Alemanha, da Colômbia, da Costa Rica e da África do Sul demonstram a construção ativista das normas constitucionais principalmente na formulação de direitos fundamentais implícitos. O Supremo Tribunal Federal tem avançado bastante, em particular, essa dimensão de ativismo judicial (Capítulo V, item 2, *infra*).

Os juízes ativistas não se sentem restringidos nem mesmo presos ao sentido literal das constituições. Ao contrário, eles se sentem muito à vontade com a plasticidade das normas constitucionais e as possibilidades de juízos políticos e morais que essa característica normativa cria. Esses juízes assumem que seu papel é o de manter a constituição compatível com as circunstâncias sociais sempre em transformação e defendem que a interpretação criativa de normas constitucionais indeterminadas se mostra como o mais importante meio de cumprir esse papel. Os juízes ativistas enxergam a constituição como uma força dinâmica e, por isso, sentem a necessidade de se afastar, caso necessário, do sentido literal do texto, de sua estrutura ou de seu entendimento histórico para poder aproximá-la da realidade social

⁵¹⁵ YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **Colorado Law Review** 73 (4), 2002, p. 1.164: o autor fala em “conflitos entre definições”.

subjacente. Juízes ativistas podem ser *arquitetos sociais* e a interpretação criativa das constituições é o instrumento legítimo dessa atuação.

3.3.2.2 Ativismo judicial e criação “legislativa”

O ativismo judicial é também utilizado no sentido de que cortes, notadamente as cortes constitucionais e supremas, assumem *competências legiferantes* reservadas, *a priori*, pela constituição, aos outros poderes, em especial ao Legislativo. Sob essa perspectiva, o ativismo judicial não seria um comportamento apenas judicial, mas uma atividade *quase legislativa*. Alguns acusam a prática de juízes “*legislate from the bench*”, ou seja, criarem o direito em vez de aplicá-lo. O juiz ativista preencheria lacunas, omissões legislativas, corregeria as leis, inovando, dando-lhes novos sentidos ou adicionando-lhes novos significados, de modo a conformá-las melhor aos princípios e valores constitucionais. A atividade judicial ativista seria complementar, corretiva, ou mesmo substitutiva da atividade legislativa.

Hodiernamente, no âmbito das modernas técnicas de decisão de inconstitucionalidade – interpretação conforme a constituição, declaração de nulidade parcial sem redução do texto, sentenças aditivas, etc. – essa discussão tem envolvido as fronteiras entre o juiz constitucional como simples *legislador negativo* e como autêntico *legislador positivo*, segundo as propostas kelsenianas da primeira metade do século XX.⁵¹⁶ As sentenças manipulativas, notadamente as sentenças aditivas, em especial as desenvolvidas pela Corte Constitucional da Itália, são exemplos conhecidos dessa dimensão de ativismo judicial e, por meio das quais, as cortes promovem verdadeiras alterações legislativas. O Supremo tem, mais recentemente, avançado no papel de legislador positivo e de criação judicial do direito (Capítulo V, item 2, *infra*).

3.3.2.3 Ativismo judicial e deferência aos demais poderes

Outra importante manifestação de ativismo judicial é a falta de deferência das cortes e juízes à autoridade política, legal e empírica dos outros poderes e instituições.⁵¹⁷ Deferência corresponde à latitude de escolha que as cortes permitem à discricionariedade dos outros poderes quando julgam a validade de seus atos. O juiz ativista permite pouco dessa latitude e,

⁵¹⁶ Cf. KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione (La Giustizia Costituzionale). In: **La Giustizia Costituzionale**. Milão: Giuffrè, 1981, pp. 145/206.

⁵¹⁷ Cf. HORWITZ, Paul. Three Faces of Deference. **Notre Dame Law Review** V. 83 (3), 2008, pp. 1079/1090.

por isso, não encontra dificuldades de fundo institucional para afastar as decisões de outros poderes e substituí-las pelas próprias. Nessa dimensão, os juízes exercem um controle rígido de legitimidade sobre os atos dos demais poderes, minimizando *standards* como da presunção de constitucionalidade das leis, o que se torna particularmente dramático no âmbito de interpretação de normas constitucionais muitas vezes vagas, imprecisas e que veiculam pautas de valor moral e político. Nos casos de incertezas normativas, muitos autores defendem que os juízes devem evitar acolher eventuais acusações de inconstitucionalidade.⁵¹⁸

Particularmente extraordinário, sob essa perspectiva, é o ativismo judicial manifestado na declaração de inconstitucionalidade de emendas à constituição por violação de limites materiais impostos ao poder de reforma. Além dos casos paradigmáticos da Corte Constitucional da Colômbia e da Corte Constitucional da Costa Rica, apontados no Capítulo II (itens 4 e 5, *supra*), e também do nosso Supremo Tribunal Federal, que será abordado no Capítulo V, são verificados exemplos igualmente destacados em países como Índia e Turquia. O caso indiano é espetacular por seu pioneirismo, enquanto o caso turco merece atenção pela interferência de sua corte constitucional em tema de alta complexidade social.

A Suprema Corte indiana, na linha que certamente influenciou a Corte Constitucional colombiana (Capítulo II, item 4, *supra*), declarou a inconstitucionalidade material de emenda constitucional por considerar que não é permitido ao Parlamento, mesmo por meio de emenda constitucional, alterar a “estrutura básica” da Constituição indiana.⁵¹⁹ Com decisões da espécie, a Suprema Corte da Índia passou a ser considerada “uma das cortes mais ativistas de todo o mundo”.⁵²⁰ A Corte Constitucional da Turquia, por sua vez, chamou a atenção do mundo, recentemente, com sua decisão de declarar inconstitucional emenda à constituição que havia abolido a possibilidade de as autoridades turcas proibirem o uso do *véu mulçumano* nas universidades públicas. Para a Corte, a medida violou a essência secular do Estado Turco que

⁵¹⁸ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Op. cit., pp. 230/231.

⁵¹⁹ *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (1973) 4 SCR 225.

⁵²⁰ Para Carl Baar, Social Action Litigation in India: The Operation and Limits of the World’s Most Active Judiciary. In: JACKSON, Donald W.; TATE, C. Neal TATE (Ed.). **Comparative Judicial Review and Public Policy**. Westport: Greenwood Press, 1992, p. 78, o ativismo judicial na Suprema da Corte da Índia “surpreenderia até mesmo os norte-americanos”. No mesmo sentido: SATHE, S. P. India: From Positivism to Structuralism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.) **Interpreting Constitutions. A Comparative Study**. Op. cit., p. 265: “A sua afirmação de poder (da Suprema Corte) em revisar emendas constitucionais tem feito dela a mais poderosa corte no mundo”; SCHEPPELE, Kim Lane. Declarations of Independence. Judicial Reactions to Political Pressure. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Ed.). **Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach**. Op. cit., p. 252: “O Sul da Ásia tem visto mais ativismo judicial declarando a inconstitucionalidade de emenda constitucional do que em qualquer outro lugar.”

exige a proibição do uso do véu em instituições públicas. A decisão é ultra-ativista diante da complexidade do tema em um país onde 98% da população são de mulçumanos praticantes.⁵²¹

Além do controle de constitucionalidade material de emendas constitucionais, o controle judicial da intervenção estatal na economia e no processo eleitoral, tal como praticados respectivamente pelas Cortes Lochner e Roberts, são exemplos muito criticados desse sentido de ativismo. Por outro lado, a formulação do *strict scrutiny* por Stone na nota de rodapé nº 4 de *Carolene*, em favor dos direitos e liberdades individuais e dos direitos das minorias, é vista, de um modo geral, como uma doutrina legítima de ativismo judicial que se manifesta como critério de menos deferência *prima facie* aos atos dos outros poderes.

3.3.2.4 Ativismo judicial e afirmação de direitos

A agenda das cortes constitucionais é composta principalmente dos conflitos dramáticos que envolvem direitos fundamentais, tanto os conflitos entre direitos individuais como entre esses direitos e os interesses mais amplos da sociedade. Em todos esses casos, trata-se no fundo da discussão acerca da própria legitimação do ordenamento jurídico diante desses direitos, o que requer, principalmente diante da indeterminação semântica e da alta carga valorativa das normas constitucionais envolvidas, um esforço de *justificação ética* ou *axiológica* das decisões judiciais verdadeiramente cruciais.⁵²² Dessa forma, em diversas ocasiões, as cortes constitucionais, para avançar posições de liberdade e igualdade, realizam escolhas essenciais que governarão o comportamento da sociedade e dos poderes políticos e, conseqüentemente, afirmam seu protagonismo na definição dessas questões essenciais.

Positivados e judicializados, os direitos humanos adquirem um estágio de institucionalização importante e inevitavelmente político com as decisões das cortes constitucionais. Como se trata de direitos justificados, em última análise, em “princípios morais”,⁵²³ prévios e legitimadores da própria ordem jurídica, é inevitável que os conflitos que envolvam esses direitos sejam também conflitos morais, não apenas jurídicos. Como

⁵²¹ ROZNAI, Yaniv; YOLCU, Serkan. An unconstitutional constitutional amendment – The Turkish perspective: A comment on the Turkish Constitutional Court’s headscarf decision. **International Journal of Constitutional Law** V. 10 (1), 2012, pp. 175/207.

⁵²² Sobre a fundamentação ética desses direitos, cf. FERNANDEZ, Eusebio. Fundamento de los derechos humanos. In: **Anuário de Derechos Humanos** V. 1. Madrid: Universidad Complutense, 1981, pp. 73/112.

⁵²³ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 73.

destacado por Habermas, os direitos humanos têm “faces de Jano que se voltam simultaneamente para a Moral e para o Direito”: justificam-se na moral e legitimam o ordenamento jurídico,⁵²⁴ de forma que as decisões judiciais sobre esses direitos poderão envolver, além de raciocínios jurídicos, juízos de validade moral e política.

O que se quer dizer com isso é que o discurso contemporâneo dos direitos humanos, notadamente em torno da dignidade humana, abre espaço para o ativismo judicial como exercício de institucionalização das intensas e controversas questões morais e políticas – *o espaço nobre do ativismo judicial*. É exatamente nesse sentido e sempre fundado na ideia de que as pessoas têm direitos morais contra o Estado, que Ronald Dworkin disse que uma corte, quando assume a responsabilidade de aplicar cláusulas de valor – v.g. a isonomia e o devido processo legal – como normas inteiramente jurídicas, “deve ser uma corte ativista, no sentido de que ela deve estar preparada para compor e responder questões de moralidade política.”⁵²⁵

Ao avançar essa *dimensão de concretização de direitos fundamentais*, juízes ativistas são dispostos a decidir sobre valores morais da sociedade. Claro, os valores morais que defendem como corretos de acordo com a melhor interpretação que fazem das normas constitucionais. Extremo de defesa dessa dimensão é a recente proposta de ativismo judicial feita por David Dow.⁵²⁶ Para esse professor estadunidense, “juízes ativistas são pessoas (...) que veem verdades que outras ainda não veem”, e por isso eles seriam “proféticos”. Ao contrário das acusações normalmente feitas,⁵²⁷ prossegue Dow, juízes ativistas não impõem seus valores morais e políticos sobre nós, mas “forçam-nos a viver de acordo com nossos próprios valores, mesmo quando preferirmos não fazer”. Seria um dever desses juízes “dizer-nos não” e “salvar-nos de nós mesmos”. Para o autor, “se a frase ‘ativismo judicial’ significar algo, ela significa ‘profético’”. Juízes ativistas são os profetas dos tempos modernos.

A ideia que se extrai, portanto, é que enquanto perdurar forte o discurso dos direitos humanos nas constituições contemporâneas como um discurso jurídico-normativo haverá espaço para o ativismo judicial das cortes constitucionais. A Corte Warren foi o melhor

⁵²⁴ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.) **Direito & Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 72.

⁵²⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Op. cit., p. 147

⁵²⁶ DOW, David R. **America's Prophets. How Judicial Activism makes America Great**. Westport: Praeger, 2009, pp. 1/13: para o autor, “Jesus foi um ativista judicial”. A sua tese pode ser facilmente considerada como a quintessência da concepção paternalista do papel do Poder Judiciário.

⁵²⁷ Como acusa Robert Bork, **Coercing Virtue. The worldwide rule of judges**. Op. cit., p. 12, cortes ativistas “cumprem seus objetivos por uma combinação de coerção e persuasão moral”, assumindo assim “o papel de professores morais”.

exemplo dessa dimensão. No entanto, as decisões das Cortes Constitucionais da Alemanha, da Colômbia, da Costa Rica e da África do Sul são também exemplos que merecem esse destaque porque têm avançado sobre as sociedades e os governos locais valores de liberdade e igualdade ainda que ausentes consensos morais e políticos sobre eles, reduzindo, dessa forma, os espaços de escolha dos poderes políticos sobre esses temas. Recentemente, em decidir a favor da união estável homossexual e do aborto de fetos anencéfalos, entre outras questões complexas (Capítulo V, *infra*), o Supremo Tribunal Federal deu passos largos na realização dessa dimensão de ativismo judicial.

3.3.2.5 Ativismo judicial e políticas públicas e sociais

Essa dimensão refere-se à prática moderna de cortes e juízes avançarem suas tarefas de controle das políticas públicas dos Poderes Legislativo e Executivo, indo além de puro e simplesmente anularem as leis, para, por si, definirem essas políticas públicas no lugar desses outros poderes. As cortes ativistas têm definido e desenvolvido políticas públicas nas áreas de saúde, educação, sistema penal, etc. Nesse último campo, as decisões da Corte Warren sobre garantias dos acusados de crimes, principalmente *Miranda*, representam o melhor exemplo. Em relação aos direitos sociais em geral, a prática jurisprudencial das cortes colombiana, costa-riquenha e sul-africana são exemplos festejados dessa dimensão. O Supremo também tem praticado decisões ativistas em matéria de políticas públicas (Capítulo V, item 5.2, *infra*).

3.3.2.6 Ativismo judicial e autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios

As cortes e juízes ativistas também expandem seu papel institucional por intermédio da ampliação jurisprudencial do acesso à sua jurisdição e de seu espaço de atuação, afastando por sua conta dificuldades procedimentais, como critérios rígidos de legitimidade processual e de cabimento de ações e recursos. Mais importante do que quem bate às portas das cortes, seria a relevância do tema questionado. Por meio dessa dimensão, as cortes ativistas também ampliam seus poderes de decisão, formulando doutrinas que reforçam o alcance das ações e recursos constitucionais, assim como a força vinculante de suas decisões. Com o desenvolvimento ampliativo dessas *regras procedimentais*, as cortes amentam para si seu grau de independência em face dos poderes políticos.

Mais uma vez e embora não tenha sido examinada particularmente no capítulo anterior, a Suprema Corte da Índia pode ser citada como bom exemplo dessa dimensão. A principal estratégia ativista dessa Corte foi a instituição da *Public Interest Litigation* (PIL), que consiste na ampliação jurisprudencial dos casos de legitimidade processual para a defesa de direitos sociais e econômicos, amplificando assim a *estrutura legal de oportunidades* ao ativismo judicial. Com essa destacada criação jurisprudencial, a Suprema Corte democratizou o acesso direto à sua jurisdição e permitiu que diferentes grupos desprotegidos e minoritários enfrentassem o governo em torno de variados direitos sociais e econômicos. Com essa prática, a Suprema Corte indiana tem se apresentado como instituição valorosa na proteção e promoção de direitos em favor dos cidadãos indianos mais pobres.⁵²⁸

Não obstante, o mais importante exemplo é a própria decisão que estabeleceu o poder da *judicial review* – *Marbury*. Ainda que sem previsão clara na Constituição de 1787, a Suprema Corte formulou para si esse extraordinário poder e definiu para sempre sua posição institucional diferenciada no sistema político norte-americano.⁵²⁹ A Corte Marshall desenvolveu um procedimento, deduzido apenas da estrutura da Constituição, que fez com que a Suprema Corte pudesse no futuro interferir nas decisões políticas dos outros poderes e fazer, em nome da sociedade, as escolhas morais e políticas mais complexas de seu tempo, como escravidão, segregação racial, aborto. Embora sempre constrangido pela preocupação com sua funcionalidade, o Supremo também pratica, em alguma medida, essa dimensão, máxime com seus novos instrumentos decisórios estabelecidos pela EC 45/2004 – súmula vinculante e repercussão geral.

3.3.2.7 Ativismo judicial e superação de precedentes

Os juízes ativistas, para avançar suas agendas e os propósitos que identificam nas constituições, não se colocam como atores restringidos por precedentes, mas sim, pensam que o processo de sua superação pode ser um estágio necessário para melhor desenvolver os

⁵²⁸ Sobre essa estratégia de litigância e sua relação com o ativismo judicial, cf. BHAGWATI, P. N. *Judicial Activism and Public Interest Litigation*. **Columbia Journal of Transnational Law** V. 23 (3), 1985, pp. 561/577: o autor, ex-*Chief Justice* da Suprema Corte, é considerado o pai desta estratégia e um dos responsáveis pela introdução do ativismo judicial na Corte.

⁵²⁹ Sob essa perspectiva, é de se destacar o ativismo judicial da Suprema Corte de Israel, que cumpre um papel político muito assertivo no controle de constitucionalidade dos atos dos outros poderes, mas sem que isso decorra de uma constituição escrita e definitiva ou de alguma autorização explícita desse poder. Cf. SALZBERGER, Eli. *Judicial Activism in Israel*. In: DICKSON, Brice (ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. Op. cit., pp. 217/271.

significados adequados da constituição. Acima da estabilidade, certeza e uniformidade do direito proporcionadas pelo respeito aos precedentes, os ativistas escolhem exercer a flexibilidade interpretativa e decisória se isso for necessário para a construção do sentido correto das normas constitucionais – correto segundo suas perspectivas.

Nos Estados Unidos, forte no princípio *stare decisis*, os críticos acusam a prática de superar precedentes como um exercício ilegítimo de ativismo judicial. Essa foi a crítica que conservadores lançaram contra a Corte Warren nos *Reapportionment Cases*, dentre outros; foi também a crítica que liberais fizeram na direção da Corte Rehnquist em sua cruzada conservadora dirigida a superar os precedentes liberais da Corte Warren e é, atualmente, a crítica contra a Corte Roberts, principalmente em razão da decisão *Citizens United*.

3.3.2.8 Ativismo judicial e maximalismo

Juízes ativistas justificam suas decisões em formulações teóricas ambiciosas, extensas e profundas, além do necessário para justificar o resultado das decisões concretas. Essas decisões são maximalistas no sentido de superar as questões teóricas e principiológicas do caso julgado para estabelecer amplas regras e princípios que dirigirão no futuro os resultados de outros casos também. Exemplo trágico dessa dimensão foi a decisão da Corte Taney, a infame *Dred Scott*, que “produziu uma regra muito ampla fundada em uma abordagem excepcionalmente ambiciosa da postura da Constituição em relação à escravidão e aos Afro-americanos”.⁵³⁰ De tão ampla a teorização da Corte acerca do *status* constitucional da escravidão, que foi necessária uma emenda constitucional para superá-la. Por outro lado, *Brown v. Board of Education* pode ser considerada uma decisão maximalista festejada, onde a Corte Warren estabeleceu uma ampla teorização da *equal protection of laws* que repercutiu significativamente para outros casos de discriminação. Alguns ministros do Supremo devem ser considerados modelos de maximalismo judicial (Capítulo V, item 2.4, *infra*).

3.3.2.9 Ativismo judicial e partidarismo

Algumas decisões judiciais não são fundadas em razões jurídicas, mas nas preferências político-partidárias dos juízes. *Bush v. Gore* é o exemplo mais destacado de decisão em que

⁵³⁰ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Op. cit., pp. 17/18.

uma maioria da Corte Rehnquist dirigiu o resultado em função de favorecer o candidato (Bush) do Partido do qual saíram suas nomeações (Republicano). O caso “Mensalão” (cf. Capítulo 4, item 3.2.3, *infra*) lançará o Supremo Tribunal Federal em um teste definitivo sobre sua inclusão ou não nessa dimensão odiosa, naturalmente ilegítima, de ativismo judicial: decidir *fora do* ou *contra o* Direito para avançar interesses particulares, não necessariamente legítimos, do partido político que governa o Brasil desde 2003 e é responsável pela nomeação de 9 de seus 12 ministros atuais: o Partido dos Trabalhadores.

3.3.2.10 Ativismo judicial e soberania judicial

O exercício da soberania judicial é o exemplo mais extremado, aprioristicamente ilegítimo de ativismo judicial. Nessa dimensão, cortes tomam decisões judiciais tão expansivas e ambiciosas que excluem os poderes políticos do processo de construção dos significados constitucionais. A crítica de Edwin Meese III à postura de supremacia judicial da Corte Warren em *Cooper v. Aaron*,⁵³¹ e as acusações de Larry Kramer à Corte Rehnquist de se comportar como titular da *palavra final* ou mesmo da *única palavra* sobre o que significa a Constituição,⁵³² consistem em manifestações que dão uma base discursiva que pode explicar bem o conteúdo dessa dimensão de ativismo judicial. As práticas decisórias da Suprema Corte do Canadá e da Corte Constitucional da África do Sul dão conta de como essas cortes podem tomar decisões ativistas e, ao mesmo tempo, abertas ao diálogo com os demais poderes de governo (Capítulo II, itens 6 e 7, *infra*).

3.3.3 Algumas propostas de abordagem multidimensional do ativismo judicial

Observando toda essa multiplicidade de manifestações e riqueza de formas que caracterizam as decisões ativistas, sobretudo as decisões da Suprema Corte norte-americana, alguns autores têm empreendido uma sistematização de indicadores ou *dimensões* do ativismo judicial como parte de seu conceito e em torno de seu núcleo comportamental, oferecendo, dessa maneira, propostas multidimensionais de identificação do ativismo judicial. São estas propostas que influenciaram e inspiraram a abordagem desta dissertação dirigida a identificar as manifestações ativistas do Supremo Tribunal Federal.

⁵³¹ Cf. MEESE III, Edwin. The Law of the Constitution. **Tulane Law Review** V. 61 (5), 1987, pp. 979/990.

⁵³² KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Op. cit.

O pioneiro foi Bradley Canon, no começo da década de oitenta. Ele apresentou um sistema de seis dimensões, um tanto sobrepostas, de ativismo judicial: (1) *Majoritarionismo* – grau com que uma corte invalida as decisões políticas adotadas por meio do processo democrático; (2) *Estabilidade interpretativa* – grau com que uma corte altera suas decisões, doutrinas ou interpretações anteriores; (3) *Fidelidade interpretativa* – grau com que os dispositivos constitucionais são interpretados de modo contrário às claras intenções do legislador constituinte ou do sentido literal do texto; (4) *Distinção entre o Processo Substantivo e o Processo Democrático* – grau com que uma corte profere decisões judiciais que impõem escolhas políticas substantivas em vez de se limitar a preservar o processo democrático; (5) *Especificidade de política* – grau com que decisões judiciais estabelecem políticas por si só, em vez de deixar essas escolhas para o exercício da discricionariedade de outras agências ou dos particulares; (6) *Disponibilidade para substituição das decisões políticas tomadas por outros agentes* – grau com que uma decisão judicial substitui sérias decisões sobre a mesma questão tomadas por outras agências governamentais.⁵³³

William Marshall, mais tarde, definiu sete “índices” que chamou de “sete pecados do ativismo judicial”: (1) *contramajoritária* – não deferência às decisões tomadas pelos agentes democraticamente eleitos; (2) *não originalista* – a falha das cortes em não decidir com fidelidade ao texto ou à intenção original do constituinte; (3) *quanto aos precedentes* – as cortes não respeitarem os próprios precedentes; (4) *jurisdicional* – as cortes expandirem os limites de sua jurisdição; (5) *criatividade judicial* – a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional; (6) *“correcional”* – a imposição de contínuas obrigações sobre os demais órgãos do Estado ou tomar essas instituições sob permanente supervisão; (7) *partidário* – o uso do poder judicial para executar objetivos claramente partidários.⁵³⁴

Contemporaneamente, Ernest A. Young apresentou “as muitas faces do ativismo”, reconhecendo seis categorias de comportamento judicial que, segundo o autor, fariam “a maioria de nós parecer ‘ativistas’ em alguma maneira”: (1) julgar retrospectivamente os atos dos poderes políticos federais e dos governos estaduais; (2) afastar-se do sentido textual e/ou histórico da norma; (3) afastar-se do precedente judicial; (4) emitir *holdings* amplos ou

⁵³³ CANON, Bradley C. A Framework for the Analysis of Judicial Activism. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. **Supreme Court Activism and Restraint**. Op. cit, pp. 386/387.

⁵³⁴ MARSHALL, William P. MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **Colorado Law Review** V. 73 (4), 2002, p. 1220.

maximalistas em vez de estreitos ou minimalistas; (5) exercer amplos poderes remediais; (6) decidir casos de acordo com as preferências político-partidárias.⁵³⁵

Em momento ainda posterior, Keenan Kmiec identificou “cinco significados centrais” para o ativismo judicial: (1) invalidação de ações dos demais poderes que são constitucionalmente defensáveis; (2) falha em aderir aos precedentes; (3) “legislação” judicial; (4) afastamento de metodologias interpretativas aceitas; (5) julgamentos orientados por seus resultados.⁵³⁶

Em estudo de 2009, Stefanie Lindquist e Frank Cross, com o objetivo de “identificar dimensões do ativismo judicial que possam ser empiricamente medidos”, identificaram quatro dimensões agrupadas em dois grupos: o *ativismo institucional* e o *ativismo ideológico*. O primeiro seria subdividido em: (1) falta de deferência aos poderes legitimados pelo voto popular (*contramajoritarianismo*); (2) falta de modéstia para com o próprio espaço de jurisdição (*alargamento institucional*); (3) falta de deferência aos precedentes das “cortes” anteriores (*estabilidade e fidelidade interpretativas*). O segundo se refere à (4) “disponibilidade dos juízes em engajar nessas atividades (de ativismo institucional) em promoção de suas preferências ideológicas” (julgamento orientado a resultado).⁵³⁷

Todas essas propostas multidimensionais do ativismo judicial, inicialmente pesquisadas, tanto coincidem em muitos pontos quanto apresentam singularidades. Mais ou menos deferência judicial às decisões prévias dos demais poderes políticos e o desrespeito aos precedentes são indicadores de ativismo judicial para todos os autores pesquisados. Isso demonstra a preocupação principal com o fato de juízes e cortes substituírem as decisões dos outros atores relevantes, inclusive de “cortes” anteriores, pelas suas.

A dimensão interpretativa, incluindo a falta de fidelidade ao sentido textual ou original da Constituição e a criação judicial do direito, foi apontada, exceto por Lindquist e Cross, o que parece ser coerente com a proposta desses dois autores de “medir” o ativismo judicial. Por sua vez, três autores (as exceções são Keenan Kmiec e novamente Lindquist e Cross) descreveram o dirigismo em matéria de políticas públicas como outra dimensão do ativismo. Acredito que essas quatro dimensões são as principais para o conjunto de autores pesquisados.

⁵³⁵ YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **Colorado Law Review** V. 73 (4), 2002, p. 1144

⁵³⁶ Kmiec, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review** V. 92 (5), 2004, p. 1.444.

⁵³⁷ CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **Measuring Judicial Activism**. Op. cit., pp. 133/137.

William Marshal, Lindquist e Cross foram os únicos a afirmarem uma dimensão das mais importantes: o *ativismo jurisdicional* (que chamo aqui de ativismo processual) como a significativa expansão pelo próprio Judiciário de seu campo de jurisdição. De outro modo, Lindquist, Cross e Kmiec falam em atitude de os juízes decidirem orientados a um específico resultado (*result-oriented judging*), que para os dois primeiros consiste em julgar segundo as preferências ideológicas dos juízes, enquanto para o último significa julgar segundo um elemento de *intencionalidade* (*scienter element*) na valoração judicial, de modo a satisfazer algum objetivo extraoficial (*unofficial objective*). Muito próximo da conduta descrita por Kmiec é a dimensão partidária do ativismo judicial denunciada por Marshal e Young.

Por fim, Ernest Young formulou uma dimensão interessante que acredito muito presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal. É o *ativismo maximalista*, que, segundo Young, diz com o meio com que juízes decidem os casos, e se manifesta nas hipóteses em que a corte “‘expande-se’ em decidir uma controvérsia que não está a rigor perante ela, ou anuncia um princípio mais amplo do que o caso concreto requer, ou tenta resolver definitivamente um assunto controvertido antes que a sociedade esteja pronta para a resolução.”⁵³⁸

3.4 Dimensões da autorrestrrição judicial

É possível falar-se também em dimensões da autorrestrrição judicial o que significa que as cortes praticam variadas condutas que são igualmente autorrestritivas de seus poderes decisórios. Em seu sentido clássico, a autorrestrrição judicial tem como núcleo uma postura de deferência aos outros poderes na atividade de revisão de seus atos e decisões prévias.⁵³⁹ Foi considerando esse núcleo que Schlesinger opôs ativismo judicial e autorrestrrição judicial: enquanto autorrestrrição judicial é retração; ativismo judicial é expansão de poder pelos juízes e cortes diante dos outros atores políticos. Se ativismo judicial é enfrentar aos outros poderes; autorrestrrição é evitar decidir contra esses poderes; é dar a estes o benefício da dúvida sobre a legitimidade de seus atos, ainda que os juízes sejam contrários a essas decisões.

Por sua vez, esse núcleo clássico deve ser ampliado para alcançar hipóteses de retração de poder judicial que não equivalem exatamente ao propósito de deferência, mas à estratégia

⁵³⁸ YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. *Colorado Law Review* V. 73 (4), 2002, p. 1152.

⁵³⁹ Cf. LUBAN, David. Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint. *Duke Law Journal* V. 44 (3), 1994, p. 450.

de preservar o prestígio institucional das cortes ou assegurar sua funcionalidade. Juízes evitam tomar decisões que produzam efeitos sistêmicos de desprestígio institucional ou aumento extraordinário de litigância, a ponto de comprometer a capacidade e a qualidade de seus serviços. O efeito prático dessa retração de poder é igual ao da concepção tradicional de autorrestrrição judicial, porém, a postura institucional é distinta em seu fundamento e propósito. Caberá o cuidado em diferenciar esses aspectos de um mesmo instituto. Para tanto, é necessário algum rigor no uso dos critérios de classificação das medidas de autorrestrrição.

A primeira maneira de distinguir dimensões de autorrestrrição judicial é a partir do critério da *natureza da restrição* utilizada. Segundo esse critério, John Roche classificou as medidas de autorrestrrição judicial em (a) *procedimentais* e (b) *substantivas*.⁵⁴⁰ Dentro da categoria de técnicas procedimentais incluem-se o controle da agenda de casos; a rigidez e o formalismo nos requisitos de legitimidade de acesso às cortes; o uso parcimonioso dos instrumentos processuais de decisão; entre outros. As técnicas substantivas compreendem mais aderência ao sentido literal dos textos constitucionais; mais deferência às decisões prévias dos outros poderes, principalmente, as que exigem expertise diferenciada; mais valor à presunção de constitucionalidade das leis; evitar ampla teorização dos direitos constitucionais; não interferir em políticas públicas e sociais; o respeito aos precedentes.

Importante também – e muito – é a distinção que utiliza como critério o *propósito da conduta judicial autocontida*. John Daley aponta três diferentes condutas que servem para caracterizar as medidas de autorrestrrição: *deferência* – “juízes devem evitar contradizer as decisões dos outros poderes de governo”; *discrição* – “juízes devem evitar fazer escolhas morais (e talvez políticas, sociais e econômicas)”; *prudência* – “juízes devem evitar tomar decisões que enfraquecerão sua capacidade de tomar outras decisões”.⁵⁴¹ No entanto, acredito que o elemento “discrição”, apontado como propósito autônomo por Daley, dilui-se nas condutas por *deferência* e por *prudência*. Os juízes podem evitar fazer escolhas morais e políticas por *deferência* à maior capacidade legal ou epistêmica dos outros poderes, assim como podem evitar essas escolhas por *prudência* diante dos riscos de erro em suas decisões e de reações sistêmicas adversas que possam prejudicar sua liberdade e capacidade decisórias.

⁵⁴⁰ ROCHE, John P. A Structural Interpretation. In: FORTE, David F. (Ed.) **The Supreme Court in American Politics. Judicial Activism v. Judicial Restraint**. Op. cit., pp. 9/11.

⁵⁴¹ DALEY, John. Defining Judicial Restraint. In: CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.) **Judicial Power, Democracy and Legal Positivism**. Aldershot: Ashgate, 2000, p. 286.

Diante desses elementos, resta então a seguinte classificação das medidas de autorrestrrição judicial segundo os dois critérios apontados: *(i)* pelo critério da *natureza da restrição* – medidas procedimentais e substantivas; *(ii)* pelo critério do *propósito da restrição* – medidas de deferência e de prudência.

3.4.1 Deferência e prudência: sistematização

Atento à distinção entre deferência e prudência como propósitos de autorrestrrição judicial, Richard Posner realizou uma classificação bastante esclarecedora das diferentes dimensões dessa proposta adjudicatória. Com essas duas condutas em mente, Posner distinguiu *(i)* *autorrestrrição estrutural* (*structural self-restraint*) e *(ii)* *autorrestrrição prudencial* (*prudential self-restraint*).

A primeira categoria, a *(i)* *autorrestrrição estrutural*, que Posner gostaria se “tornasse seu sentido exclusivo” e que corresponde ao referido “conceito tradicional” da autorrestrrição, tem no elemento *deferência* o seu núcleo. A deferência aqui é reconhecida como valor político de um governo de poderes separados. É a clássica autolimitação do poder judicial como exigência da própria ideia de estrutura de divisão de poderes constitucionalmente estabelecida. Trata-se, então, de um elemento estrutural das relações institucionais entre o Judiciário e os outros ramos autônomos e independentes de governo.⁵⁴²

Na autorrestrrição estrutural, a autoridade judicial deixa de decidir um caso, ou o decide sem base em suas razões, para respeitar ou adotar as razões de decidir de outro poder. Isso acontece porque a autoridade judicial acredita na *capacidade legal ou epistêmica* desse outro poder para dizer sobre os elementos da questão em julgamento.⁵⁴³ Um caso clássico da *(i.i)* *autorrestrrição estrutural em razão da capacidade legal* foi a defesa sempre feita por Felix Frankfurter, tanto na Corte Roosevelt quanto na Corte Warren, do dever de deferência judicial às decisões prévias do Poder Legislativo independente da sua direção ideológica. Exemplo clássico de *(i.ii)* *autorrestrrição estrutural em razão da capacidade epistêmica* foi o voto vencido de John Marshall Harlan em *Lochner*. Contudo, essas facetas da dimensão estrutural da autorrestrrição judicial não são excludentes entre si, ao contrário, podem ser

⁵⁴² Cf. toda essa abordagem em POSNER, Richard A. **The Federal Courts, Challenge and Reform**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, pp. 314/328.

⁵⁴³ Sobre a deferência em razão da capacidade legal e da capacidade epistêmica, cf. HORWITZ, Paul. Three Faces of Deference. **Notre Dame Law Review** V. 83 (3), 2008, pp. 1085/1090.

complementares, podendo o juiz, para retrain seu poder de decidir, apelar tanto para a maior autoridade legal como a epistêmica do outro poder para decidir sobre a matéria questionada.

A segunda categoria, a *autorrestrrição prudencial*, propõe-se à preservação institucional das cortes o que pode responder a dois motivos distintos: o temor das cortes a possíveis reações adversas dos outros órgãos políticos às suas decisões, ou a defesa da própria funcionalidade. Para Posner, no primeiro caso, o juiz, “consciente das constrições políticas práticas sobre o exercício do poder judicial”, evita tomar certas decisões que possam provocar reações muito adversas dos órgãos políticos e que possam colocar em perigo a saúde institucional das cortes. Ele chamou essa dimensão de *(ii.i) autorrestrrição prudencial política* e, nesses casos, a “deferência” aos outros poderes não é um puro valor de relacionamento institucional, mas sim, um meio estratégico de proteger a integridade da corte.⁵⁴⁴ A prudência de Marshall em *Marbury*, diante do receio de reações adversas do Presidente Jefferson (Capítulo I, item 3.1., *supra*), é um exemplo clássico dessa dimensão.

Na segunda hipótese de autorrestrrição prudencial, o juiz evita tomar decisões que favoreçam o aumento da litigância a ponto de não permitir que as cortes funcionem efetivamente. Nessa dimensão, o juiz se preocupa com os efeitos sistêmicos e negativos de suas decisões sobre a própria funcionalidade da corte e, por isso, Posner denominou-a de *(ii.ii) autorrestrrição prudencial funcional*. A corte evita decidir, ou decide de modo estreito, por preocupar-se em debilitar sua habilidade jurisdicional, e não com eventuais reações políticas adversas às decisões. Embora o resultado prático seja igual ao da dimensão prudencial política, ou seja, a retração de poder das cortes, não há que se falar nesses casos de preocupação com os outros poderes. É apenas uma estratégia de defesa da funcionalidade e do prestígio social das cortes contra um possível enfraquecimento de sua capacidade e qualidade de julgamento decorrente do acúmulo de processos.

Essa autodefesa funcional pode ser alcançada, utilizando a classificação de John Roche, acima apontada, por meios procedimentais – como se verá no capítulo seguinte, a formulação pelo Supremo Tribunal Federal do requisito da *pertinência temática* para propositura de ADI é um exemplo dessa dimensão; ou por meios substantivos – a corte evita amplas teorizações sobre direitos que permitiriam uma avalanche de demandas judiciais.

⁵⁴⁴ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washinton: CQ Press, 1998, p. 47.

3.4.2 Propostas teóricas de autorrestrrição judicial

Importantes pensadores do direito constitucional norte-americano têm elaborado, desde o fim do século XIX, propostas teóricas de *autorrestrrição judicial* que exercem influência sobre a doutrina da adjudicação constitucional em diversos cantos do mundo. Essas propostas têm procurado minimizar a participação das cortes nas decisões políticas e morais complexas combinando os elementos de autorrestrrição acima apontados – elas têm objetivado promover deferência das cortes aos outros poderes e isso tanto por meio de mecanismos procedimentais como substantivos; igualmente propõem prudência para as cortes a ser exercida tanto por um *minimalismo procedimental* como por um *minimalismo substantivo*.

Duas têm sido as principais linhas de justificação normativa dessas propostas – objeções de ordem democrática; objeções pautadas no tema das capacidades institucionais. Alguns autores, seguindo uma ou outra linha, desenvolveram propostas teóricas que reduzem a possibilidade de exercício do controle judicial de constitucionalidade a quase nada – alguns a nada mesmo.⁵⁴⁵ Essas propostas não interessam para este estudo. Interessam aqui as abordagens que não rejeitam esse poder das cortes por completo, mas apenas propõem seu exercício moderado sob determinadas condições.

Com esse propósito, quatro abordagens distintas, embora correlacionadas em diferentes pontos, serão aqui destacadas – a proposta de minimalismo substantivo de James Bradley Thayer; as virtudes passivas de Alexander Bickel; o minimalismo judicial de Cass Sunstein; a análise institucional da capacidade decisória das cortes por Adrian Vermeule. Como se passa a demonstrar, as diferenças de conteúdo e de propósito entre essas abordagens deixam claro como a autorrestrrição judicial, assim como ocorre com o ativismo judicial, não pode ser objeto de uma avaliação unidimensional. Depois, destaco um conjunto de parâmetros que pode ser denominado de doutrina de *standards*, que tem por objetivo a delimitação das

⁵⁴⁵ O professor Mark Tushnet talvez seja o melhor exemplo. Forte na ideia de limitação dos poderes da *judicial review*, ele defendeu, em **Taking the Constitution Away from the Courts**. Op. cit., uma emenda constitucional que superasse *Marbury v. Madison*, retirando da Corte o poder de fiscalizar a constitucionalidade das leis e devolvendo ao *povo* e aos seus *representantes* a função de interpretar e executar a Constituição. O professor neozelandês Jeremy Waldron é outro autor cuja construção teórica reduz à quase nada o campo de ação legítima das cortes. Waldron defende o direito incondicional dos cidadãos de resolver as divergências sobre direitos e princípios entre eles mesmos ou entre seus representantes, de forma que a autoridade legítima para dizer dos direitos só pode ser aquela cujo procedimento privilegie a autonomia e a responsabilidade de cada pessoa. Dessa forma, a teoria política de Waldron é composta de uma *teoria democrática da autoridade* ligada à teoria da justiça – o processo adequado para a tomada dessas decisões será sempre aquele capaz de receber e levar igualmente a sério as informações de todos os que disputam o acordo de sentidos, produzindo conclusões que devem ser precedidas de debates governados pelo mútuo respeito dos diferentes pontos de vista de cada participante. Para Waldron, o Legislativo é a única instituição onde essas condições deliberativas são respeitadas. (Cf. **Law and Disagreement**. Op. cit.; **A Right-Based Critique of Constitutional Rights**. **Oxford Journal of Legal Studies** V. 13 (1), 1993, pp. 1/17; **The Core of the Case Against Judicial Review**. **Yale Law Journal** V. 115 (6), 2006, pp. 1.346/1.406).

hipóteses em que a autorrestrrição judicial é a postura adequada e quando, ao contrário, o ativismo judicial pode ser o comportamento judicial mais adequado.

3.4.2.1 A proposta *thayeriana* – a pedra fundamental da autorrestrrição judicial estrutural

O marco da sistematização teórica da autorrestrrição judicial é o ensaio escrito por James Bradley Thayer em 1893⁵⁴⁶ e sua proposta de que uma lei só deve ser declarada inconstitucional pelas cortes na hipótese de a violação à constituição ser tão manifesta que não deixe espaço para dúvida razoável. Alexander Bickel batizou a proposta de Thayer de “*regra do erro manifesto*” (*rule of the clear mistake*)⁵⁴⁷ segundo a qual apenas um erro legislativo claro, manifesto, acima de qualquer dúvida pode justificar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei. Caso não esteja presente erro dessa natureza, juízes e cortes devem abster-se de pronunciar a inconstitucionalidade da lei, ainda que não concordem com isso. Thayer defendeu, portanto, limitações substantivas ao exercício da *judicial review*, deferência institucional aos outros poderes e isso por motivos de fundo democrático. Sua proposta é o marco clássico da autorrestrrição judicial estrutural.

Thayer não era inteiramente contra a *judicial review*, mas a favor de seu exercício particularmente moderado⁵⁴⁸ – a proposta *thayeriana* era de *modéstia judicial*,⁵⁴⁹ de *dever de deferência* às decisões do legislador.⁵⁵⁰ Esse dever de deferência judicial seria adequado porque as decisões legislativas são tomadas quase sempre dentro de uma ampla margem de escolha, decorrente da ambiguidade da constituição norte-americana.⁵⁵¹ Segundo Thayer, na

⁵⁴⁶ THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review** V. 7 (3), 1893, pp. 129/156. Para a origem teórica da autorrestrrição judicial como uma *noção Jeffersoniana* da autoridade primária do povo para a interpretação da Constituição, portanto, anterior ao texto de Thayer, cf. KRAMER, Larry. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. **California Law Review** V. 100 (3), 2012, pp. 622/623.

⁵⁴⁷ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**. Op. cit., pp. 35/46.

⁵⁴⁸ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Op. cit., p. 16: “Algo como o modelo forte de revisão judicial parece ter sido o alvo do famoso ensaio de 1893 de James Bradley Thayer...”.

⁵⁴⁹ POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Op. cit., p. 288: “Versões de modéstia judicial incluem o princípio de Thayer segundo o qual leis devem ser invalidadas apenas se são contrárias a algum entendimento razoável do texto constitucional”.

⁵⁵⁰ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Op. cit., p. 254: “A essência do Thayerismo é um argumento a favor da deferência judicial aos legisladores em questões constitucionais”.

⁵⁵¹ Cass Sunstein, **A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before**. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 19, enxergando exagero em Thayer: “Por que a

medida em que há essa extensa liberdade de escolha legislativa, os juízes devem evitar interferir. Para ele, portanto, a ambiguidade da constituição fala em favor do respeito à margem de conformação legislativa e não, como muitos defendem, em favor da liberdade do controle de constitucionalidade.

Disso decorre que, apenas uma *violação manifesta e inequívoca da constituição* justificaria a intervenção da Corte com a declaração de invalidade da lei contestada.⁵⁵² Segundo sua formulação clássica: a possibilidade de as Cortes declararem a invalidade das leis se daria “quando aqueles que têm o direito de fazer leis não cometeram um mero erro, mas cometeram um erro muito manifesto – tão manifesto que não está aberto à dúvida razoável”.⁵⁵³ Em havendo qualquer dúvida razoável sobre a constitucionalidade da lei, o juiz tem o dever de ser deferente à decisão prévia do legislador, exercer autocontenção e não declarar inconstitucional a lei questionada.

A proposta thayeriana foi, sobretudo, rediscutir as práticas da democracia norte-americana. Ele acusou que o pensamento norte-americano em favor de uma forte *judicial review* estava distanciado as “questões de justiça e de direito” do espaço político-legislativo e fomentando a irresponsabilidade geral dos legisladores. Essa situação deveria ser logo compreendida pelo povo, que deveria enxergar os graves riscos para a democracia em se reduzir o campo de ação do legislador e em não impor limites ao poder judicial. Sua abordagem propôs a conexão entre autocontenção judicial e o direito de todos ao autogoverno democrático. “Em nenhum sistema”, disse Thayer, “o poder das Cortes pode ter sucesso em salvar um povo da destruição; [a] proteção principal repousa em outro lugar”.⁵⁵⁴ Para o autor, a salvação estaria no Poder Legislativo.

Embora construída para valer em face da realidade constitucional e política norte-americana do fim do séc. XIX – e para atacar a jurisprudência emergente da Suprema Corte que viria a ser conhecida como Era *Lochner* – o *Thayerismo* influenciou seguidas gerações de

Constituição é frequentemente ambígua, a abordagem de Thayer exigiria que as cortes mantivessem quase toda legislação nacional...”.

⁵⁵² Como bem observado por Mark Tushnet, Alternatives Forms of Judicial Review. **Michigan Law Review** V. 101 (7), 2003, p. 2.799, na visão thayeriana “constitucionalidade é uma questão de grau: inconstitucional, mas não muito inconstitucional; um erro, mas não um erro claro”.

⁵⁵³ THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review** V. 7 (3), 1893, p. 144.

⁵⁵⁴ THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review** 7 (3), 1893, pp. 155/156.

juízes⁵⁵⁵ e autores⁵⁵⁶ que desenvolveram e ainda desenvolvem propostas teóricas de autorrestrrição judicial. Contudo, é claro que algumas outras propostas de autorrestrrição judicial se distanciam em conteúdo e propósito da articulada por Thayer. O melhor exemplo foi a formulação feita por Alexander Bickel do que ele denominou *virtudes passivas*.

3.4.2.2 Virtudes passivas e prudência política

O sempre lembrado constitucionalista norte-americano, Alexander Bickel, em artigo de 1961⁵⁵⁷ – incorporado no ano seguinte à sua obra seminal, *The Least Dangerous Branch*⁵⁵⁸ – defendeu uma estratégia adjudicatória por meio da qual a Suprema Corte, diante de um caso envolvendo a aplicação de princípio constitucional ainda não *maduro* no seio da sociedade e entre os poderes políticos, deve *não decidir* o caso para adiar (*delay*) a solução da questão moral ou política de fundo até que esse princípio adquira um sentido majoritariamente aceito. Nessas situações, para Bickel, a Suprema Corte deve agir com prudência política – recusar-se a decidir no primeiro momento para minimizar conflitos com as outras instituições de governo e permitir uma discussão mais ampla – um colóquio contínuo⁵⁵⁹ – entre os poderes políticos, o público e as cortes em torno desse princípio. Uma vez que essa discussão tenha *amadurecido o princípio*, a Corte finalmente deverá aplicá-lo livre e assertivamente nos casos futuros.

Para cumprir essa estratégia, Bickel sugeriu que a Corte exercesse o que chamou de “virtudes passivas” (*passive virtues*) – uso de técnicas processuais que permitam evitar o julgamento de mérito do caso e das questões constitucionais envolvidas. Esses mecanismos

⁵⁵⁵ Como dito no Capítulo I (item 2, *supra*), esse ensaio de Thayer influenciou grandes juízes norte-americanos como Learned Hand, Oliver Wendell Holmes, Louis Brandies e Felix Frankfurter. Sobre essa influência, cf. MENDELSON, Wallace. The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. **Vanderbilt Law Review** V. 31 (1), 1978, pp. 71/87; LUBAN, David. Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint. **Duke Law Journal** V. 44 (3), 1994, p. 451; POSNER, Richard. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. **California Law Review** V. 100 (3), 2012, pp. 525/531. No mesmo sentido: DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution**. Op. cit., p. 340; TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Op. cit., p. 16.

⁵⁵⁶ Adrian Vermeule, **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Op. cit., pp. 254/255, ele mesmo um importante seguidor das ideias de Thayer, referiu-se a autores como Jeremy Waldron, Larry Kramer e Mark Tushnet como sendo “*neo-Thayerian*”. Laurence H. Tribe, **The Invisible Constitution**. Op. cit., p. 50, por sua vez, afirmou, com inteira razão, que as abordagens mais recentes incluídas no movimento conhecido como constitucionalismo popular são ainda mais limitadoras da *judicial review* do que foi a proposta de Thayer. Waldron, Kramer e Tushnet são expoentes desse movimento.

⁵⁵⁷ BICKEL, Alexander. The Passive Virtues. **Harvard Law Review** V. 75 (1), 1961, pp. 40/79.

⁵⁵⁸ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**. Op. cit., pp. 111/198.

⁵⁵⁹ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**. Op. cit., p. 240-244.

processuais estratégicos são: ilegitimidade do autor para a propositura da demanda (*standing*); falta de maturidade do caso para julgamento (*ripeness*); inexistência de controvérsia atual e por isso a perda do objeto da ação (*mootness*); questão discutida eminentemente política, carecendo a Corte de competência para julgá-la (*political questions doctrine*) e ausência de relevância do caso para ser julgado pela Suprema Corte (*denial of certiorari*). Alexander Bickel propôs, dessa forma, o exercício de prudência pela Corte por meio de limitações procedimentais. Sua proposta foi de autorrestrrição judicial prudencial (política).

A abordagem de Bickel se diferencia da feita por Thayer em aspectos relevantes. É fora de dúvida que eles propuseram restrições de natureza técnica diversa – com sua *regra do erro manifesto* (forte presunção de constitucionalidade das leis), Thayer impôs limites substantivos ao exercício interpretativo da Corte na *judicial review* (minimalismo substantivo); com a prática das virtudes passivas, Bickel quis dizer de limites procedimentais sobre o *timing* do exercício da *judicial review* (minimalismo procedimental). O primeiro preocupou-se diretamente com o conteúdo da decisão (*como* decidir), o segundo, com a conveniência e o momento (*se e quando* decidir). Eles também divergiram sobre o propósito da autorrestrrição judicial – Thayer pretendeu uma Suprema Corte *deferente* ao legislador; Bickel, uma Suprema Corte *prudente*, que se preocupa com o impacto *de* e as reações *às* suas decisões dentro do sistema político como um todo, mas não necessariamente deferente a um poder político em particular.⁵⁶⁰

Essas divergências entre os autores refletem o que eles pensavam sobre o papel da Suprema Corte no sistema democrático norte-americano. Ao contrário de Thayer, que defendeu um papel secundário para a Corte na interpretação da Constituição, Bickel acreditava que “preservar, proteger e defender” os princípios da Constituição são a própria *raison d’être* da Suprema Corte.⁵⁶¹ Para ele, o insulamento político tornava a Corte melhor situada que o legislador para decidir sobre os princípios da ordem constitucional norte-americana. Daí que, uma vez que um princípio estivesse *maduro*, Bickel acreditava que a Corte deveria agir livremente na implementação desse princípio sem ter que ser deferente a

⁵⁶⁰ Nesse sentido, cf. POSNER, Richard. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. **California Law Review** V. 100 (3), 2012, p. 532: “Bickel tinha uma ... opinião inferior sobre os legisladores ... do que a de Thayer. (...) Para Bickel, então, como para os Federalistas, restrição era estritamente prudencial.”

⁵⁶¹ BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**. Op. cit., p. 188.

decisões pontuais tomadas por poderes políticos particulares. Ele rejeitou, com isso, o minimalismo substantivo de Thayer para a operação da *judicial review* pela Suprema Corte.⁵⁶²

No entanto, consciente de que a *judicial review* sofre de uma *dificuldade contramajoritária*⁵⁶³ e de que a autoridade da Suprema Corte é limitada diante da *vontade popular*, Bickel procurou, arguindo o uso de virtudes passivas, temperar a missão de concretizar os princípios constitucionais com a necessidade de preservar a viabilidade política da Corte. Sua solução foi propor cautela para a Suprema Corte na escolha do momento de decidir sobre esses princípios; cuidado na avaliação da conveniência de *se* e *quando* decidir.⁵⁶⁴ Prudência era assim a palavra-chave de Bickel para que a Suprema Corte pudesse cumprir seu papel relevante na interpretação da Constituição e, ao mesmo tempo, preservar a legitimidade de suas ações e seu prestígio institucional no sistema político estadunidense.⁵⁶⁵

A preocupação de Bickel com a legitimidade da Suprema Corte e sua estratégia de preservá-la por meio das virtudes passivas conectam sua abordagem com um importante segmento do pensamento constitucional contemporâneo: em propor que a Suprema Corte adie suas decisões fundamentais sobre princípios constitucionais para permitir um “colóquio contínuo” com os poderes políticos e com a sociedade em geral em torno desses princípios, Bickel lançou a base normativa para a “teoria dos diálogos constitucionais”.⁵⁶⁶ Como disse o autor, princípios são “desenvolvido[s] conversacionalmente, não são unilateralmente

⁵⁶² Alguns compreendem seu comprometimento com a interpretação de princípios constitucionais pela Suprema Corte como favorecimento ao ativismo judicial; cf. NAGEL, Robert. F. Principle, Prudence, and Judicial Power. In: WARD, Kenneth D.; CASTILLO, Cecilia R. (Ed.) **The Judiciary and American Democracy. Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory.** Albany: State University of New York Press, 2005, pp. 9/22.

⁵⁶³ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics.** Op. cit., pp. 16/18: “A dificuldade fundamental é que a *judicial review* é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...) quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou a ação de um executivo eleito, ela cerceia a vontade dos representantes do povo real de aqui e de agora.”

⁵⁶⁴ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics.** Op. cit., p. 71.

⁵⁶⁵ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics.** Op. cit., p. 239: “A Corte é uma condutora de opinião, não uma mera controladora, mas ela deve guiar, não meramente impor a própria opinião.”

⁵⁶⁶ FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues.** Op. cit., p. 3: “(...) direito constitucional (...) é um processo em que todos os três poderes convergem e interagem com suas interpretações separadas. Contribuições importantes também vêm dos estados e do público em geral. O tema em si não é novo. Em *The Least Dangerous Branch* (1962), Alexander Bickel disse que cortes se encontram engajadas em um ‘colóquio contínuo’ com instituições políticas e a sociedade em geral.”; BATEUP, Christine. The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review** V. 71 (3), 2006, pp. 1.132: “(...) uso judicial das virtudes passivas encoraja diálogo constitucional na medida em que elas dão aos poderes políticos de governo, junto com a sociedade, a oportunidade de debater e resolver questões constitucionais divisoras por meio de canais democráticos, enquanto a questão de princípio ‘permanece pendente e em desenvolvimento’”.

aperfeiçoado[s].”⁵⁶⁷ A autorrestrrição prudencial de Bickel, fundada em valores democráticos, pretendeu então favorecer diálogos entre os poderes e a sociedade em torno dos significados constitucionais. Na atualidade, Cass Sunstein, com sua proposta de minimalismo judicial, é o melhor exemplo de autores que procuram avançar essa perspectiva da abordagem de Bickel para conectar estratégias de modéstia judicial à promoção da democracia deliberativa.

3.4.2.3 Minimalismo judicial e fluxo moral

Seguindo com as preocupações a respeito do espaço de deliberação democrática, mas também da falibilidade judicial, Cass Sunstein defende um modelo de modéstia judicial por meio do qual os juízes, notadamente da Suprema Corte, devem utilizar estratégias minimalistas de adjudicação diante de questões morais complexas – devem tomar decisões estreitas em vez de amplas, isto é, evitar dizer mais do que o necessário para justificar o resultado de um caso concreto; devem tomar decisões superficiais em vez de profundas, isto é, deixar, na maior medida possível, as questões teóricas ou filosóficas mais fundamentais sem decidir. Entre *decisões minimalistas* (estreitas e superficiais) e *decisões maximalistas* (amplas e profundas), o autor propõe, via de regra, o uso das primeiras. Sem surpresa, ele chamou sua proposta de minimalismo judicial.⁵⁶⁸

Decisões minimalistas, na medida em que são estreitas, resolvem um caso de cada vez, evitam “generalizações prematuras”⁵⁶⁹ e por isso são capazes de preservar a flexibilidade decisória e o espaço de deliberação democrática sobre as questões de fundo. Ademais, elas diminuem os riscos de erros judiciais. Decisões amplas potencializam a falibilidade judicial e generalizações prejudicam a percepção do julgador sobre as diferenças fáticas relevantes entre o caso presente e os casos futuros. Assim, em negar valor à amplitude e à generalidade decisória, o minimalismo judicial favorece a frequência dos *acertos judiciais*.

Por sua vez, decisões minimalistas, na medida em que são superficiais em sua fundamentação teórica,⁵⁷⁰ caracterizam-se por expressar *acordos incompletamente teorizados*

⁵⁶⁷ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**. Op. cit., p. 244.

⁵⁶⁸ SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Op. cit.

⁵⁶⁹ POSNER, Richard. **Law, Pragmatism, Law and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 80.

⁵⁷⁰ SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Op. cit., p. 13: “Existe uma grande diferença entre uma recusa a dar um argumento ambicioso para um resultado e uma recusa a dar quaisquer razões em qualquer hipótese”.

o que faz com que as pessoas possam convergir sobre o resultado sem prejuízo de continuarem a discutir as teorias mais abstratas sobre as quais divergem. O vazio de conteúdo da fundamentação teórica incompleta seria preenchido, progressivamente, enquanto novos casos particulares fossem discutidos e decididos.⁵⁷¹ Com isso, decisões da espécie têm a virtude de fomentar a deliberação democrática, além de evitar erros judiciais com sérios efeitos sistêmicos.

A estratégia de Sunstein é então a do “uso construtivo do silêncio”⁵⁷² – evitar decidir questões de incerteza moral tanto para fomentar a deliberação democrática, deixando para os outros poderes a tarefa de tomar essas decisões, como para reduzir os ônus da decisão judicial, tornando os erros judiciais menos frequentes e menos prejudiciais. Essas características não permitem o enquadramento de sua abordagem em apenas uma dimensão da autorrestrição judicial e isso porque ela requer tanto deferência à capacidade democrático-deliberativa dos outros poderes quanto prudência diante dos efeitos sistêmicos de erros judiciais que decisões maximalistas provocam. Dessa forma, ela é tanto autorrestrição judicial estrutural como prudencial (política).

Contudo, o próprio Sunstein reconhece que existem limitações ao minimalismo. Ele chegou a afirmar que, por razões pragmáticas, “em alguns domínios, minimalismo é um erro terrível”.⁵⁷³ Para o autor, em diferentes contextos e diante de algumas condições, valores do Estado de direito, principalmente a segurança jurídica, podem enfraquecer o argumento do minimalismo e favorecer a decisões amplas.⁵⁷⁴ Nesses casos, Sunstein defende que a escolha adjudicatória não deverá ser do tipo *tudo ou nada* entre “amplitude e estreiteza, ou profundidade e superficialidade”, mas entre “graus de ambas [as equações]”.⁵⁷⁵ Existirá um *continuum* de possibilidades, e não uma dicotomia fechada, devendo a escolha “ser feita na base do caso a caso”.⁵⁷⁶

⁵⁷¹ SUNSTEIN, Cass R. Problems with Minimalism. **Chicago Law School John M. Olim & Economics Working Paper** nº 276 (2ª série), 2006, p. 12.

⁵⁷² SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Op. cit., p. 5: “Claro que é importante estudar o que juízes dizem; mas é igualmente importante examinar o que juízes não dizem, e porque eles não dizem”.

⁵⁷³ SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Op. cit., p. 262.

⁵⁷⁴ SUNSTEIN, Cass R. Minimalism at War. **Law and Economic Working Paper** nº 231, 2004, p. 9: “...em alguns contextos, minimalismo não pode ser tolerado, simplesmente porque sacrifica valores do Estado de direito injustificadamente”.

⁵⁷⁵ SUNSTEIN, Cass R. Beyond Judicial Minimalism. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper** nº 237, 2008, p. 1.

⁵⁷⁶ SUNSTEIN, Cass R. Problems with Minimalism. **Chicago Law School John M. Olim & Economics Working Paper** nº 276 (2ª série), 2006, p. 21.

Diante de tal situação, Sunstein tem procurado, de modo um tanto esparso em seus livros e (diversos) textos, especificar as circunstâncias favoráveis a um ou ao outro método de decisão. Em síntese, para o autor, quando *(i)* diante de questões de alta controvérsia moral, *(ii)* os valores em jogo ainda estiverem em fluxo na sociedade (fluxo moral), *(iii)* o processo democrático estiver focado sobre o tema controvertido, *(iv)* a Corte carecer de informações relevantes que poderiam assegurar que as decisões atingissem o seu alvo, *(v)* o debate envolvido não estiver maduro na própria instância judicial, havendo poucas decisões sobre o tema, e *(vi)* a Corte não estiver segura sobre sua decisão, as decisões minimalistas serão as mais adequadas. Nas hipóteses em que essas circunstâncias se mostrarem opostas, Sunstein aposta no *maximalismo judicial*.⁵⁷⁷

A abordagem minimalista de Sunstein se aproxima da desenvolvida por Alexander Bickel em seu propósito de fomentar a deliberação democrática sobre as questões morais controvertidas, embora Bickel apostasse muito mais na importância do papel da *judicial review* e da Suprema Corte. As decisões minimalistas permitem que a sociedade e os demais poderes mantenham um diálogo sobre valores e princípios que ainda estão em fluxo na sociedade e, assim, catalisam ao invés de impedirem os ideais de participação e responsividade. Segundo Sunstein, “uma Suprema Corte *minimalista*, preocupada tanto com os ideais democráticos como com seu espaço limitado na ordem institucional norte-americana, pode promover as mais altas aspirações da nação sem tomar o lugar dos processos democráticos”.⁵⁷⁸

Não obstante, Sunstein se distancia de Bickel quanto à técnica de restrição utilizada. Enquanto Bickel propôs limitações procedimentais – as virtudes passivas – Sunstein propõe limitações substantivas – como decidir: de modo estreito e superficial; apenas o caso em mãos e sem teorizações abrangentes. Bickel defendia que a Suprema Corte exercesse prudência procedimental em *não julgar*; Sunstein, *julgar* com modéstia decisória. Apenas nesse aspecto,

⁵⁷⁷ Em casos em que *(i)* a previsibilidade for muito importante, *(ii)* houver altos custos para a “decisão de não se decidir”, *(iii)* a Suprema Corte houver tido grande experiência em lidar com o tema discutido (como nos casos de discriminação sexual baseada no gênero), *(iv)* a Corte tiver informações suficientes para produzir decisões substanciais, *(v)* ela estiver segura de que essas decisões farão amplo sentido no futuro, *(vi)* as suas decisões tiverem de ser aplicadas por numerosos atores, todos lidando com situações frequentes e comuns, e *(vii)* existirem razões para desconfiar da liberdade decisória desses atores, decisões maximalistas serão mais adequadas de acordo com o conjunto teórico de Sunstein.

⁵⁷⁸ SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Op. cit., p. xiv.

Sunstein está mais próximo de Thayer, pois ambos teorizaram um *minimalismo substantivo*,⁵⁷⁹ ainda que com conteúdos bem distintos.

A proposta teórica de Cass Sunstein tem ainda a virtude de destacar, para o tema da autorrestrrição judicial, algo que fora apenas sutilmente ventilado por Bickel e pelo próprio Thayer – a preocupação com a falibilidade judicial e os efeitos indesejados dos erros judiciais. Como disse o autor, “minimalistas preocupam-se com os custos da decisão e do erro judicial”.⁵⁸⁰ Sunstein alertou que a Suprema Corte deve ter consciência de suas limitações cognitivas e preocupar-se com os efeitos imprevisíveis de suas decisões. Dessa forma, ele demonstrou preocupações sobre as capacidades institucionais dos juízes e os efeitos sistêmicos de decisões cruciais.⁵⁸¹ Essas preocupações foram aprofundadas na abordagem institucional da interpretação judicial de Adrian Vermeule.

3.4.2.4 Julgando sob os limites da capacidade institucional

Partindo das premissas que a escolha do intérprete adequado da Constituição é um exercício de opção institucional de sérias consequências e que o comprometimento com a democracia é um elemento muito abstrato para justificar essa escolha,⁵⁸² Adrian Vermeule vem defendendo a alternativa de uma justificativa institucional, de orientação predominantemente empírica, em favor da autorrestrrição judicial: a *judicial review* e o processo de interpretação constitucional devem ser avaliados à luz das capacidades institucionais do intérprete e dos efeitos sistêmicos das decisões; como juízes são falíveis e não compreendem os riscos dos efeitos sistêmicos indesejados de seus erros, as interpretações e as decisões ambiciosas devem ser evitadas.

⁵⁷⁹ Em sentido contrário, afirmando que a proposta de Sunstein encerra limitações procedimentais, cf. PETERS, Christopher J.; DEVINS, Neal. Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism. In: WARD, Kenneth D.; CASTILLO, Cecilia R. (Ed.) **The Judiciary and American Democracy. Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory**. Albany: State University of New York Press, 2005, p. 60.

⁵⁸⁰ SUNSTEIN, Cass R. Beyond Judicial Minimalism. **Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Paper**, 2008, p. 1.

⁵⁸¹ É claro que o assunto não é novo, cf. HOROWITZ, Donald. L. **The Courts and Social Policy**. Washington: The Brookings Institution, 1977, pp. 22/67.

⁵⁸² VERMEULE, Adrian. Judicial Review and Institutional Choice. **William and Mary Law Review** V. 43 (4), 2002, pp. 1.557/1.558.

Vermeule desenvolve sua proposta adicionando ao minimalismo substantivo de James Bradley Thayer uma perspectiva institucional⁵⁸³ – “a função judicial básica em casos constitucionais é aplicar textos constitucionais claros e específicos”; além dessa hipótese, “juízes devem evitar ataques ambiciosos”; eles devem ser deferentes aos legisladores “na interpretação de textos constitucionais que são ambíguos, que podem ser lidos em diferentes níveis de generalidade, ou que expressam normas aspiracionais cujo conteúdo muda com o tempo a medida que mudam os valores da sociedade”. Todavia, enquanto Thayer propunha essa regra tendo em conta a posição democrática superior do Legislativo no tráfego político-constitucional, Vermeule a defende em função da melhor capacidade institucional do Legislativo em comparação às cortes.

O autor estadunidense propõe que a alocação de tarefas interpretativas entre diferentes instituições ocorra não em função do melhor ou pior pedigree democrático do órgão A ou B, mas em função de suas distintas capacidades institucionais. Para ele, em clara oposição às ideias de Bickel, cortes sofrem com “constrições de tempo, falta de informação e de expertise em identificar os profundos comprometimentos da Constituição que devem ser interpretados para se ajustarem às circunstâncias modernas”.⁵⁸⁴ Por sua vez, legisladores têm mais acesso às transformações da sociedade e por isso estão em melhor posição para avançar o entendimento de normas constitucionais de acordo com as circunstâncias sociais em mutação.

A preocupação é, notadamente, com a escolha interpretativa que juízes fazem em *condições de incerteza* – enunciados normativos ambíguos, variáveis empíricas incertas e baixo acesso informacional. Nessas condições de incerteza, segundo Vermeule, as cortes devem adotar uma postura judicial modesta e sem ambição e isso porque o legislador é a instituição mais capacitada para atualizar a Constituição. Em função de sua baixa capacidade institucional e curta visão dos efeitos sistêmicos de suas decisões, as cortes devem agir com deferência aos legisladores nas hipóteses de lacunas ou ambiguidades da Constituição, o que compreende a maioria das declarações vagas e aspiracionais da *Bill of Rights*, como a *equal*

⁵⁸³ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation.** Op. cit., pp. 230/232: “Eu argumentarei, sob fundamentos institucionais, uma versão Thayeriana de *judicial review*.” Vermeule inclui sua abordagem dentro de uma linha de pensamento constitucional que ele batizou de *neo-Thayerian*.

⁵⁸⁴ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation.** Op. cit., pp. 248/251. Donald L. Horowitz, **The Courts and Social Policy.** Op. cit., p. 255, fala em “problemas de visão, problemas de informação, problemas de administração e controle” como motivos da falta de capacidade institucional de juízes e cortes em matéria de políticas sociais.

protecion e a *due process of law*. As cortes devem reservar sua atuação mais assertiva apenas para as hipóteses de aplicação das normas constitucionais claras e específicas.⁵⁸⁵

As características da abordagem empírica de Vermeule,⁵⁸⁶ assim como ocorre com o minimalismo judicial de Sunstein, não permitem seu enquadramento em apenas uma dimensão da autorrestrrição judicial. Ela impõe limitações substantivas ao exercício da *judicial review* e deferência ao Poder Legislativo por motivos de fundo institucional (capacidade cognitiva); no entanto, em se preocupar com os efeitos sistêmicos dos erros judiciais, ela também apresenta um aspecto importante de prudência política. Dessa forma, a proposta é tanto de autorrestrrição judicial estrutural como prudencial (política).

Embora sejam todas dotadas de alta autoridade doutrinária, essas propostas encontram dificuldades em sua aceitação prática em função do caráter normalmente homogêneo que ostentam. É praticamente muito difícil trabalhar o controle de constitucionalidade das leis a partir de parâmetros uniformes de comportamento judicial, principalmente, porque nem todas as leis, máxime as que restringem direitos fundamentais, têm a mesma importância. Direitos fundamentais divergem em importância, assim como os interesses governamentais que constituem os propósitos dessas leis restritivas e, por isso, merecem atenção as formulações teóricas e jurisprudenciais que propõem graus diferentes de escrutínio para diferentes casos de direitos e interesses (*standards of review*). É do que se trata a seguir.

3.4.2.5 A doutrina dos *standards*

Importantes setores doutrinários e jurisprudenciais, explorando esses e outros fundamentos teóricos sobre a atuação judicial legítima, têm desenvolvido diferentes *standards* para a delimitação das oportunidades de postura judicial adequada entre *autorrestrrição judicial* e *ativismo judicial* no âmbito do controle de constitucionalidade. Trata-se de formulações que recusam generalizações do tipo defendido, por exemplo, por James Bradley Thayer, que propôs, como descrito no início deste tópico 4.2, *supra*, uma presunção de constitucionalidade quase absoluta das leis e a virtude soberana da autorrestrrição judicial.

⁵⁸⁵ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Op. cit., p. 233.

⁵⁸⁶ Não se pode ignorar que Adrian Vermeule deixou claro que suas “prescrições são empiricamente contingentes” como corolário da própria natureza empírica da abordagem institucional sobre interpretação. Ele diz que suas propostas podem não ser as mais adequadas em contextos institucionais diferentes. Cf. VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Op. cit., p. 284.

Como dizem Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, “a teoria constitucional contemporânea caminha em direção a uma posição com mais nuances” sobre esses parâmetros normativos de intervenção judicial e de declaração de inconstitucionalidade.⁵⁸⁷

Para esses autores,

A tendência atual é a de se conceber a presunção de constitucionalidade de forma graduada e heterogênea, de acordo com diversas variáveis. Ela será mais intensa em alguns casos, demandando uma postura judicial mais deferente diante das escolhas feitas pelos outros poderes, e mais suave em outras hipóteses, em que se aceitará um escrutínio jurisdicional mais rigoroso sobre o ato normativo.⁵⁸⁸

Com efeito, Thayer defendeu a presunção de constitucionalidade das leis quase absoluta e indistinta, ou seja, ele impôs um ônus bastante pesado ao juiz constitucional para declarar a inconstitucionalidade de leis independente da matéria julgada, do interesse estatal envolvido ou do bem jurídico a ser protegido. Contudo, como ensinam os citados professores cariocas, o constitucionalismo contemporâneo tem rechaçado essas propostas absolutistas e acenado para a “graduação da presunção de constitucionalidade e do ativismo judicial legítimo”. Trata-se da proposta teórica em fixar *standards* que definem quais circunstâncias requerem mais ou menos autorrestrrição judicial – mais ou menos ativismo judicial.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, ao longo do tempo, pautada na ideia que a legislação sobre certos interesses estatais merece mais deferência judicial enquanto alguns direitos constitucionais requerem proteção judicial diferenciada, construiu “um complexo conjunto de regras sobre diferentes níveis de escrutínio judicial” para as diferentes hipóteses de restrição legal a direitos⁵⁸⁹ – em “um dos mais proeminentes desenvolvimentos doutrinários do século vinte”, a Corte “introdu[ziu] *standards* variados de controle de constitucionalidade em sua jurisprudência”.⁵⁹⁰ Essas construções metodológicas, cujas aplicações tornaram-se decisivas para os resultados dos julgamentos, distinguem, de um lado, litígios sobre regulação social e econômica e, de outro, litígios sobre discriminações e

⁵⁸⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 460. Sobre o declínio total do *Thayerismo* no direito constitucional norte-americano, cf. POSNER, Richard. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. **California Law Review** V. 100 (3), 2012, p. 533/538: para o autor, “a bola de Thayer murchou”.

⁵⁸⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Op. cit., p. 460.

⁵⁸⁹ BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, pp. 231/232.

⁵⁹⁰ BLOOM JR., Lackland H. **Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution**. Op. cit., pp. 282/283: para o autor, especialmente, mas não apenas, na área da *equal protection of the laws*.

restrições às liberdades fundamentais, e prescrevem diferentes graus de intensidade de controle judicial sobre a constitucionalidade das leis tendo em vista quais desses bens ou propósitos estejam predominantemente envolvidos.⁵⁹¹

A construção histórica desses parâmetros de escrutínio foi realizada em três níveis distintos: (1) teste da racionalidade (*rationality test/rational basis review*); (2) teste intermediário (*intermediate test*); (3) escrutínio estrito (*strict scrutiny*). A aplicação desses *standards* sempre oscilou em função de disputas que envolvem a identificação de quais direitos e quais interesses estatais merecem sujeitar-se a uma ou à outra fórmula de escrutínio.⁵⁹² Quais interesses do governo podem ser julgados relevantes e urgentes a justificarem um controle mais relaxado de constitucionalidade? Quais direitos constitucionais requerem um controle judicial mais rigoroso de constitucionalidade das leis restritivas? Como visto no Capítulo I (item 4.2., *supra*), essa delimitação encontrou uma formulação fundamental na citada decisão *Carolene Products*, da *New Deal Court*, em sua histórica nota de rodapé nº 4, escrita por Harlan Fisk Stone.

O teste da racionalidade ou escrutínio mínimo, “um legado de Thayer”,⁵⁹³ é o nível mais baixo de interferência judicial sobre a validade das leis – para declarar a constitucionalidade da lei, basta ao juiz verificar se a ação do governo configura simplesmente um meio razoável para alcançar um fim legítimo. Para ser constitucional, é suficiente que a lei seja destinada a alcançar um propósito governamental legítimo e os meios escolhidos atendam racionalmente a esse propósito. De acordo com Charles Fried, segundo esse “mais permissivo teste de constitucionalidade”, o juiz deve ser deferente às medidas legais que restringem direitos quando ficar demonstrado que essas restrições atendem a um “propósito plausível” e que haja “alguma conexão racional entre a medida legal restritiva reclamada e a implementação desse propósito.”⁵⁹⁴ Esse teste, que caracteriza o maior nível de autorrestrrição judicial, é utilizado, desde a vitória de Roosevelt sobre a *Old Court* em torno do

⁵⁹¹ BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations**. New York: Cambridge University Press, 2012, pp. 284/285: “(...) a abordagem Americana é caracterizada por uma falta de parâmetro uniforme para examinar a urgência do adequado propósito que limita os direitos constitucionais. De acordo com essa abordagem, nem todos os direitos são de igual importância.”

⁵⁹² FALLON JR., Richard H. Strict Judicial Scrutiny. **University of California Law Review** V. 54 (5), 2007, p. 1.297.

⁵⁹³ POSNER, Richard. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. **California Law Review** V. 100 (3), 2012, p. 534.

⁵⁹⁴ FRIED, Charles. **Saying What the Law Is. The Constitution in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 100. Para o autor, esse teste “pergunta apenas se o governo procura cumprir um fim permissível e se seus meios são racionalmente relacionados à sua realização.” “Em outras palavras, o governo deve sempre se explicar, mas qualquer explicação será, afinal, plausível”.

New Deal (Capítulo I, item 4.2., *supra*), para o controle de constitucionalidade da legislação social e econômica, cuja validade depende apenas da aferição que dada regulação socioeconômica é um meio plausível para o cumprimento de um fim que não seja ilegítimo.

O teste intermediário, o segundo em escala de rigidez, mas o último a ser formulado, é um nível de escrutínio mais rigoroso que o teste da racionalidade na medida em que, para configurar a constitucionalidade de leis restritivas de direitos, devem restar demonstradas a necessidade da ação restritiva do governo e a conexão mais próxima entre o seu propósito e o meio restritivo estabelecido para seu alcance. Com efeito, não bastam, como no teste da racionalidade, que o propósito governamental seja simplesmente legítimo e que haja “alguma conexão” entre ele e o meio legal restritivo adotado, mas deve haver uma justificativa mais persuasiva em torno do propósito legal perseguido e do meio restritivo empregado: o interesse governamental deve ser “importante” e a conexão entre meios e fins deve ser “substancial”. Essa fórmula foi construída pela Suprema Corte no começo dos anos 70, em *Craig v. Boren*,⁵⁹⁵ para decidir sobre discriminações baseadas no gênero ou na idade. Mais recentemente, esse teste foi aplicado para leis que discriminaram crianças nascidas fora do casamento⁵⁹⁶ e em alguns casos de regulação da liberdade de expressão comercial.⁵⁹⁷

O teste do escrutínio estrito, “fórmula judicialmente elaborada para implementar valores constitucionais”,⁵⁹⁸ é “o nível mais severo de controle de constitucionalidade das leis”⁵⁹⁹ – para uma lei restritiva de direitos ser declarada constitucional de acordo com esse *standard*, a Corte deve convencer-se que o propósito governamental não é apenas legítimo, mas “necessário e urgente”; que o meio restritivo escolhido não é apenas racional ou substancialmente relacionado a esse fim, mas “estabelecido estritamente sob medida” para esse fim; que o governo “não pode alcançar esses fins por outros meios”.⁶⁰⁰ Trata-se do teste que mais favorece o ativismo judicial, haja vista o pesado ônus que recai sobre o governo para justificar a medida restritiva – esse teste nega a presunção *normal* de constitucionalidade das leis, de forma que quando a Suprema Corte o utiliza para proteger direitos, sua “supremacia

⁵⁹⁵ 429 US 190 (1970).

⁵⁹⁶ *Clark v. Jeter*, 486 US 456 (1988).

⁵⁹⁷ *Va. State Bd. of Pharmacy v. Va. Citizens Consumer Council*, 425 US 748 (1976); *Cent. Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pub. Serv. Comm’n*, 447 US 557 (1980); *FCC v. League of Women Voters*, 468 US 364 (1984).

⁵⁹⁸ FALLON JR., Richard H. Strict Judicial Scrutiny. *University of California Law Review* V. 54 (5), 2007, p. 1.268.

⁵⁹⁹ BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations**. Op. cit., p. 510.

⁶⁰⁰ BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. Op. cit., p. 232. BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations**. Op. cit., p. 513: enfatizando que não há juízo de ponderação no escrutínio estrito, o autor enxerga sua similaridade com a proporcionalidade e seu subteste da necessidade.

de fato dentro do processo de construção legislativa é completamente percebida”.⁶⁰¹ Modernamente, esse *standard* é utilizado para a proteção de direitos e liberdades especialmente fundamentais.

Como dito no Capítulo I (item 4.2., *supra*), esse nível mais rigoroso de escrutínio judicial em favor de direitos e liberdades civis ganhou seu primeiro reconhecimento teórico na decisão *Carolene Products* e em sua nota de rodapé nº 4, escrita por Stone,⁶⁰² enquanto sua formulação terminológica foi estabelecida pelo Justice Douglas em *Skinner v. Oklahoma*.⁶⁰³ Essa formulação teórica introduziu a ideia que certos direitos constitucionais, de tão fundamentais, exigem um grau elevado de escrutínio judicial sobre leis que venham a restringi-los. Até a superação da *Lochner Era* na *batalha pelo New Deal*, as leis de regulação social e econômica sofriam esse tipo de escrutínio em favor da liberdade de contrato. Porém, a jurisprudência da Suprema Corte, que se consolidou aos poucos a partir do *New Deal*, principalmente, pela Corte Warren, dirigiu a aplicação do *strict scrutiny* para a proteção de outro conjunto de direitos e liberdades preferenciais (*freedoms preferred*) e em face de discriminações pautadas em critérios suspeitos (*suspect classification*).⁶⁰⁴

Liberdade de expressão política, liberdade de associação, liberdade religiosa, liberdade de locomoção no território nacional, o direito de voto, discriminações baseadas em critérios de raça ou de origem nacional (*suspect classification*) ou contra “minorias discretas e insulares” são direitos e situações cujas restrições legais passaram a ser desafiadas e escrutinadas, sob o ponto de vista de sua constitucionalidade, por meio dessa categoria⁶⁰⁵ de teste mais rigoroso. Não obstante, a forma de utilização do escrutínio estrito, em relação aos

⁶⁰¹ MATHEWS, Jud; SWEET, Stone. All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing. **Emory Law Journal** V. 60 (4), 2011, p. 811. Cláudio de Souza Neto e Daniel Sarmiento, **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**, Op. cit., p. 459, falam em teste extremamente rigoroso “em que ocorre praticamente uma inversão na presunção de constitucionalidade do ato normativo.”

⁶⁰² BLOOM JR., Lackland H. **Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution**. Op. cit., pp. 282/283: “(...) Justice Stone tentou redefinir o papel que a Suprema Corte cumpriria no futuro constitucional. (...) Com a nota de rodapé 4 de *Carolene Products*, [a Suprema Corte] procurou indicar que estava preparando substituir seu controle sobre o mercado econômico com um papel mais vigoroso em proteger liberdades e direitos civis”.

⁶⁰³ 316 US 535, 541 (1942): “We mention these matters not to reexamine the scope of the police power of the States. We advert to them merely in emphasis of our view that strict scrutiny of the classification which a State makes in a sterilization law is essential, lest unwittingly or otherwise invidious discriminations are made against groups or types of individuals in violation of the constitutional guaranty of just and equal laws.” Em *Carolene Products*, Stone falou em escrutínio judicial mais exigente (*more exacting judicial scrutiny*).

⁶⁰⁴ Para o professor Richard Fallon Jr., *Strict Judicial Scrutiny*. **University of California Law Review** V. 54 (5), 2007, p. 1.270, o *strict judicial scrutiny* tornou-se proeminente como solução de um problema colocado pela Corte Warren: como criar uma “fórmula para proteger direitos ‘preferenciais’ ou fundamentais que eram muito importantes para serem concretizados apenas por um teste de racionalidade”?

⁶⁰⁵ Em um fluxo inverso, Aharon Barak, **Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations**. Op. cit., p. 509, tipifica “categorias de direitos” conforme “os diferentes níveis de escrutínio judicial ligados a cada um deles.”

outros níveis de teste, não tem se mostrado pacífica na Suprema Corte. Falta clareza analítica aos conceitos centrais desses testes – interesses estatais legítimos, importantes, necessários e urgentes; meios restritivos razoáveis, substanciais e “estritamente sob medida” – e seus juízes, individualmente, tendem a variar a aplicação desses testes “baseados em suas avaliações pessoais da importância do direito em jogo.”⁶⁰⁶ Com isso, a atuação desses *standards* perde em objetividade.

Alguns autores nacionais, como Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, têm procurado pautar a atuação do Supremo Tribunal Federal, dando-a mais objetividade, pela fixação de parâmetros para “calibrar a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, e também, por consequência, o grau de ativismo do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional”.⁶⁰⁷ Trata-se de delimitar as condições, segundo os autores, nem sempre convergentes em um caso concreto, em que o juiz deve reconhecer uma maior presunção de constitucionalidade das leis ou deve exercer um controle mais rígido sobre sua validade. Esses *standards* são os seguintes:

(1) *Grau de legitimidade democrática* – “quanto mais democrática tenha sido a elaboração do ato normativo, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame de sua constitucionalidade”. Trata-se de prestigiar a “efetiva participação popular” e o maior grau de consenso político na elaboração do ato normativo. Com isso, os juízes devem ser mais autocontidos e deferentes à presunção de constitucionalidade de: “atos normativos aprovados por plebiscito ou referendo popular”; leis de iniciativa popular (como o caso da “Lei da Ficha Limpa”); de emendas constitucionais se comparadas às leis ordinárias; leis aprovadas por “quase a unanimidade” do Parlamento.

(2) *Condições de funcionamento da democracia* – “o Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger” “direitos e institutos que são diretamente relacionados com o funcionamento da democracia” (direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de acesso à informação e as prerrogativas políticas da oposição).⁶⁰⁸ Como defendem Souza Neto e Daniel Sarmento, nesses casos, “o ativismo não opera contra a democracia, mas em seu favor, assegurando os pressupostos mínimos necessários ao seu funcionamento”.

⁶⁰⁶ FALLON JR., Richard H. Strict Judicial Scrutiny. *University of California Law Review* V. 54 (5), 2007, p. 1.271.

⁶⁰⁷ Os parâmetros a seguir indicados constam em SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Op. cit., pp. 460/463.

⁶⁰⁸ Essa é a consagrada tese de John Hart Ely, **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, para quem o controle judicial de constitucionalidade deve ser exercido de modo legitimamente invasivo para assegurar os direitos individuais indispensáveis para a participação popular no procedimento democrático de tomada de decisões.

(3) *Proteção de minorias estigmatizadas* – justifica-se “uma relativização da presunção de constitucionalidade de atos normativos que impactem negativamente os direitos de minorias estigmatizadas”, devendo o Poder Judiciário ser mais ativista na defesa dos direitos e interesses de grupos excluídos dos processos decisórios ou cujas pretensões não são alcançadas pela vontade majoritária (grupos sub-representados).

(4) *Fundamentalidade material dos direitos em jogo* – “normas que restrinjam direitos básicos – mesmo aqueles que não são diretamente relacionados com a democracia – merecem um escrutínio mais rigoroso do Poder Judiciário, tendo a sua presunção de constitucionalidade relativizada.” Os autores referem-se às liberdades públicas e existenciais, os direitos sociais em seu âmbito de mínimo existencial,⁶⁰⁹ mas excluem as “vantagens corporativas, ainda que constitucionalizadas”, e os “direitos de natureza exclusivamente patrimonial.”

(5) *Comparação de capacidades institucionais* – “é recomendável uma postura de autocontenção judicial diante da falta de *expertise* do Judiciário para tomar decisões em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito.” Isso é particularmente importante para a área de regulação econômica e de políticas públicas redistributivas.

(6) *Época de edição do ato normativo* – “normas editadas antes do advento da Constituição não desfrutam de presunção de constitucionalidade equiparada àquelas feitas posteriormente”. O caso italiano do controle de constitucionalidade da legislação fascista é paradigmático (Capítulo II, item 3, *supra*). No Brasil, o controle da legislação editada durante o Regime Militar, contexto antidemocrático dos anos 60 e 70, também justifica o escrutínio mais rigoroso, como foi no julgamento da Lei de Imprensa (Capítulo V, item 5.1, *infra*).

Ainda que a defesa normativa do ativismo judicial ou da autorrestrrição judicial extrapole o propósito desta dissertação, foi certamente válido ocupar-se dessas diferentes propostas normativas mesmo para reforçar a premissa de como comportamentos de autorrestrrição judicial como de ativismo judicial podem expressar-se por diferentes dimensões e responder a diferentes variáveis de política judicial ou de estratégia institucional. Isso reforça a premissa central desta dissertação quanto à *utilidade superior da abordagem multidimensional*.

⁶⁰⁹ Para o mínimo existencial como fator de judicialização da política e intervenção judicial na elaboração e execução do orçamento público, cf. TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 116/120.

3.5 As vantagens da abordagem multidimensional

A abordagem multidimensional do ativismo judicial, porque construída sobre a realidade complexa e multifacetada das decisões ativistas, fornece maiores vantagens e utilidades para a tarefa de identificação e também de avaliação das decisões ativistas. A palavra-chave que caracteriza suas vantagens é “facilidades cognitivas”.

3.5.1 A maior utilidade epistêmica da abordagem multidimensional

A realidade de todas as variadas formas de manifestação do ativismo judicial, assim como da autorrestrrição judicial, não deixa dúvidas de que devem ser rejeitadas quaisquer propostas conceituais que sejam resumidas a concepções unidimensionais. Com efeito, diante da realidade multifacetada das decisões ativistas (e autorrestritivas), qualquer proposta conceitual unidimensional sofrerá de *insuficiência epistêmica*.

Cass Sunstein, por exemplo, adota uma concepção unidimensional do ativismo judicial como meio de evitar a confusão terminológica, ligando o termo à frequência com que a Suprema Corte norte-americana julga inconstitucionais ações de outros poderes do governo, máxime do Legislativo, substituindo as decisões tomadas pelo processo democrático pelas suas próprias decisões.⁶¹⁰ Segundo Sunstein, essa concepção tem a vantagem de ser valorativamente neutra, pois não diz se o ativismo é bom ou ruim.⁶¹¹ Para o professor estadunidense, conhecer o ativismo judicial se resume à solução de uma pergunta: quantas vezes a corte declarou inconstitucionais leis ou outros atos normativos?

Embora facilmente identificável e mensurável, esse critério *quantitativo* possui uma reduzida capacidade epistêmica, porquanto não é capaz de fornecer um conhecimento abrangente dos momentos e dos movimentos ativistas *marcadamente qualitativos* das diferentes cortes constitucionais ou supremas. A verdade é que concepções unidimensionais do ativismo judicial, qualquer que seja o critério ou índice escolhido, oferecem sempre um baixo nível de cognoscibilidade do comportamento de juízes e de cortes ativistas. As abordagens unidimensionais são, portanto, desprovidas de virtude epistêmica.

⁶¹⁰ Sem dúvida que este é o critério unidimensional mais comumente utilizado. Sobre as críticas quanto à insuficiência de seu uso, cf. LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. **Minnesota Law Review** 91 (6), 2007, p. 1.759/1.761; MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **Colorado Law Review** 73 (4), 2002, pp. 1.223/1.229; KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism. **California Law Review** V. 92 (5), 2004, p. 1464.

⁶¹¹ SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes**. Op. cit., p. 42.

Marbury é o primeiro e ótimo exemplo para compreender essa fragilidade epistêmica das concepções unidimensionais. Como exposto no Capítulo I (item 3.3., *supra*), o resultado da decisão foi o de denegar o *mandamus* requerido e com isso a Suprema Corte estrategicamente capitulou ao Governo Jefferson. Avaliando a decisão apenas por esse ângulo, *Marbury* não foi ativista, muito ao contrário, a decisão foi de autorrestrrição judicial prudencial política. Contudo, *Marbury* tem diferentes faces, de modo que sua abordagem unidimensional será sempre insuficiente e equivocada.

Para capitular ao Governo Jefferson, a Corte Marshall recusou sua jurisdição originária legalmente estabelecida, mas, para tanto, declarou a inconstitucionalidade da norma federal que lhe outorgara essa competência, sob o argumento de que a Constituição nada dispusera nesse sentido e, por isso, o legislador federal não poderia tê-lo feito. Significa dizer: para ser deferente ao Chefe do Executivo, a Corte Marshall acabou faltando com deferência ao Congresso Nacional. Essa foi uma faceta ativista da decisão. Mas, para negar essa aplicação da norma federal, a Corte Marshall afirmou para si o espetacular poder constitucional da *judicial review* sem que esse poder estivesse definido de modo expreso na Constituição. Essa foi a outra e ainda mais ativista faceta de *Marbury*.

Veja-se então que a complexa *Marbury* possui dimensões diferentes e conceitualmente opostas: umas apontando para concluir que a decisão foi de autorrestrrição judicial; outras inter-relacionadas, apontando em sentido contrário, revelando o caráter ativista da decisão. Isso é uma realidade das decisões cruciais da qual não se pode fugir: decisões cruciais podem ter mais de uma dimensão ativista, mas também dimensões de restrição e ativismo judicial simultaneamente. Enquanto as concepções unidimensionais não permitem que se identifique essa realidade, a abordagem multidimensional, além de reconhecê-la, faz dessa complexidade sua matéria-prima para produzir conclusões adequada e necessariamente abrangentes. Essa é a grande virtude epistêmica da abordagem multidimensional.

Mas será que a abordagem multidimensional é sempre capaz de equacionar dimensões de ativismo e restrição e promover uma conclusão do tipo *tudo ou nada*? Em muitas decisões, uma dimensão é mais relevante do que a outra e isso depende da estrutura da decisão em si, além do contexto histórico e político da questão. *Marbury* é uma decisão desse tipo. Como dito no Capítulo I, a equação entre as dimensões de restrição e de ativismo de *Marbury* não representou um *jogo de soma zero* e isso porque a afirmação do poder da *judicial review* supera com sobras o que a Suprema Corte perdeu de competência para julgar *mandamus* em

face das autoridades de governo. De modo que, apesar de ter dimensões tanto de restrição quanto de ativismo, é possível concluir pelo predomínio das dimensões ativistas em *Marbury*.⁶¹²

Todavia, em outros casos, esse paralelo pode não ser capaz de produzir uma única conclusão, ao menos não com a segurança com que se conclui o ativismo judicial de *Marbury*. Decisões complexas e multifacetadas podem apresentar dimensões tão problematicamente inconsistentes umas para com as outras, que se torna realmente difícil uma conclusão única sobre o ativismo judicial. Nesses casos de identificação bastante complexa, o mais seguro é concluir realisticamente que essas decisões são ativistas em uma dimensão e restritivas em outra o que não reduz a virtude epistêmica da abordagem multidimensional, até porque essas dificuldades e complexidades não são suas, mas das próprias decisões judiciais cruciais.

No âmbito de uma avaliação multidimensional e, principalmente, diante de dimensões conceitualmente opostas, é possível que diferentes autores cheguem a conclusões absolutamente distintas a depender do critério que julguem mais relevante. Contudo, diferente do que ocorre com as abordagens unidimensionais, a fixação casuística de um dado critério como mais saliente é sempre feito a partir da assunção da existência de outros critérios relevantes e depois de devidamente balanceados todos esses critérios. A mais destacada virtude epistêmica é mantida então pela abrangência do processo de identificação/avaliação.

Essa circunstância da abordagem multidimensional, embora possa dar a impressão inicial de tornar mais complexas a definição e a identificação do ativismo judicial, na verdade fornece a utilidade de evitar seu apontamento irreal ao mostrar dimensões ativistas frente às de autorrestrrição e vice-versa. Como salientado por Ernest Young, as dificuldades advindas desses conflitos entre dimensões “não tornam o termo ‘ativismo judicial’ sem significado; elas simplesmente demonstram que uma dada decisão pode aumentar a autoridade judicial em alguns meios, mesmo enquanto reduzindo-os em outros”.⁶¹³ Essa é uma realidade decisória que só mesmo a abordagem multidimensional possui capacidade de revelar.

⁶¹² Segundo William Wayne Justice, *The two faces of judicial activism*. In: O'BRIEN, David M. (Ed.) **Judges on Judging. Views from the Bench**, Op. cit., p. 260, *Marbury* foi “ativismo de primeira classe”. Em sentido relativamente contrário, Ernest A. Young, *Judicial Activism and Conservative Politics*, **Colorado Law Review** 73 (4), 2002, p. 1.169, destaca o contexto histórico como elemento importante na avaliação da saliência das diferentes dimensões de *Marbury*, defendendo que, à época da decisão, anular a decisão do Governo Jefferson via *mandamus* seria mais ativista do que a afirmação feita e o exercício concreto da *judicial review*, o que faria a decisão mais restritiva do que ativista; hoje, para ele, a conclusão adequada seria realmente a oposta.

⁶¹³ YOUNG, Ernest A. *Judicial Activism and Conservative Politics*. **Colorado Law Review** V. 73 (4), 2002, p. 1.169.

Por outro lado, como se verá no tópico seguinte, a oposição, em uma mesma decisão, entre uma dimensão ativista e outra restritiva, pode ser até coordenada e dirigida, conscientemente, a alcançar um resultado particular que seria inalcançável sem essa combinação de dimensões. Aliás, mais além da coordenação estratégica em si mesma, a variação de graus de ativismo e de autorrestrrição judicial pode ser mesmo desejável como forma de equilibrar a garantia de direitos e o respeito aos demais poderes. O caso do *ativismo judicial responsável* da Corte Constitucional da África do Sul é uma prova disso.

3.5.2 Ativismo judicial de meio e de resultado

Em meio a essa complexidade de dimensões não uniformes, a abordagem multidimensional oferece a vantagem de se poder identificar que essas dimensões, embora conceitualmente opostas, podem ser coordenadas: o ativismo pode servir a propósitos de restrição judicial ou, ao contrário, desenvolvimentos restritivos podem servir a propósitos ativistas. É isso o que chamo aqui de ativismo de *meio* e de *resultado*, e essa distinção é também de toda relevante para a identificação e para a avaliação das decisões ativistas.

Marbury, mais uma vez, serve de exemplo. A decisão consistiu em caso de ativismo como meio para alcançar resultado de autorrestrrição judicial. A afirmação do poder da *judicial review* sem previsão clara na Constituição e seu, então, inédito exercício em face de uma lei federal serviram ao propósito imediato e estratégico de deferência ao Poder Executivo. O ativismo foi *meio* e a autorrestrrição judicial prudencial política foi o *resultado*.

Dred Scott foi o caso oposto. A abordagem multidimensional comparativa entre *Marbury* e *Dred Scott* revela algumas similaridades: ambas as decisões foram exemplos igualmente estratégicos de afirmação de poder e falta de deferência ao Congresso. A primeira evitou desgaste *com* o Presidente do país; enquanto a segunda, o desgaste *do* Presidente. Porém, enquanto a primeira teve o ativismo como meio e a autorrestrrição como resultado; a segunda, a autorrestrrição como meio e um resultado de superativismo.

Em *Dred Scott*, o *Chief Justice* Taney justificou a decisão por meio de uma interpretação de fidelidade ao significado original da Constituição de acordo com as intenções de seus criadores (Capítulo I, item 3.2., *supra*) e, com isso, pretendeu resolver a questão mais crucial da sociedade norte-americana da época, um tema de alta voltagem política. De acordo com o critério de mais ou menos fidelidade ao *sentido original* da Constituição, *Marbury* foi

ativista, ao passo que *Dred Scott* justificou-se como um exemplo de aplicação da vontade dos *founding fathers*. Por outro lado, de acordo com o critério do nível de politicidade e relevância social do julgado, *Marbury* não foi ativista, haja vista o alcance de sua jurisdição ser matéria tipicamente judicial, enquanto *Dred Scott*, ao contrário, foi ultra-ativista. A Corte Taney utilizou técnica de autorrestrrição judicial (fidelidade à vontade original dos que redigiram o texto constitucional) para exercer ativismo judicial.

A dimensão de superar precedentes é outro exemplo de medida ativista que pode servir a propósitos de autorrestrrição judicial. Esses casos tornam-se dramáticos, notadamente na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, diante da ideia do *stare decisis* como princípio que deve ser prestigiado. A Corte Rehnquist, como visto no Capítulo I (item 4.3., *supra*), tinha a pretensão de superar o ativismo liberal da Corte Warren, que teria distorcido os significados originais da Constituição. Para alcançar seu propósito, a Corte Rehnquist superou ou restringiu o alcance de muitos precedentes da Corte Warren o que levantou a “acusação” de ativismo judicial. Ocorre que, a superação de muitos desses precedentes resultaram a afirmação da constitucionalidade de leis conservadoras contemporâneas, promulgadas justamente para desafiar as decisões da Corte Warren. Significa dizer: o ativismo na superação de precedentes serviu como meio de deferência da Corte Rehnquist ao Legislativo e, mais notadamente, aos legisladores estaduais. Não há jeito de compreender esses *aparentes paradoxos* sem o uso da abordagem multidimensional.

3.6 A abordagem multidimensional do ativismo judicial e a realidade brasileira

Tudo o que foi dito até aqui, tanto a sistematização das principais lições ofertadas pelas práticas de ativismo judicial descritas nos dois primeiros capítulos, quanto o presente desenvolvimento teórico sobre a abordagem multidimensional do ativismo judicial servem à realidade da jurisdição constitucional brasileira, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal. Essas informações alimentarão a empreitada, a ser desenvolvida nos dois próximos capítulos, de identificação do ativismo judicial da Corte. Porém, como parte do próprio conceito de ativismo judicial, é necessário, mesmo imprescindível, que essas informações sejam devidamente contextualizadas e filtradas por nossas particularidades, daí a importância de se ter cautela na afirmação integral da incidência de todos esses elementos para o caso brasileiro.

Por exemplo, diante da falta de uma cultura de *stare decisis* no Brasil, acredito que não há que se falar por aqui de um ativismo judicial na superação de precedentes,⁶¹⁴ embora tenha se tornado muito comum essa prática por nossos Tribunais Superiores. Os efeitos danosos à segurança jurídica e à estabilidade das relações, em razão da superação de precedentes pelo Supremo Tribunal Federal, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, justificam arguições contrárias a essa prática e à defesa da modulação temporal dos efeitos dessas decisões (*prospective overruling*). Contudo, isso não significa que, no Brasil, essa prática deva ser considerada índice de ativismo judicial. A prática pode até ser inadequada por promover instabilidade do direito e por motivo de descrédito institucional, mas nunca porque constitui um problema de expansão indevida de poder político-normativo pelas cortes.

No Brasil, também não há ativismo partidário,⁶¹⁵ embora não se possa descartar esse risco que existe não em função do desenho institucional de nomeação dos ministros em si mesmo, e sim do fato incontestável que nosso Senado Federal não cumpre efetivamente um papel interventivo no processo de escolha dos ministros da Corte, sendo “em grande medida deferente às escolhas presidenciais”, evitando “opor-se a elas por razões políticas”.⁶¹⁶ Caso o Presidente venha nomear operadores jurídicos com vinculação partidária de longa data, existe um alto risco de essa nomeação não sofrer uma oposição significativa no Senado.

Nos dois capítulos seguintes, a dissertação se propõe, primeiro, a apresentar o incipiente debate sobre o ativismo judicial no Brasil e, na sequência, identificar as dimensões das decisões ativistas da Corte pós-Constituição de 1988. A identificação multidimensional do ativismo do Supremo será levada a efeito no Capítulo V a partir das diretrizes, premissas e propostas afirmadas neste capítulo, que foram construídas a partir das lições extraídas dos diferentes cenários político-constitucionais explorados nos dois primeiros capítulos e que serão ajustadas para a realidade institucional, política, social e cultural brasileira. Antes, no próximo capítulo, apresento o jovem debate brasileiro sobre o ativismo judicial e pontuo historicamente os acontecimentos institucionais e políticos mais importantes para o Supremo Tribunal Federal, ocorridos antes e depois da entrada em vigor da Constituição de 1988.

⁶¹⁴ É o que fez, por exemplo, Alexandre Garrido da Silva, *Minimalismo, Democracia e Expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas*. **Revista de Direito do Estado** V. 12, 2008, Rio de Janeiro: Renovar, pp. 107/142.

⁶¹⁵ Neste sentido, com argumentos empíricos, cf. POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Op. cit., pp. 80/81.

⁶¹⁶ OLIVEIRA, Maria Angela Jardim de Santa Cruz; GAROUPA, Nuno. Choosing Judges in Brazil: Reassessing Legal Transplants from the United States. **The American Journal of Comparative Law** V. 59 (2), 2011, p. 547.

4 O DEBATE NO BRASIL E A TRAJETÓRIA DO PAPEL POLÍTICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 O incipiente debate do ativismo judicial no Brasil

Assim como os países estudados nos capítulos anteriores, o Brasil também tem sido palco do ativismo judicial, mais destacadamente do ativismo do Supremo Tribunal Federal. Porém, diferente do que ocorre em países como Alemanha, Itália, Canadá e, principalmente, nos Estados Unidos, o debate sobre o ativismo judicial no Brasil é algo novo. Aqui a discussão acadêmica ganhou mais fôlego a partir da primeira década deste século, com a proliferação de textos, monografias e coletâneas específicas.⁶¹⁷ No cenário político, há apenas pontuais discussões ou oposições a decisões particulares, sem que se verifiquem reações orgânicas significativas voltadas para limitar os poderes decisórios do Supremo e aumentar o controle parlamentar sobre a Corte.⁶¹⁸ Na mídia, o tema começa a ganhar espaço, dirigida precipuamente para criticar o “vácuo institucional” dos outros poderes.⁶¹⁹

O início do debate sobre o ativismo judicial no Brasil está ligado à ascensão institucional do Poder Judiciário e, destacadamente, do Supremo Tribunal Federal, fenômenos

⁶¹⁷ **Textos:** POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo*. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro: PUC – Direito, V. 17, 2000, pp. 121/143; CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. **ALCEU** V. 5 (nº 9), Rio de Janeiro: PUC, 2004, pp. 105/113; ENGELMANN, Fabiano. *Internacionalização e Ativismo Judicial: causas políticas e causas jurídicas nas décadas de 1990 e 2000*. **Contexto Internacional** V. 29 (1), Rio de Janeiro: PUC – Instituto de Relações Internacionais, 2004, pp. 39/62; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”*. **Revista Direito GV** V. 8, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008, pp. 407/440; BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática*. **Revista de Direito do Estado** V. 13, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 71/91; CONTINETINO, Marcelo Casseb. *Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro*. **Revista de Direito do Estado** V. 19/20, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 105/134; MELLO, Patrícia Perroni de Campos. *Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal*. **Revista de Direito do Estado** V. 19/20, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 183/213.

Monografias: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. Op. cit.; LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altivez? O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal*. Op. cit.; POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Op. cit.

Coletâneas: VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010; LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Henning (Org.). *Ativismo Judicial e Défis Democráticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. (Org.). *Constituição, Ativismo Judicial e Défis Democráticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; FELLET, André Luiz Fernandes et al. (Orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.

⁶¹⁸ Talvez seja única exceção a recente Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 33/2011: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>

⁶¹⁹ Cf., por exemplo, a boa reportagem da Revista Veja de 27/08/2008: <http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx> (acesso em 06/09/2010).

vinculados à promulgação da Constituição de 1988 e que ganharam envergadura mesmo nos últimos anos do século XX e no começo deste século. Como destacou Daniel Sarmiento, “seria *non sense*” falar de protagonismo judicial no Brasil “até não muitos anos atrás”, ao contrário, “a atuação do Judiciário brasileiro, ao longo do tempo, se sujeita muito mais à crítica de omissão e de acumpliciamento em relação aos ‘donos do poder’ do que à acusação de excesso de ativismo”.⁶²⁰ Portanto, como a mudança de paradigma é ainda recente, a realidade incontestável é que estamos apenas engatinhando no debate sobre o ativismo judicial.

A partir da Constituição de 1988 e com a redemocratização do país, assistiu-se a um reforço do papel institucional do Judiciário. Transformações institucionais como a ampliação do acesso à Justiça (v.g. Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado Federal, Defensoria Pública, etc.), o fortalecimento do Ministério Público, o aperfeiçoamento de instrumentos processuais de defesa dos cidadãos, tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa somaram-se à crescente consciência e mobilização da sociedade civil em torno de seus direitos e fizeram do Judiciário um ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos envolvendo a efetivação desses direitos.⁶²¹

Nas 1ª e 2ª instâncias judiciais, tornaram-se comuns decisões, em ações civis públicas ou em litígios individuais, que interferem diretamente em políticas públicas e sociais, principalmente dos governos estaduais e municipais. Políticas de moradia, urbanização, educação, meio-ambiente, do sistema prisional, etc., mas, principalmente, políticas públicas de saúde, têm sofrido constantes intervenções judiciais em todas as regiões do país. Tem sido também muito frequente a intervenção judicial nos resultados dos processos eleitorais, proliferando-se anualmente decisões que afastam e até prendem vereadores e prefeitos de diversos municípios, seja por abuso de poder econômico durante as eleições, seja por atos de improbidade durante o governo.

O Superior Tribunal de Justiça, conquanto tenha inicialmente adotado uma postura passiva na concretização de direitos fundamentais,⁶²² aos poucos passou a proferir decisões de mais interferência nos assuntos dos outros poderes, inclusive impondo ao Legislativo e ao Executivo a criação e a execução de políticas públicas voltadas para a satisfação dos direitos

⁶²⁰ SARMENTO, Daniel. (Resenha de Livro) Um Novo Clássico: O *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo* de Luís Roberto Barroso. **Revista de Direito do Estado** V. 12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 407.

⁶²¹ Cf. ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. Op. cit., pp. 81/115.

⁶²² Dentre outras, cf. STJ – 1ª T., RMS 6.564/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 17/06/1996.

sociais,⁶²³ mormente quando as prioridades já se encontram definidas na própria Constituição. No âmbito dos conflitos políticos, em fevereiro de 2010, por meio de sua Corte Especial, o Tribunal tomou a inédita e espetacularmente impactante decisão de prender, de forma preventiva, um governador (do Distrito Federal) e ainda afastá-lo do seu cargo, em razão de graves acusações de corrupção no que ficou conhecido como o “Escândalo do Mensalão do DEM”.⁶²⁴

É claro que toda essa evolução choca-se muitas vezes com os sérios defeitos de funcionalidade do Judiciário, principalmente, os problemas endêmicos de acúmulo e lentidão dos processos. É quase que inevitável, portanto, que a forte expansão na “dimensão da justiça comum e da proteção de direitos coletivos e sociais” faça com que o Judiciário assuma tarefas de grandes proporções que contrastem “com sua capacidade de dar respostas com a efetividade esperada”.⁶²⁵ Porém, apesar de todas essas dificuldades, o saldo deve ser considerado positivo, tendo o Judiciário pós-88 se tornado, em geral, muito mais acessível e ativo na proteção dos direitos dos excluídos e das minorias do que algum dia o tenha sido.

Não obstante essa ascensão institucional em geral do Judiciário, é o Supremo Tribunal Federal a instituição que, desde o início da vigência da Constituição de 1988, tem mais gradativa e destacadamente ampliado sua participação na vida pública brasileira, ganhado mais visibilidade e importância política e social e se transformado em um ator central do nosso sistema de governo. O professor Oscar Vilhena Vieira falou em “Supremocracia” para caracterizar o singular arranjo institucional brasileiro que vem sendo desenhado desde a Constituição de 1988 em torno do protagonismo do Supremo: um arranjo de “paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo” e de expansão de sua autoridade “em relação às demais instâncias do judiciário” e “em detrimento dos [demais] poderes” de governo.⁶²⁶ O atual estágio de proeminência político-institucional do Supremo Tribunal Federal é algo realmente incontestável, ao menos, do ponto de vista descritivo.

Como dito no último tópico do capítulo anterior (Capítulo III, item 6, *supra*), o propósito central desta dissertação é categorizar os casos de ativismo judicial do Supremo sob a perspectiva da abordagem multidimensional, ou seja, identificar as *dimensões do ativismo*

⁶²³ Cf., entre outras, STJ – 1ª T., REsp 753.565/MS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 28/05/2007 ; STJ – 2ª T., REsp 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 28/04/2010.

⁶²⁴ STJ – CE, Inq 650/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 11/02/2010.

⁶²⁵ ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. Op. cit., p. 107.

⁶²⁶ VIERA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito do Estado** V. 12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 59/60.

judicial do Supremo Tribunal Federal. Porém, para melhor compreensão dessa realidade contemporânea, é didática e metodologicamente valioso investigar previamente a evolução histórica dos mecanismos de controle de constitucionalidade e de defesa dos direitos e liberdades e como se desenvolveram as relações conflitivas do Supremo com os demais poderes políticos ao longo da acidentada vida republicana brasileira. A estratégia é, assim, fazer uma avaliação comparativa do antes e do depois da Constituição de 1988 quanto: **(I)** aos *desenhos institucionais* da Corte e de seu controle de constitucionalidade; **(II)** à *dinâmica comportamental-conflitiva* entre o Supremo e os Poderes Executivo e Legislativo.

Para demonstrar, com utilidade, a evolução comparativa das transformações da estrutura do Supremo e dos processos de controle de constitucionalidade das leis, utilizarei os elementos destacados por Tom Ginsburg para descrever as diferentes possibilidades institucionais das cortes: **(i)** o número; **(ii)** o mandato; **(iii)** os mecanismos institucionais de escolha dos juízes; **(iv)** o acesso à corte; **(v)** os efeitos das decisões de inconstitucionalidade; **(vi)** a escolha do sistema concentrado ou difuso de controle de constitucionalidade.⁶²⁷

Os três primeiros elementos são fatores de mais ou menos independência das cortes: **(i)** quanto maior o número de juízes na corte, menor será a oportunidade de influência partidária; **(ii)** quanto mais longo e seguro for o mandato do juiz, mais liberdade ele terá para exercer sua missão; **(iii)** quanto menos politicamente concentrado for o poder de nomeação dos juízes, será mais provável insular os julgamentos das pressões políticas de curto prazo. Por sua vez, os três últimos elementos dizem sobre o maior ou menor poder de decisão da corte: **(iv)** quanto mais descentralizado for o acesso à corte, mais amplas serão sua agenda e a estrutura de oportunidades de judicialização de importantes questões políticas e sociais; **(v)** quanto mais abrangentes e vinculantes forem os efeitos das decisões, mais poder a corte exercerá sobre os demais atores e sobre a própria sociedade; **(vi)** quanto mais centralizado na corte for o poder de controle de constitucionalidade, maior será sua importância para os resultados dos processos legislativos.

No Brasil, esses desenhos sempre tiveram momentos importantes de definição nas constituições republicanas, mas, também em leis, em medidas autoritárias do Poder Executivo (decretos com força de lei, atos institucionais, etc.), assim como, e isso é particularmente importante, na própria jurisprudência do Supremo. Como os fatos a seguir narrados

⁶²⁷ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases**. Op. cit., pp. 34/48: o autor não destaca a escolha do sistema concentrado ou difuso de controle de constitucionalidade, pois o considera incluso no elemento “acesso à Corte”.

demonstrarão, tanto em nível constitucional como infraconstitucional, predominaram, até o advento da Constituição de 1988, desenhos institucionais de um campo restrito de ação e de fraco poder decisório do Supremo. Isso mudará apenas a partir da Constituição de 1988.

Com relação ao ambiente de relações e conflitos do Supremo com os demais poderes políticos, vale aqui investigar: o grau de respeito à sua independência institucional; a evolução do seu comportamento na defesa dos direitos individuais; seu grau de envolvimento com as questões morais e políticas fundamentais e suas reações aos movimentos hostis às suas decisões, principalmente, vindos do Poder Executivo. O propósito é mostrar como o Supremo desempenhou suas funções constitucionais ao longo do tempo, inclusive em períodos de instabilidade política e insegurança institucional. O historiador Marco Antonio Villa, ferrenho crítico da Corte, acusa-a de comportar-se “muitas vezes [como] uma seção – subalterna – dos interesses do Executivo”.⁶²⁸ Infelizmente, os fatos mostrarão que isso é uma verdade para o passado. Por outro lado, mostrarão também que não tem sido assim no presente.

A sequência é dividida em três tópicos: o primeiro tem por objetivo descrever a trajetória institucional e política do Supremo desde sua criação até a entrada em vigor da Constituição de 1988, destacando a disciplina constitucional do controle de constitucionalidade em sua jurisdição e seus embates com os outros poderes políticos, máxime o Poder Executivo; no segundo, repito o exame, porém, considerando os aspectos normativos e fáticos pós-1988, descrevendo o fortalecimento da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal e apresentando o avanço de seu ativismo judicial contemporâneo; no último, procuro fazer um diagnóstico do avanço político-institucional da Corte, apresentando as variáveis que acredito explicarem esse novo estado de coisas.

4.2 O Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade antes da Constituição de 1988

4.2.1 A debilidade dos desenhos institucionais do Supremo pré-Constituição de 1988

A Constituição do Império (1824-1889), de influência marcadamente francesa, não estabeleceu o controle judicial de constitucionalidade das leis, tampouco o então órgão de

⁶²⁸ VILLA, Marco Antonio. **A História das Constituições Brasileiras. 200 anos de luta contra o arbítrio**. São Paulo: Leya, 2011, p. 131.

cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal de Justiça, “seguí[u] o exemplo da Suprema Corte norte-americana, com a introdução do instituto através da interpretação dos textos sobre suas próprias funções.”⁶²⁹ Essa postura passiva do Tribunal provocou algumas críticas severas, como a do insigne jurista e advogado Levi Carneiro, que acusou a instituição de não perceber “sua própria missão mais alta”, de esquecer a “repercussão política que poderia ter a sua atuação judiciária”, de “não exercit[ar], com largueza, as suas prerrogativas”, “deix[ando] que os outros poderes constitucionais dominassem absolutamente, anulando-o”.⁶³⁰

Contestando Levi Carneiro, Lúcio Bittencourt explica que a situação brasileira era “muitíssimo diversa da que se verificou nos Estados Unidos da América” e isso porque a guarda da nossa Constituição foi expressamente outorgada ao Poder Legislativo (art. 15, IX), cabendo a esse último “a defesa dos princípios constitucionais”. Ademais, havia a previsão constitucional do “Poder Moderador”, “a chave de toda a organização política”, “investido da função de manter a independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos (art. 98)”. Como disse Bittencourt, com essa atribuição de “suprema inspeção”, se o controle de constitucionalidade pudesse ser exercido por algum dos “departamentos do governo” que não o próprio Legislativo, então “esse controle só poderia caber (...) ao Poder Moderador,”⁶³¹ ou seja, à pessoa “inviolável e sagrada” do Imperador.

Com o advento da República, o pensamento constitucional brasileiro deu uma virada em direção ao constitucionalismo norte-americano, abandonando as premissas da doutrina e do sistema político europeu. O responsável por essa mudança foi Rui Barbosa, cuja influência intelectual resultou o estabelecimento do controle judicial de constitucionalidade das leis federais e estaduais de estilo estadunidense (*incidental* e *difuso*), primeiro no Decreto nº 880, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal, e depois na Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891 (art. 59, III, §1º, *a* e *b*; art. 60, *a*).

O Supremo Tribunal Federal foi criado na República Velha pela Constituição Provisória de 22 de junho de 1890 (Dec. 510, art. 58, §1º, *a* e *b*), tendo sido efetivamente instalado, como órgão de cúpula do Judiciário, em 28 de fevereiro de 1891. Foi previsto na Constituição Republicana, em seu art. 55, para atuar com 15 ministros, todos nomeados pelo

⁶²⁹ BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. **Revista de Direito Público** V. 4, São Paulo: RT, 1968, p.36. Sobre o Supremo Tribunal de Justiça do Império, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.) **O Supremo Tribunal de Justiça do Império. 1828-1889**. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶³⁰ CARNEIRO, Levi. **Federalismo e Judiciarismo**. Rio de Janeiro: Alba, 1930, p. 239, *apud* BITTENCOURT, C.A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 27.

⁶³¹ BITTENCOURT, C.A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Op. cit., p. 27.

Presidente e aprovados pelo Senado (art. 56), com cargo vitalício e sem previsão de aposentadoria compulsória. Dentre outras competências, o Supremo realizava a revisão definitiva, em grau de recurso, das decisões de Tribunais federais e estaduais que versassem sobre a validade das leis ou dos atos dos Governos em face da Constituição. Com esse desenho institucional originário, o Supremo possuía poderes limitados de controle de constitucionalidade⁶³² na medida em que apenas o exercia em sede recursal e suas decisões não tinham eficácia *erga omnes* ou vinculante.⁶³³

A Constituição de 1891 foi responsável por dar *status* constitucional ao *habeas corpus*, prevendo-o em seu art. 72, §22, segundo o qual, o *remédio processual* deveria ser concedido “sempre que o indivíduo sofre[sse] ou se acha[sse] em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.” O art. 61, nº1, da Carta, definiu a competência do Supremo para julgar *habeas corpus* apenas em sede de recurso, o que deixou dúvida sobre algum possível caso de competência originária da Corte. Segundo Baleeiro, essa dúvida foi dissipada com a Lei nº 221, de 1894, que assegurou “o conhecimento de *habeas corpus* diretamente impetrado ao Supremo Tribunal Federal, quando o coator fosse autoridade sujeita à jurisdição dele”⁶³⁴ o que de resto vigora até hoje.

Como a Constituição sujeitava o Presidente e Ministros de Estado à jurisdição do Supremo (art. 59, I, *a*), sua competência originária em *habeas corpus* se tornou importante via de oportunidades de conflitos com o Poder Executivo e responsável pelos grandes momentos de sua jurisprudência durante a República Velha. Esses conflitos foram otimizados pelo alargamento da aplicação do *habeas corpus* que a própria Corte promoveu. Por meio da chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, o Supremo ampliou o uso da ação para além de sua finalidade histórica de restaurar a liberdade de ir e vir, concedendo-o para os fins mais diversos: a garantia de reunião pacífica; a reintegração de funcionários; a liberdade de imprensa em estado-de-sítio; a liberdade de ensino e aprendizado; até para dar posse a governadores, senadores, deputados, vereadores e juízes.⁶³⁵ Essa hipertrofia do *habeas corpus* teve fim apenas com a Reforma Constitucional de 1926, que restringiu o uso da ação para sua tradicional função de proteger a *liberdade de locomoção*.

⁶³² Themistocles Brandão Cavalcanti, **Do Controle da Constitucionalidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 61, falou em atribuição implícita do controle judicial de constitucionalidade pela Constituição.

⁶³³ Eficácia *erga omnes* é a qualidade da decisão de aproveitar a todos; eficácia vinculante é a qualidade da decisão de vincular aos demais órgãos judiciais e aos órgãos administrativos.

⁶³⁴ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 62.

⁶³⁵ No Capítulo seguinte, essa prática de elastecer o campo de aplicação do *habeas corpus* é apresentado como um exemplo clássico da dimensão processual do ativismo judicial.

Com o Governo Provisório de Vargas (1930-1934), instituído pelo Dec. 19.398, de 11 de novembro de 1930, chegou ao fim a República Velha e iniciou-se um período em que a Corte seria profundamente atacada em sua estrutura e independência pelo Poder Executivo. Por meio desse mesmo decreto, foram suspensas as garantias constitucionais e excluídas de apreciação judicial os atos praticados pelo Governo Federal, sendo mantido o *habeas corpus* apenas em favor de réus ou acusados em processos de crimes comuns (art. 5º). Por meio do Dec. 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, Vargas diminuiu a composição do Supremo para 11 ministros e, em alguns dias depois, apesar da previsão constitucional de vitaliciedade do cargo, aposentou compulsoriamente seis ministros da Corte (Dec. 19.771, de 18 de fevereiro), em uma atitude inédita até então na República e que marcaria um longo período de constrangimentos e humilhações para os membros do Supremo Tribunal Federal.

De vida curta, a Constituição de 1934 vigorou durante o chamado “Governo Constitucional” (1934-1937), que havia sucedido o Governo Provisório. A nova Carta chamou o Supremo Tribunal Federal de “Corte Suprema”, manteve a redução para 11 do número de juízes (art. 73), a forma de nomeação destes e a vitaliciedade dos seus cargos, embora sujeitos à aposentadoria compulsória aos 75 anos (art. 64, *a*). A Carta também manteve as competências básicas da Corte estabelecidas na Constituição anterior, inclusive sua competência recursal no sistema de controle difuso de constitucionalidade (art. 76, III, *b* e *c*). Porém, ela promoveu modificações nesse sistema que, por sua relevância e caráter inovador, Celso Barbi comparou-as à própria introdução do controle em 1890 e 1891.⁶³⁶

A nova Constituição exigiu dos Tribunais Federais e dos Estados que a declaração de inconstitucionalidade fosse feita apenas pela maioria absoluta de seus membros (art. 179), evitando assim “contínuas flutuações de entendimento”.⁶³⁷ Mais importante ainda, ela estabeleceu a competência do Senado para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 94, IV). Esse dispositivo introduziu a eficácia *erga omnes* das decisões a ser obtida mediante um diálogo da Corte com o Senado, intermediado pelo Procurador Geral da República, que tinha a competência de comunicar ao Legislativo a decisão de inconstitucionalidade para que este procedesse à suspensão (art. 96).

⁶³⁶ BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. **Revista de Direito Público** V. 4, São Paulo: RT, 1968, p. 37.

⁶³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.036.

Duas outras inovações da Constituição de 1934 também merecem destaque: a representação interventiva e o mandado de segurança. A representação interventiva é tida como o “embrião da ação direta de inconstitucionalidade no Brasil”.⁶³⁸ Segundo o art. 12, §2º, o Procurador-Geral da República deveria submeter originariamente ao Supremo o exame de constitucionalidade de lei federal que decretasse intervenção nos Estados em razão de suas constituições e leis não respeitarem os princípios constitucionais, ditos *sensíveis*, previstos no art. 7º, I, *a a h*. No âmbito de julgamento da representação, ou o Supremo declarava em abstrato a constitucionalidade da lei federal interventiva e, com isso, a inconstitucionalidade da constituição ou lei estadual, ou, ao contrário, declarava a inconstitucionalidade da lei federal interventiva e, assim, a constitucionalidade da constituição ou da lei estadual.

O art. 113, nº 33, por sua vez, outorgou a todo cidadão a garantia do “mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”, aumentando assim a estrutura de oportunidades de questionamentos da inconstitucionalidade das leis e demais atos normativos. Como disse Barbi, com a previsão do mandado de segurança, “multiplicaram-se grandemente as demandas fundadas em inconstitucionalidade de leis, [e] firmou-se a consciência popular da eficácia das garantias constitucionais.”⁶³⁹ Até os dias de hoje, questionamentos relevantes de inconstitucionalidade chegam ao Supremo via *mandamus*.

Com o golpe de estado de 1937, foi outorgada, no mesmo ano, uma nova constituição, que vigorou durante o chamado “Estado Novo” de Getúlio Vargas (1937-1945). O texto da Constituição de 1937 “foi integralmente redigido pelo jurista Francisco Campos, (...) um intelectual brilhante, de forte inclinação autoritária, que muitas vezes chegava às raias do fascismo”, de tal forma que o autoritarismo só poderia mesmo ter sido “a marca distintiva” daquela Constituição.⁶⁴⁰ Francisco Campos moldou a Carta de 1937 aos propósitos de Getúlio Vargas, que, principalmente depois da insurreição comunista de 1935, buscou “asfixiar as liberdades democráticas e impor uma ditadura”.⁶⁴¹

⁶³⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. Op. cit., p. 76; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1.037.

⁶³⁹ BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. **Revista de Direito Público** V. 4, São Paulo: RT, 1968, p. 38.

⁶⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 37.

⁶⁴¹ VILLA, Marco Antonio. **A História das Constituições Brasileiras. 200 anos de luta contra o arbítrio**. Op. cit., p. 62.

A Carta de 1937, além de oferecer um parâmetro normativo autoritário para o controle de constitucionalidade, é considerada “um grave retrocesso” na disciplina desse controle.⁶⁴² A “Constituição de Vargas” manteve o número de 11 ministros (art. 97), a vitaliciedade do cargo com a aposentadoria compulsória aos 68 anos (art. 91, *a*) e a nomeação dos ministros pelo Presidente da República, sujeita ao referendo do Senado (Conselho Federal) (art. 55, *a*). Porém, como o Parlamento permaneceu fechado durante o Estado Novo, não houve “Conselho Federal” para referendar as nomeações, de modo que Vargas nomeou 14 ministros sem a aprovação do Legislativo durante esse período ditatorial.⁶⁴³ Posteriormente, por meio do Decreto-lei 2.770, de 11/11/1940, Vargas avocou o poder de nomear o Presidente da Corte, acabando com uma antiga prática do Supremo de eleger para o cargo o mais antigo ministro.

Além de ter suprimido a independência do Supremo, o novo regime político-constitucional também enfraqueceu o poder da Corte de controlar a constitucionalidade das leis. Apesar da manutenção das competências básicas do Supremo (art. 101), inclusive o controle difuso de constitucionalidade em sede recursal (art. 101, III, *b* e *c*), a *Carta Polaca* sujeitou suas decisões de inconstitucionalidade a uma valoração posterior do Presidente da República que, se entendesse a lei declarada inconstitucional “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, poderia “submetê-la novamente ao exame do Parlamento” e, se este confirmasse a lei “por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal” (art. 96, § único).

Com esse dispositivo, a Constituição “retir[ou] do Supremo Tribunal Federal o poder de dizer a última palavra sobre a validade de uma norma.”⁶⁴⁴ Houve os que aplaudiram em função da restrição sobre a “supremacia judicial”. Alfredo Buzaid referiu-se a ela como tendo “a virtude de devolver ao Parlamento a competência para apreciar a conveniência de manter a lei declarada inconstitucional”, garantindo assim o “equilíbrio dos poderes” à medida que afastava a “supremacia do judiciário”.⁶⁴⁵ Nesse mesmo sentido, Lúcio Bittencourt falou em pretensão da Constituição em “atenuar os inconvenientes da supremacia do Judiciário”.⁶⁴⁶

⁶⁴² BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil*. **Revista de Direito Público** V. 4, São Paulo: RT, 1968, p. 38; CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do Controle da Constitucionalidade**. Op. cit., p. 62.

⁶⁴³ Na realidade, Vargas foi senhor absoluto de 21 nomeações, haja vista que já havia feito 7 nomeações durante o Governo Provisório (1930-1934), período em que o Congresso também permaneceu fechado.

⁶⁴⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. Op. cit., p. 77.

⁶⁴⁵ BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 32.

⁶⁴⁶ BITTENCOURT, C.A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Op. cit., p. 30.

Aos olhos do constitucionalismo contemporâneo, essa controversa previsão constitucional poderia ser até bem recebida como um mecanismo democrático de diálogo institucional em torno da constitucionalidade das leis, à semelhança da *notwithstanding clause* canadense⁶⁴⁷ (Capítulo II, item 6, *supra*). Contudo, o fato de seu estabelecimento e exercício se darem em um contexto ditatorial, em uma Constituição que concentrou demasiado poder nas mãos do Executivo e afirmou que o Presidente da República era a “autoridade suprema do Estado” (art. 73), impede essa qualificação. Prova disso é que, como o Legislativo permaneceu fechado durante todo o Estado Novo, Getúlio Vargas, ele mesmo, editou decretos-leis restabelecendo leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo.⁶⁴⁸ O problema não era então tanto do conteúdo da medida, mas de suas circunstâncias.

A Carta de 1937 ainda retirou o *status* constitucional do mandado de segurança, que foi então “relegado à legislação ordinária”, a qual, por sua vez, excluía seu uso em face de “atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, governadores e interventores dos Estados” (art. 319, do Código de Processo Civil de 1939). Como lamentou Celso Barbi, “com isto, a atividade de controle de constitucionalidade foi grandemente reduzida”.⁶⁴⁹ A Carta também não repetiu a disposição normativa da representação interventiva, nem da competência do Senado (Conselho Federal) para suspender a eficácia das leis declaradas inconstitucionais. É fora de dúvida, portanto, que o conjunto da obra da Constituição de 1937 representou um grande “passo para trás” nas conquistas que o controle de constitucionalidade havia alcançado com as Cartas de 1981 e 1934.

Com a destituição de Vargas e o fim do Estado Novo, a democracia foi reinstalada no país, sendo promulgada a Constituição de 1946, que manteve o Supremo como órgão de cúpula do Judiciário com 11 ministros (art. 98), nomeados pelo Presidente e sujeitos à aprovação do Senado (art. 63, I), titulares de cargo vitalício e com aposentadoria compulsória aos 70 anos (art. 95, I, §1º). Porém, durante o Governo Militar (1964-1985), em uma

⁶⁴⁷ Levando em conta o quórum de 2/3 exigido pelo art. 96, § único, da Constituição, para o restabelecimento da lei declarada inconstitucional, o saudoso Celso Ribeiro Bastos, **Curso de Direito Constitucional**, 22ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 412, declarou não encontrar qualquer dificuldade com esse dispositivo constitucional, na medida em que era sempre possível o Parlamento contornar as decisões do Supremo por meio de emendas à constituição, que exigiam um quórum até menor (art. 174, §2º), de modo que essa faculdade poderia muito bem ser equiparada com folga ao processo de reforma da Constituição.

⁶⁴⁸ BITTENCOURT, C.A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Op. cit., p. 139: o autor acusa a absoluta improcedência das muitas “críticas apaixonadas que então se fizeram” contra essa ação legislativa de Getúlio Vargas, defendendo que, “na verdade, o Presidente nada mais fez do que cumprir – *como era de seu dever* – o prescrito no art. 96 da Carta Constitucional.”

⁶⁴⁹ BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. **Revista de Direito Público** V. 4, São Paulo: RT, 1968, p. 39.

estratégia arbitrária de *Court Packing*, a composição da Corte foi alterada por vontade do governo para 16 ministros pelo Ato Institucional nº 2 (27/10/1965) o que só poderia ter sido feito por lei de iniciativa do próprio Tribunal (segunda parte do art. 98 da Constituição).

A Constituição de 1946 restabeleceu o modelo difuso de controle na forma da Constituição de 1934, com a competência recursal e definitiva do Supremo (art. 101, III, *b* e *c*) e a possibilidade de o Senado suspender a execução de lei declarada inconstitucional (art. 64). A Constituição ainda deixou estreme de dúvida a competência originária do Supremo para julgar *habeas corpus* em face de autoridades cujos atos estivessem sujeitos à sua jurisdição (art. 101, I, *h*), e mandado de segurança, que ora recuperara seu *status* de garantia constitucional, contra atos do Presidente da República, da Mesa da Câmara e do Senado.

A nova Carta restabeleceu também a representação interventiva criada na Constituição de 1934 e lhe deu alguns novos contornos que a aproximaram um pouco do moderno controle abstrato de constitucionalidade – no regime de 1934, o Procurador-Geral da República encaminhava ao Supremo a lei federal interventiva para a apreciação de sua constitucionalidade; no regime de 1946, o Procurador-Geral deveria submeter ao Supremo “o ato [estadual] arguido de inconstitucionalidade” por violação aos princípios constitucionais sensíveis do art. 7º, VII e, caso o Supremo reconhecesse a inconstitucionalidade desse ato, então poderia ser decretada a intervenção (art. 8º, § único).⁶⁵⁰ Ademais, diferente do que ocorreu durante a curta vigência da Constituição de 1934, Aliomar Baleeiro noticiou que, durante os anos de vida da Constituição de 1946, “inúmeros dispositivos das Constituições e leis estaduais foram declarados inconstitucionais” pela nova representação interventiva.⁶⁵¹

No Governo Militar, a Constituição de 1946 foi alterada pela Emenda Constitucional nº 16 (26/11/1965), cujo art. 2º deu nova redação à alínea *k*, do inciso I, do art. 101, que passou a dispor que compete originariamente ao Supremo processar e julgar “representação

⁶⁵⁰ Diante do caráter inovador da medida, Alfredo Buzaid, **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. Op. cit., p. 100, acusou que com a mesma distanciou-se “substancialmente da tradição americana e brasileira.” Cf. BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil*. **Revista de Direito Público** V. 4, São Paulo: RT, 1968, pp. 39/40; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., pp. 1.040/1.042.

⁶⁵¹ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido**. Op. cit., p. 95. Oscar Vilhena Vieira, **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. Op. cit., p. 77, diz que, apesar do largo uso, não chegou a ocorrer intervenção federal sobre os Estados, e isso porque ou os Estados revogavam ou deixavam de aplicar as normas inconstitucionais, ou o Congresso suspendia a execução das mesmas (art. 13). Na realidade, muitas vezes foram os próprios Estados que requereram a representação ao Procurador-Geral: ou era o Governador questionando a validade dos atos da Assembleia Legislativa estadual, ou era a Assembleia Legislativa questionando a validade dos atos do Governador, de modo que o Supremo acabava sendo árbitro de conflitos entre os poderes políticos de um mesmo Estado.

contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.” Com essa emenda, foi criada, enfim, a nossa arguição de inconstitucionalidade, via ação direta, de lei federal e estadual em hipótese de violação à Constituição. O controle via ação direta não mais estava preso a uma finalidade específica e restrita (de avaliação das razões de intervenção federal nos Estados), mas alcançava, como festejou Celso Bastos, qualquer ato normativo federal ou estadual “sem outra finalidade senão a (...) de defesa do ordenamento jurídico, mais especificamente, de fazer cumprir a vontade constitucional de respeito à hierarquia normativa.”⁶⁵²

Contudo, não se pode dizer que essa emenda constitucional promoveu um aumento significativo do espaço de participação do Supremo nos processos político-decisórios, e isso porque a mudança não resolveu dois fatores decisivos de fraqueza institucional do Supremo Tribunal Federal: (i) a falta de eficácia vinculante de suas decisões de inconstitucionalidade; e (ii) o acesso restrito à sua jurisdição constitucional concentrada, estabelecido exclusivamente em favor do Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, publicada durante o Governo Militar, estabeleceu o Supremo com 11 ministros (art. 118). Ela havia estabelecido originariamente a composição da Corte com 16, repetindo o Ato Institucional nº 2/1965. Entretanto, antes mesmo da modificação da Carta pela EC 1/69, foi editado o Ato Institucional nº 6 (01/02/1969), que, em mais um *Court Packing*, havia voltado a composição da Corte para 11 ministros. A Constituição manteve o mesmo regime anterior de nomeação e vitaliciedade (art. 42, III; e art. 113, I, §2º) e não promoveu importantes alterações no sistema misto de controle de constitucionalidade que emergiu depois da EC nº 16/65. O controle difuso foi mantido, com o Supremo decidindo em definitivo em sede de recurso extraordinário, agora sujeito à Arguição de Relevância (art. 119, III, *a* e *d* c/c §1º da Constituição de 1967/1969). Foram preservadas as competências originárias da Corte para julgar *habeas corpus* (art. 119, I, *h*) e mandados de segurança (art. 119, I, *i*) conforme o regime constitucional anterior e a representação interventiva foi, inclusive, ampliada para alcançar casos de não-execução de lei federal (art. 10, VI e VII).

O controle direto e abstrato, tal como estabelecido pela EC 16/65, foi preservado, ainda sem eficácia vinculante das decisões, cabendo ao Senado promover a suspensão das leis e atos normativos declarados inconstitucionais (art. 42, VII) e com o monopólio do

⁶⁵² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 413/414.

Procurador-Geral da República para sua deflagração. Aliás, o Procurador-Geral, em recusar a propor algumas representações de inconstitucionalidade requeridas, afirmou sua ampla margem de discricionariedade na avaliação da pertinência dos pedidos de propositura das ações o que foi julgado adequado pelo próprio Supremo Tribunal Federal.⁶⁵³ Foi ainda criada, pela Emenda Constitucional 7/77, a chamada Representação Interpretativa, que também podia ser requerida apenas pelo Procurador-Geral e tinha o fim de fixação, diretamente pelo Supremo, da interpretação uniforme da lei ou de ato normativo federal ou estadual.⁶⁵⁴

A avaliação de todo esse escorço histórico-normativo não pode resultar a afirmação de um Supremo Tribunal Federal institucionalmente forte e independente. Nossos regimes constitucionais não impediram diversas intervenções do Poder Executivo na estrutura, composição e operação da Corte: nomeações de ministros feitas unilateralmente pelo Presidente, alterações arbitrárias do número de juízes e até, como será ressaltado no tópico seguinte, aposentadorias compulsórias de ministros por vontade exclusiva e vingativa do Poder Executivo.

Até a EC 16/65, nosso sistema de controle de constitucionalidade foi essencialmente difuso e incidental e ainda desacompanhado de uma doutrina de *stare decisis*, o que sempre foi uma fórmula de fraqueza das decisões da Corte, cuja abrangência, a todo tempo, dependeu da disposição de outras instituições. Com a arquitetura institucional de um fraco controle de constitucionalidade, a principal avenida da Corte para interferir assertivamente nas decisões dos outros poderes políticos, máxime do Executivo, e defender os direitos e liberdades individuais e a integridade do federalismo, foi sempre o *habeas corpus*.

Essa situação mudou pouco com o estabelecimento do controle concentrado e abstrato pela EC 16/65. O novo sistema era de acesso limitadíssimo, restrito a um Procurador-Geral da República que, além de possuir ampla discricionariedade para a escolha das matérias a serem questionadas, não gozava de qualquer independência em relação ao Poder Executivo, acumulando as funções de Advogado-Geral da União Federal, sendo nomeado e destituído em qualquer tempo pelo Presidente da República. Com essa fórmula institucional, o Regime Militar acabou controlando a agenda e o alcance do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato e, conseqüentemente, o próprio papel institucional do Supremo.

⁶⁵³ STF – Pleno, Rcl. 849/DF, Rel. Min. Adalício Nogueira, DJ 13/12/1971.

⁶⁵⁴ Sobre como ficou o sistema depois da EC 7/77, cf. LEAL, Victor Nunes. Representação de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado. **Revista de Direito Público** V. 53/54, São Paulo: RT, 1980, pp. 25/37.

Considerando os critérios de Ginsburg antes fixados, a conclusão só pode ser a da *debilidade institucional* do Supremo e de seus poderes de controle de constitucionalidade. Fragilidade das regras sobre o (i) número; (ii) o mandato; (iii) os mecanismos de nomeação dos juízes da Corte, que foram livremente manipuladas pelo Poder Executivo. Insuficiência das regras sobre (iv) o acesso ao Supremo; (v) os efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade; (vi) o sistema de controle escolhido: difuso sem *stare decisis*; concentrado sem eficácia vinculante e de acesso limitadíssimo. Foi com toda essa fraqueza decisória, que o Supremo encarou os nossos piores momentos de crise político-institucional.

4.2.2 O Supremo Tribunal Federal em momentos de autoritarismo e insegurança institucional

O Supremo, desde sua criação em 1890, enfrentou momentos de muita instabilidade política e crises institucionais, principalmente durante os governos de exceção e ditatoriais. Destaques para os anos conturbados da República Velha, o Governo Provisório e o Estado Novo de Vargas como também para a Ditadura Militar, épocas políticas em que direitos e garantias individuais foram violados e o Supremo foi chamado para remover e reparar essas violações. Em um balanço geral, a Corte até mostrou disposição inicial para enfrentar os governos autoritários, mas, no final, acabou sucumbindo às pressões políticas.

Nos primeiros anos da República Velha, com a renúncia de Deodoro da Fonseca (1889-1891), assumiu, como Presidente, o então Vice-Presidente e seu inimigo político, Floriano Peixoto (1891-1894). O *Marechal de Ferro*, como era conhecido, enfrentou as “revoltas” contra seu governo com a decretação de estado-de-sítio, com decorrente suspensão de garantias constitucionais e com perseguição aos seus adversários políticos – depondo governadores que apoiaram Deodoro da Fonseca; reformando militares opositores; prendendo senadores, deputados, jornalistas e militares. Mesmo quando cessado o estado-de-sítio, Floriano Peixoto ordenava que esses indivíduos fossem mantidos presos. Em meio a esses atos arbitrários, destacou-se a figura do grande jurista brasileiro Rui Barbosa⁶⁵⁵ e seu manejo do *habeas corpus* para a defesa das liberdades civis violadas.

⁶⁵⁵ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido**. Op. cit., p. 25: “Dessa luta, emerge iluminada, bravia, magnífica a figura de Rui Barbosa (1849-1923) que, em sucessivos golpes forenses nos quais a oratória e a cultura jurídicas em nossa língua atingiram os pontos mais elevados, representou o papel de grande animador, o promotor público da Constituição, o espadachim cívico (...)”.

Em abril de 1892, Rui Barbosa impetrou *habeas corpus* em favor de algumas dessas pessoas mantidas presas mesmo depois de encerrado o estado-de-sítio (Eduardo Wandenkolk e outros). Antes do julgamento e sobre seu possível resultado, Floriano Peixoto teria dito: “Se os juízes do Tribunal concederem *habeas-corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas-corpus* de que, por sua vez, necessitarão”.⁶⁵⁶ O Supremo, por maioria, negou o *habeas corpus*,⁶⁵⁷ afirmando incompetência para julgar prisões efetuadas durante o estado-de-sítio antes de o Congresso aprovar ou não a sua decretação pelo Presidente. A Corte, segundo Marco Antonio Villa, “cordeiramente” atendeu ao Marechal de Ferro.⁶⁵⁸

No ano seguinte, Rui Barbosa impetrou três novos *habeas corpus* também em favor de militares e políticos presos. Nesses casos, conhecidos como os do “Navio Júpiter”, a Corte, declarando a inconstitucionalidade do Código Penal da Armada decretado por Floriano Peixoto, concedeu, inicialmente, dois *habeas corpus*: o primeiro, em favor de 48 presos civis;⁶⁵⁹ o segundo, em favor do imediato da embarcação.⁶⁶⁰ As ordens de soltura foram cumpridas, mas a reação de Floriano foi imediata, publicando, no Diário Oficial, um ofício enviado ao Supremo demonstrando sua insatisfação com as decisões. Chegara então o momento de julgar o terceiro e mais polêmico *habeas corpus*, este em favor de Eduardo Wandenkolk, senador e ex-Ministro de Deodoro da Fonseca, e de outros militares oposicionistas, todos reformados. A “situação era tensa”, com o Tribunal “ameaçado de dissolução, caso viesse a conceder a ordem de soltura.”⁶⁶¹ Receosa, a Corte negou o *habeas corpus*,⁶⁶² alegando que Wandenkolk e os outros militares, embora reformados, ainda estavam sujeitos apenas à jurisdição militar. A Corte capitulou mais uma vez à pressão política.

O Supremo reviu sua posição no ano seguinte, concedendo a soltura a Wandenkolk (HC 535, de 31/09/1894) e aos outros militares (HC 604, de 22/09/1894), porém, Floriano Peixoto recusou-se a cumprir as decisões por julgá-las “contrária[s] a todas as leis e imemoriais estilos militares.”⁶⁶³ O Supremo criticou a postura do Marechal, mas foi só! Aliás, em retaliação, Floriano já havia adiado a posse de Presidente da Corte, deixado de preencher

⁶⁵⁶ RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 19.

⁶⁵⁷ STF – Pleno, HC 300, Rel. Min. Aquino e Castro, j. 23/04/1892.

⁶⁵⁸ VILLA, Marco Antonio. **A História das Constituições Brasileiras. 200 anos de luta contra o arbítrio**. Op. cit., p. 133.

⁶⁵⁹ STF – Pleno, HC 406, Rel. Min. Barros Pimentel, j. 09/08/1893.

⁶⁶⁰ STF – Pleno, HC 410, Rel. Min. José Hygino, j. 16/08/1893.

⁶⁶¹ COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. cit., p. 39.

⁶⁶² STF – Pleno, HC 415, Rel. Min. Costa Barradas, j. 02/09/1893.

⁶⁶³ RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I. Op. cit., p. 51.

vagas abertas pela aposentadoria de ministros, ficando o Supremo meses sem quorum para atuar, e nomeado um médico e dois generais, depois reprovados pelo Congresso. Como se vê, os conflitos com o Executivo marcaram os primeiros anos do Supremo,⁶⁶⁴ tendo a Corte, para Baleeiro, vacilado, errado, tergiversado, mas, aos poucos, se tornado “o guardião do templo das liberdades ameaçadas.”⁶⁶⁵ Um guardião sem muita autoridade, convenhamos.

Mesmo com o fim do Governo Floriano Peixoto, os conflitos com o Poder Executivo não cessaram, tendo sido frequentes também durante a presidência de Prudente de Moraes (1894-1898),⁶⁶⁶ completando uma década de uso do *habeas corpus* para a defesa da liberdade. Já na primeira década do século XX, o Supremo “enfrentaria problemas ligados à prática do federalismo”⁶⁶⁷ e novamente por meio de *habeas corpus*. O Supremo enfrentou o governo federal em sua política de fortalecimento dos Estados (*política dos governadores*) iniciada por Campos Sales (1898-1902), atuando como um “fator de equilíbrio do sistema federal” e assegurando a “aplicação integral da Constituição Federal em todo o território nacional.”⁶⁶⁸ Porém, a partir de 1911, com o Governo Hermes da Fonseca (1910-1914), essa atuação assertiva do Supremo voltaria a enfrentar a desobediência política aberta.

Nesse ambiente político permanentemente tenso da República Velha e diante da falta de outros meios processuais eficientes, “o Supremo Tribunal Federal viu à sua frente apenas um caminho: ampliar o *habeas-corpus*”⁶⁶⁹ e, assim, passou a proteger com o remédio um espectro de direitos e liberdades muito mais amplo do que o tradicional direito de locomoção.⁶⁷⁰ Com sua “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, o Supremo ignorou as limitações da *political questions* e concedeu ordens de posse a governadores, senadores,

⁶⁶⁴ Houve ainda as decisões em *habeas corpus* que afirmaram que o Executivo não tinha o direito de deportar estrangeiros em tempo de paz. Essas decisões também não foram cumpridas por Floriano Peixoto; cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I. Op. cit., p. 50.

⁶⁶⁵ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido**. Op. cit., p. 25.

⁶⁶⁶ Destaque, dentre outros, para o julgamento do HC 1.073, Rel. Min. Ribeiro de Almeida, em 16/04/1898, onde a Corte superou posições anteriores favoráveis ao Executivo e decidiu pela vigência das imunidades parlamentares durante o estado-de-sítio, bem como a plena cessação dos efeitos do estado de exceção ao seu término formal.

⁶⁶⁷ COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. cit., pp. 47/48.

⁶⁶⁸ RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 2.

⁶⁶⁹ RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 33.

⁶⁷⁰ V.g. a liberdade de expressão, de crítica ao governo e de publicidade dessas críticas: STF – Pleno, HC 3.536, Rel. Min. Oliveira Ribeiro, j. 05/06/1914; e a liberdade de reunião e livre manifestação do pensamento: STF – Pleno, HC 4.781, Rel. Min. Edmundo Lins, j. 05/04/1919. Cf. BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido**. Op. cit., pp. 66/67, n. 2.

deputados e vereadores contra a vontade política do governo federal.⁶⁷¹ O Presidente Hermes da Fonseca desrespeitou essas decisões, “alegando que o Supremo exorbitara de suas atribuições, delimitadas pela Constituição e pelas leis.”⁶⁷² Ele ainda declarou estados-de-sítio e decretou intervenções nos Estados para assegurar a posse de seus aliados políticos. A Corte nada pôde fazer e, mais uma vez, passou a decidir com cautela os outros casos semelhantes.

O uso progressista do *habeas corpus* sofreu um duro golpe com a já mencionada Reforma Constitucional de 1926 (3 de setembro), promovida pelo Presidente Artur Bernardes (1922-1926), que limitou o poder decisório e a jurisdição do Supremo, reduzindo-lhe a capacidade de defender as liberdades civis. Por meio dessa Emenda,⁶⁷³ foi modificado o §22 do art. 72 da Constituição, para constar expressamente que o *habeas corpus* apenas poderia ser concedido àquele que “sofre[sse] ou se acha[sse] em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua *liberdade de locomoção*.” Ademais, foi incluído, dentre outros, o §5º ao art. 60, da Constituição, para excluir do controle judicial os atos de intervenção nos Estados, a declaração de estado-de-sítio, os atos praticados pelo Legislativo e Executivo durante esse período e a “posse, legitimidade e a perda de mandato” dos membros do Legislativo e do Executivo federal ou estadual.

E foi assim, muito enfraquecido institucionalmente, que o Supremo teve que enfrentar Getúlio Vargas durante o Governo Provisório e o Estado Novo. Com Vargas, “entre 1930 a 1945, o Supremo Tribunal Federal viveria um dos mais difíceis períodos de sua história, quando foi obrigado a assistir passivamente à demissão de ministros, à alteração de seu funcionamento e à invasão de suas prerrogativas pelo Executivo.”⁶⁷⁴ Sem economizar no realismo, Marco Antonio Villa diz que “a ditadura do Estado Novo humilhou o STF.”⁶⁷⁵

Como já dito anteriormente, logo nos primeiros meses do Governo Provisório e sempre por decreto, Vargas reduziu o número de ministros do Supremo de 15 para 11 e, então, aposentou compulsoriamente 6 ministros, isso porque no passado eles tinham dado

⁶⁷¹ Dentre outros, cf. STF – Pleno, HC 2.984, Rel. Min. Amaro Cavalcanti, j. 04/01/1911; STF – Pleno, HC 3.697, Rel. Min. Pedro Lessa, Rel. p/ac. Min. Enéas Galvão, j. 16/12/1914.

⁶⁷² COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. cit., p. 60.

⁶⁷³ A Corte reconheceu a possibilidade de efetuar o controle de constitucionalidade formal dessa emenda no HC 18.178, Rel. Min. Hermenegildo de Barros, j. 01/10/1926, mas, no mérito recusou a arguição.

⁶⁷⁴ COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. cit., p. 77.

⁶⁷⁵ VILLA, Marco Antonio. **A História das Constituições Brasileiras. 200 anos de luta contra o arbítrio**. Op. cit., p. 139.

votos desfavoráveis aos seus aliados militares durante as Revoltas de 1922 e 1924.⁶⁷⁶ A possibilidade de remoção de ministros por ato exclusivo do Presidente fez com que, a partir de então, nenhum ministro se sentisse seguro com suas decisões. O então Presidente da Corte, Hermenegildo de Barros, chegou a dizer não ter “honra nenhuma em fazer parte desse Tribunal, assim desprestigiado, vilipendiado, humilhado.”⁶⁷⁷ Mais tarde, ele também foi compulsoriamente aposentado por Getúlio Vargas.

Com a independência castrada pela ditadura varguista e composto, quase sempre, apenas por ministros nomeados pelo ditador, o Supremo acabou se tornando um instrumento legitimador do regime autoritário.⁶⁷⁸ Sem a amplitude de outrora do *habeas corpus* e com o mandado de segurança fora da Constituição de 1937 e enfraquecido pela legislação infraconstitucional, o Supremo não tinha instrumentos fortes para exercer adequadamente sua função de defesa dos direitos dos cidadãos e aceitou, passivamente, que os “atos políticos” do Executivo e de seus delegados estivessem excluídos de apreciação judicial. Assim, a Corte negou um grande número de mandados de segurança e de *habeas corpus* impetrados contra a violação de liberdades civis⁶⁷⁹ e afirmou sua incompetência para julgar a inconstitucionalidade dos atos do Executivo de intervenção nos Estados, de deposição de governadores, de fechamento de Assembleias Legislativas e de nomeação de interventores.⁶⁸⁰

A condição de guardião da Constituição e das liberdades civis que a Corte exerceu, não sem altos e baixos, durante a República Velha, foi absolutamente nula durante o período mais antiliberal da Era Vargas. Contudo, à medida que o poder político de Vargas diminuía e o Estado Novo chegava ao fim, o Supremo começou a abrandar seu passivismo e chegou a conceder *habeas corpus* a condenados políticos ainda durante o “estado de guerra”.⁶⁸¹ Com a redemocratização iniciada em 1945 e o fim da hipertrofia do Executivo, o Supremo viveu um

⁶⁷⁶ STF – Pleno, HC 11.942, Rel. Min. Guimarães Natal, j. 30/08/1924; STF – Pleno, Acr. 1.035, Rel. Min. Whitaker Filho, j. 23/08/1929. Sobre esses acontecimentos, cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo IV – V. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp. 31/33.

⁶⁷⁷ COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. cit., p. 81.

⁶⁷⁸ Decisões como a do fechamento da Aliança Nacional Libertadora (ANL) em 1935, STF – Pleno, MS 111, Rel. Min. Arthur Ribeiro, j. 21/08/1935, reforçam essa ideia.

⁶⁷⁹ Dentre outros, o “caso João Mangabeira”: STF – Pleno, HC 26.178, Rel. Min. Carvalho Mourão, j. 20/07/1936; o “caso Olga Benário”: STF – Pleno, HC 26.155, Rel. Min. Bento de Faria, j. 17/06/1936. Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo IV – V. I. Op. cit., pp. 65/69.

⁶⁸⁰ COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. cit., p. 87.

⁶⁸¹ A decisão é de 1945: STF – Pleno, HC 29.002, Rel. Annibal Freire, j. 11/04/1945.

período de renovação de sua importância, exercendo mais expansivamente o seu poder de controle de constitucionalidade, principalmente das Constituições e das leis estaduais.⁶⁸²

Apesar de esse “período democrático” (1945-1964) também ter assistido tentativas de golpes de estado, novos estados-de-sítio e prisões políticas⁶⁸³ e de o Supremo, inclusive, ter se envolvido nessas questões, a Corte não sofreu pressões com o mesmo calibre pesado do passado. O Supremo seguiu com seus defeitos de funcionalidade, alinhou-se com os interesses da Igreja Católica⁶⁸⁴ e adotou uma postura de liberalismo conservador, mas sem ser subserviente ao Poder Executivo, pelo menos não na mesma medida de antes. Contudo, a situação voltaria a ficar muito problemática para a independência do Supremo Tribunal Federal com o Golpe Militar de 1964. Depois do Golpe, a Corte viveria novamente momentos de intensa subordinação, equiparáveis aos da Era Vargas.

Os militares assumiram o poder em 31 de março de 1964, derrubando João Goulart da presidência e instaurando uma Ditadura Militar que perduraria por 21 anos (1964-1985). O país viveria mais uma longa fase de hipertrofia do Poder Executivo, achatamento do valor político-institucional dos outros poderes e negação das liberdades civis e dos princípios democráticos. Pautado na ideia de “segurança nacional”, o “Poder Revolucionário”, tal como Vargas, impôs uma série de restrições e humilhações ao Supremo Tribunal Federal, interferindo em sua composição e limitando seus poderes decisórios.

Em defesa do princípio federativo, a Corte até enfrentou as primeiras medidas arbitrárias do Regime que depôs, prendeu e perseguiu seus adversários “político-ideológicos”, governadores, ex-governadores e secretários, sem a observância do devido processo legal. Como disse Osvaldo Trigueiro do Vale, “os grandes conflitos entre o Executivo-Revolucionário e o Poder Judiciário giraram, destacadamente, em torno do princípio da

⁶⁸² Nesse período, a Corte julgou alguns casos de alta temperatura política, com destaque para o julgamento da cassação do registro do Partido Comunista e a situação dos mandatos dos vereadores, deputados e do senador eleitos sob a sua legenda. Em STF – Pleno, RE 12.369, Rel. Min. Laudo de Camargo, j. 14/04/1948, o Supremo manteve o cancelamento do registro do partido; e em STF – Pleno, MS 900, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, j. 18/05/1949, e STF – Pleno, MS 895, Rel. Macedo Ludolf, j. 25/05/1949, com argumentação que antecedeu às razões principiológicas dos recentes e famosos casos de “fidelidade partidária” (STF – Pleno, MS 26.603/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 17/10/2008 e outros), o Supremo legitimou a perda dos mandatos em virtude do cancelamento do registro do partido, afirmando que “a Constituição vigente adotou a concepção de que democracia é um Estado de partidos”, de modo que ela acolheu um “regime de representação partidária”, onde “os eleitores votam em um partido”, e não em um candidato. Se cessar o partido, então cessarão também os mandatos vinculados a ele.

⁶⁸³ COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. Op. cit., p. 169.

⁶⁸⁴ Cf. STF – Pleno, MS 1.114, Rel. Lafayette de Andrada, j. 17/11/1949.

Federação.”⁶⁸⁵ Nos primeiros anos do Regime, o Supremo concedeu importantes *habeas corpus* assegurando a liberdade e os direitos constitucionais de políticos estaduais perseguidos e presos (ou ameaçados de prisão) pelo governo federal:⁶⁸⁶ os casos “Plínio Coelho” (Estado do Amazonas),⁶⁸⁷ “Mauro Borges” (Estado de Goiás)⁶⁸⁸ e “Miguel Arraes” (Estado de Pernambuco)⁶⁸⁹ foram todos desafiadores ao poder arbitrário do Governo Revolucionário.

Em todos esses casos e, principalmente, no caso “Mauro Borges”, os membros da Corte eram conscientes do momento político profundamente delicado e sabedores que os militares lhes acusariam de atuar por inclinações partidárias se concedessem os remédios. Ainda assim, os *habeas corpus* foram corajosamente concedidos e mais: o Presidente do Supremo, Ribeiro da Costa, em 20 de outubro de 1965, deu uma entrevista ao *Correio da Manhã* defendendo a independência dos poderes, máxime a do Judiciário, demonstrando preocupação com o que seria a “intenção política da Revolução de somar às [suas] conquistas a submissão do Supremo”, e requerendo ainda aos militares que se convencessem “de que nos regimes democráticos não lhes cabe o papel de mentores da Nação.”⁶⁹⁰

Em 27 de outubro de 1965, sete dias depois dessa entrevista, foi editado o já mencionado Ato Institucional nº 2, dando início ao ataque institucional da “linha-dura” do Regime Militar sobre o Supremo Tribunal Federal. O ato aumentou a composição da Corte de 11 para 16 juízes e, para as novas vagas, os militares nomearam juízes pertencentes à extinta União Democrática Nacional (UDN), partido político da base de apoio político ao Regime, em uma clara manifestação de sua vontade em “povoar” o Supremo com ministros de orientação mais conservadora e politicamente identificados com os “propósitos revolucionários”. Alguns anos depois, os 16 ministros do Supremo, sendo 10 nomeados pelo Governo Militar, tiveram pela frente o importante e, politicamente carregado, “caso João Goulart”.

⁶⁸⁵ VALE, Osvaldo Trigueiro do. **O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 4.

⁶⁸⁶ Sobre essas decisões, cf. OSIEL, Mark. J. Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil. **Law and Social Inquiry** V. 20 (2), 1995, pp. 533/540.

⁶⁸⁷ STF – Pleno, HC 41.049, Rel. Min. Vilas Boas, j. 04/11/1964 (assegurando o direito de não apresentação às autoridades militares por incompetência destas).

⁶⁸⁸ STF – Pleno, HC 41.296, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 23/11/1964, DJ 22/12/1964 (assegurando o direito de o governador ser processado apenas após o pronunciamento da Assembleia Estadual).

⁶⁸⁹ STF – Pleno, HC 42.108/PE, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, j. 19/04/1965, DJ 19/05/1965 (concedida ordem de soltura por violação ao direito de foro por prerrogativa de função, negando especialidade aos crimes militares a justificar o afastamento desse direito).

⁶⁹⁰ VALE, Osvaldo Trigueiro do. **O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional**. Op. cit., pp. 104-108.

Nesse caso, estava em jogo definir se o Presidente deposto, João Goulart, que tivera os seus direitos políticos suspensos e estava sendo acusado, em Inquérito Policial Militar, de praticar crimes comuns na época do exercício do cargo presidencial, conservara o direito de ser processado originariamente perante o Supremo, conforme previsto no art. 114, I, *a*, da Constituição de 1967, ou se deveria ser processado na Justiça comum, em razão do art. 16, I, do Ato Institucional nº 2 prever a perda do privilégio de foro por prerrogativa de função para aqueles com os direitos políticos suspensos. A questão jurídica de fundo era como solucionar problemas de compatibilidade material em termos intertemporais entre a então nova Constituição e os Atos Institucionais anteriores. Já a questão política subjacente era saber de que lado estavam os ministros do Supremo diante da autoridade arbitrária do Regime Militar no ataque aos principais personagens políticos do governo derrubado.

Em 27/03/1968, o Supremo, por maioria, decidiu que deveria prevalecer a competência da Justiça comum e, portanto, a plena aplicabilidade do Ato Institucional nº 2 perante a Constituição de 1967.⁶⁹¹ Os fundamentos da decisão importam pouco aqui. Relevante mesmo é observar o alinhamento decisório dos ministros. De um lado, todos os cinco ministros nomeados por presidentes civis antes do Golpe de 1964, inclusive dois nomeados pelo próprio João Goulart, votaram a favor de o ex-Presidente ser processado perante o Supremo; do outro lado, o Presidente da Corte Luiz Gallotti, que também foi nomeado antes do Golpe, mas por Presidente militar opositor de João Goulart (Eurico Gaspar Dutra), e mais sete dos nove ministros nomeados pelo Governo Militar e habilitados a votar⁶⁹² decidiram contra o direito de “Jango” ser processado perante o Supremo Tribunal Federal.

Esse quadro de votos revela duas coisas importantes: primeiro, que o *Court Packing Plan* do Poder Revolucionário estava funcionando bem, pois, estivesse a Corte ainda composta de 11 ministros, o resultado poderia ter sido outro; segundo, que a Corte estava claramente caracterizada por uma divisão político-partidária, quase tão rígida quanto da Corte Rehnquist quando do julgamento de *Bush v. Gore* (Capítulo I, item 4.3): de um lado, os ministros nomeados por presidentes civis do regime deposto; do outro, aqueles nomeados pelo Governo Militar, ainda que, nesse último caso, com algumas raras exceções no alinhamento decisório (no “caso João Goulart”, Themistocles Cavalcanti e Adauto Cardoso, embora nomeados pelo Governo Militar, votaram a favor dos direitos do ex-Presidente civil).

⁶⁹¹ STF – Pleno, IP nº 2/GB, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 27/03/1968.

⁶⁹² O ministro Oswaldo Trigueiro, nomeado pelo Governo Militar, estava impedido de votar, daí porque apenas nove dos dez ministros nomeados pelos militares, que compunham, na época, a Corte, puderam votar.

Essa divisão, ainda mais depois do famoso caso dos estudantes presos em Ibiúna,⁶⁹³ teve seu fim a partir do Ato Institucional nº 5 (13 de dezembro de 1968) que, além de suspender o *habeas corpus* para crimes políticos e afastar o controle judicial sobre quaisquer atos praticados com base em seu conteúdo normativo,⁶⁹⁴ suspendeu também a garantia de vitaliciedade dos cargos públicos, inclusive nas funções com prazo certo (art. 6º), como no caso dos ministros do Supremo. Com base nesse ato, o Governo Militar, em decreto de 16/01/1969, aposentou compulsoriamente os ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva: o primeiro nomeado por Juscelino Kubitschek; os outros dois, por João Goulart. No mês seguinte, os últimos juízes nomeados por presidentes civis, Lafayette de Andrada (nomeado por José Linhares) e Antônio Gonçalves de Oliveira (também nomeado por JK), saíram voluntariamente da Corte em protesto à aposentadoria compulsória de seus pares. Essas vagas não foram preenchidas porque logo foi editado o Ato Institucional nº 6 (01/02/1969), que voltou a composição da Corte para 11 juízes, de modo que restaram, no Supremo, exclusivamente ministros nomeados por Presidentes militares.

Como disse Elio Gaspari, “o Supremo Tribunal Federal foi diluído em 1965 e mutilado em 68.”⁶⁹⁵ No final dos 60, o Regime havia castrado a independência da Corte, excluindo-lhe toda importância institucional. Depois dos desafiadores *habeas corpus* iniciais, o Supremo acabou se distanciando das importantes questões políticas e do papel de defensor das liberdades fundamentais na medida em que o Governo Militar se fortaleceu, vindo então a modificar sua conduta jurisprudencial e a tornar-se um “tribunal submisso à vontade dos militares.”⁶⁹⁶ Para Marco Antonio Villa, com os “AIs 5 e 6 e uma confiável e servil composição do tribunal, o regime militar não teve mais problemas com o STF” e a Corte foi “‘esquecendo’ os casos políticos”, aceitando passivamente a violação das liberdades fundamentais.⁶⁹⁷ Em suma, o Supremo, como definiu Trigueiro do Vale, tornou-se administrativamente saudável e tecnicamente ágil, mas um órgão “politicamente morto”.⁶⁹⁸ Até o fim da ditadura, a Corte não mais faria qualquer oposição ao governo e os militares

⁶⁹³ Cogita-se que o *habeas corpus* que a 2ª Turma do Supremo (HC 46.471, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti) concedeu, em 10 de dezembro de 1968, a um grupo de estudantes “subversivos” presos em Ibiúna, em razão do excesso de prazo da prisão preventiva, teria sido a gota d’água para três dias depois ser lançado o AI 5.

⁶⁹⁴ Oscar Vilhena Viera, **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. Op. cit., p. 80, lembra que com o AI 5, “todas medidas de exceção, como a tortura e as prisões ilegais, foram excluídas do controle do Judiciário”.

⁶⁹⁵ GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 228.

⁶⁹⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. Op. cit., p. 81.

⁶⁹⁷ VILLA, Marco Antonio. **A História das Constituições Brasileiras. 200 anos de luta contra o arbítrio**. Op. cit., pp. 143/144.

⁶⁹⁸ VALE, Osvaldo Trigueiro do. **O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional**. Op. cit., p. 166.

estavam mais livres do que nunca para perpetrar todas as atrocidades contra a democracia e os direitos humanos que a história relata.

Esses fatos relevantes, que marcaram a trajetória do Supremo Tribunal Federal, diante de todas as inconstâncias institucionais e instabilidades políticas que caracterizam a história brasileira, revelam que a Corte até esboçou reações iniciais aos governos autoritários, mas, ou suas decisões não eram obedecidas, ou ela era vilipendiada, ameaçada, atacada em sua estrutura e organização e, com isso, acabava recuando. Os poderes políticos dominantes no Brasil por diversas vezes ignoraram os valores do Estado de direito e da democracia e, conseqüentemente, a independência do Supremo Tribunal Federal. Nesses ambientes problematicamente autoritários, a Corte apanhou mais do que bateu e acabou, no final, submetendo-se ao Poder Executivo hipertrofiado.

Essa situação, tanto sob o aspecto institucional quanto sob a perspectiva político-comportamental, modificou-se, profundamente, com a nova ordem democrática e político-constitucional pós-1988.

4.3 O Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade depois da Constituição de 1988

4.3.1 A virada institucional do Supremo Tribunal Federal com a Constituição de 1988

A Constituição de 1988 é o marco histórico das profundas transformações do nosso direito constitucional contemporâneo. Ela é a principal responsável pelo “renascimento do direito constitucional” no Brasil, “capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito” e tem ainda “propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país.”⁶⁹⁹ As duas grandes marcas dessa Carta são, sem dúvida, seu amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais, dotados de força axiológica e normativa e a expansão e fortalecimento da jurisdição constitucional e dos poderes decisórios do Supremo. A Constituição de 1988 mudou extraordinariamente não só o direito

⁶⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Op. cit., pp. 63/64.

constitucional brasileiro, mas também as relações entre o Estado e os cidadãos e o papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal.

A nova Constituição criou um modelo político que está longe de ser puramente majoritário, ao invés, ela impôs rígidos limites às decisões das maiorias de cada tempo, em particular o respeito aos direitos fundamentais, regulou um espaço importante da vida política e social e confiou ao Supremo – órgão sem lastro majoritário – a garantia da validade prática desses limites. Para tanto, a Constituição outorgou à Corte um número impressionante de competências e instrumentos decisórios, fortalecendo-a sobremaneira e dando início a um amplo e contínuo processo de concentração de poderes de decisão em sua jurisdição.

Em sua redação originária, a Constituição de 1988 estabeleceu a composição do Supremo com 11 ministros, a nomeação destes pelo Presidente da República, sujeita à aprovação do Senado (art. 101, § ún.) e a vitaliciedade dos cargos com a aposentadoria compulsória aos 70 anos (art. 95, I), até aí repetindo a Constituição anterior. Por outro lado, a nova Carta promoveu transformações profundas no modelo concentrado e abstrato de controle de constitucionalidade, ampliando significativamente sua estrutura, as ações pertinentes e, em especial, o elenco de atores que podem deflagrar seus processos. O constituinte de 1988 deu então uma “cara” totalmente nova ao nosso sistema de controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal foi declarado expressamente o guardião da Constituição (art. 102, *caput*), dotado de um amplo catálogo de competências originárias: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (ADI) (art. 102, I, *a*), inclusive com pedido liminar (art. 102, I, *p*); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) (art. 102, §2º); a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (art. 102, § único);⁷⁰⁰ a atribuição de *status* de ação constitucional à reclamação para a preservação da competência da Corte e garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, *l*); o mandado de injunção em face de omissão de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, assim como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI); *habeas corpus* (art. 102, I, *i*), mandados de segurança e *habeas data* contra atos de autoridades sujeitas à sua jurisdição (art. 102, I, *d*). O controle difuso em sede recursal foi mantido (art. 102, III, *a*, *b* e *c*).

⁷⁰⁰ A previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental foi deslocada para o §1º do art. 102 com o advento da EC 03/93.

Além da ampliação dos poderes decisórios de controle de constitucionalidade, inclusive em face das omissões legislativas ilícitas, a mais marcante modificação foi a extraordinária ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura de ADI.⁷⁰¹ Na ordem constitucional anterior, como demonstrado, prevalecia o monopólio da deflagração do controle concentrado pelo Procurador-Geral da República que, subordinado ao Presidente da República e titular de discricionariedade na escolha de quais temas deveria submeter ao Supremo, acabava moldando a agenda da Corte e restringindo o controle apenas aos temas que interessavam ao Governo federal. A Constituição de 1988 rompeu com essa restrição que acompanhava o instituto desde sua criação pela EC 16/65 e promoveu a “*desmonopolização* da iniciativa para a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade”.⁷⁰²

Foi estabelecido um acesso amplo a ponto de poder se falar que o rol do art. 103 oportunizou uma revolução político-institucional no papel que o Supremo passaria a cumprir nos processos decisórios cruciais: o Presidente da República (inc. I); a Mesa do Senado Federal (inc. II); a Mesa da Câmara dos Deputados (inc. III); a Mesa das Assembleias Legislativas (inc. IV); o Governador de Estado (inciso V);⁷⁰³ o Procurador-Geral da República⁷⁰⁴ (inciso VI); o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (inciso VII); os partidos políticos com representação no Congresso Nacional (inciso VIII) e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (inciso IX) foram todos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

Segundo Gilmar Mendes, com essas modificações, a Constituição operou um processo conjunto de redução do controle difuso e ampliação do controle concentrado, “uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta

⁷⁰¹ Para Luís Roberto Barroso, Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?). In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). **1988 – 1998: Uma década de Constituição**. Op. cit., p. 59, “o florescente desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil se deveu, substancialmente, à ampliação [pela Constituição de 1988] da legitimação ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade.”

⁷⁰² BINENBOJM, Gustavo. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99. In: **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 155.

⁷⁰³ Seguindo jurisprudência do próprio Supremo (STF – Pleno, ADI (MC) nº 645/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 21/02/1992), foi incluído expressamente, pela EC 45/2004, a Câmara Legislativa e o Governador do Distrito Federal, respectivamente nos incisos IV e V do art. 103.

⁷⁰⁴ É de se destacar a atribuição de independência funcional ao Procurador Geral da República em relação ao Presidente da República, promovida pela nova ordem constitucional. Segundo o art. 128, §2º da Constituição de 1988, o Procurador Geral não mais pode ser destituído *ad nutum* pelo Presidente, mas apenas se autorizado por maioria absoluta do Senado Federal. Com essa nova disciplina, o Procurador Geral tornou-se um legitimado relevante na propositura de ADI mesmo em face do governo federal, se comparado com sua situação no regime constitucional anterior quando não gozava de qualquer independência e por isso foi um ator – era o único – inerte na propositura de ADI em face do governo federal.

de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”.⁷⁰⁵ Não se esgotou esse processo de fortalecimento institucional do Supremo com a disciplina generosa do constituinte originário, mas teve forte continuidade com as ações do constituinte derivado em duas oportunidades distintas, a Emenda Constitucional nº 03/93 e a Emenda Constitucional nº 45/2004 e do próprio legislador ordinário, com as Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99.

A EC 03/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), atribuindo apenas ao Presidente da República, às Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República a legitimidade para sua propositura. Diferente do que acontecia com a ADI, foi previsto expressamente a eficácia vinculante das decisões tomadas em ADC. Estabelecida para servir de instrumento de fixação de entendimento homogêneo diante de um quadro de “divergências interpretativas e jurisdicionais”,⁷⁰⁶ a medida teve sua constitucionalidade questionada, tendo o Supremo, por ocasião da Questão de Ordem na ADC 1,⁷⁰⁷ relatada pelo ex-ministro Moreira Alves, confirmado sua legitimidade. Desde então, a ADC trouxe consigo a ampliação do poder interpretativo e decisório do Supremo em face, principalmente, das outras instâncias judiciais.

Muito antes da EC 45/2004, houve medidas do próprio legislador ordinário que expandiram os poderes decisórios da Corte. O exame das Leis nºs 9.868, de 10/11/1999, e 9.882, de 03/12/1999, que disciplinam, respectivamente, as ADI e ADC e a ADPF, revela um dimensionamento de poderes de decisão além do estabelecido na própria Constituição de 1988 e até de poderes que a Corte havia recusado anteriormente para si. Significa dizer: o Supremo encontrou na legislação ordinária um extraordinário fator de expansão de sua jurisdição constitucional.

No art. 11, §1º, da Lei 9.868/99, foi atribuída eficácia *erga omnes* à medida cautelar concedida em ADI, enquanto o art. 28, § único, previu a eficácia *erga omnes* e também vinculante das decisões de mérito não apenas em ADC, como na época constava na Constituição (art. 102, §2º), mas também das decisões em ADI, inclusive da interpretação conforme a constituição e da declaração de nulidade parcial sem redução de texto. A Corte havia anteriormente negado efeito vinculante às suas decisões: nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, ela não admitia que suas decisões de mérito proferidas em ADI

⁷⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do Direito Constitucional brasileiro e a constitucionalidade da lei. **Revista de Informação Legislativa**, ano 32, nº 126, 1995, p. 157.

⁷⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Op. cit., p. 218.

⁷⁰⁷ STF – Pleno, ADC-QO 1, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995.

tivessem efeito vinculante, mas tão-somente *erga omnes*;⁷⁰⁸ depois da EC 03/93, admitia apenas excepcionalmente a extensão da eficácia vinculante das decisões em ADC às decisões em ADI,⁷⁰⁹ recusando a tese do caráter dúplice comum dessas ações.⁷¹⁰ Foi inclusive arguida na Corte, por seus membros, a inconstitucionalidade desse art. 28, § único, o que foi rejeitado pela maioria, todavia com três votos defendendo que apenas uma reforma constitucional poderia atribuir o efeito vinculante às decisões em ADI.⁷¹¹

Rompendo com a tradição de declarar nula a lei inconstitucional, o art. 27, ainda da Lei 9.868/99, previu a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões de mérito em ADC e ADI o que passou a ser amplamente utilizado, inclusive em sede de controle difuso.⁷¹² Trata-se da atribuição de um poder político-normativo substancial na medida em que permite ao Supremo calibrar, a partir dos conceitos indeterminados de “segurança jurídica” e “interesse social”, a aplicação de “leis inconstitucionais”.

O art. 7º, §2º prevê a possibilidade de participação do chamado *amicus curiae*, grupos sociais e *experts* que podem participar dos julgados não como partes, mas como intérpretes colaboradores, desde que sua representatividade justifique a intervenção. O art. 9º, §1º prevê a possibilidade de audiências públicas sobre as matérias a serem julgadas. Como destaca Binembojm, essas regras promoveram “uma maior *abertura* no processo de interpretação constitucional, ao admitir expressamente a manifestação de outros órgãos ou entidades, além das partes formais, no processo de controle abstrato”.⁷¹³ Com a previsão de um processo constitucional abstrato mais democrático, o legislador ordinário acabou municiando os argumentos de legitimidade da jurisdição constitucional do Supremo.

A Lei 9.982/99, por sua vez, cumpriu a tarefa, onze anos depois da promulgação da Constituição de 1988, de disciplinar a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). A Constituição foi absolutamente econômica na previsão dessa ação, de

⁷⁰⁸ STF – Pleno, Rcl. 397/RJ - QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21/05/1993; STF – Pleno, Rcl. 385/MA - QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/06/1993; STF – Pleno, ADI – MC 864/RS, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 17/09/1993.

⁷⁰⁹ STF – Pleno, ADI-QO 1.244, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 28/05/1999.

⁷¹⁰ Rejeitando a tese, cf. fundamentalmente: STF – Pleno, ADC-QO 1, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995, pp. 18/20; suscitando a tese na Corte, cf. fundamentalmente o voto do ex-ministro Sepúlveda Pertence: STF – Pleno, ADI-QO 1.244/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 28/05/1999 (j. 28/08/1997).

⁷¹¹ STF – Pleno, Rcl-QO 1.880, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/2004. A inconstitucionalidade foi arguida por Moreira Alves, que contou com o apoio dos ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio Mello.

⁷¹² Cf., dentre muitos outros julgados, STF – Pleno, ADI 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau, DJ 03/08/2007; STF – Pleno, RE 556.664/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14/11/2008.

⁷¹³ BINENBOJM, Gustavo. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99. In: **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Op. cit., p. 155.

modo que o legislador ordinário teve amplíssima liberdade de conformação, podendo igualmente lançar mão de uma estratégia restritiva ou expansiva da jurisdição do Supremo. Pois bem: o legislador ordinário decidiu expandir a jurisdição da Corte tanto naquilo em que ele foi preciso e esclarecedor como também onde deixou de “explicitar de forma clara o sentido e alcance da arguição de descumprimento de preceito fundamental”, tendo assim “transferi[do] para o Supremo Tribunal Federal um amplo espaço de conformação do instituto por via da [sua] construção jurisprudencial”.⁷¹⁴

O art. 1º, § único, I previu a possibilidade de o Supremo julgar de forma originária a lesão ou evitar a lesão a preceito fundamental por ato normativo ou por lei federal, estadual ou municipal, mesmo se anteriores à Constituição de 1988, ou seja, o legislador ordinário outorgou à Corte, mais uma vez, aquilo que ela havia negado a si: o controle concentrado da constitucionalidade da legislação pré-constitucional. Ao contrário da Corte Constitucional da Itália (Capítulo II, item 3, *supra*), o Supremo sempre teve orientação contra o controle de constitucionalidade concentrado das normas pré-constitucionais, mesmo na vigência da Constituição de 1988, sob o argumento da fiscalização concentrada supor “a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado.”⁷¹⁵

Diante de tal renúncia de jurisdição, o Supremo só vinha enfrentando a legislação pré-constitucional por meio do controle difuso e incidental. Com essa previsão da Lei 9.982/99, o Supremo passou a enfrentar originalmente questionamentos dos mais relevantes e verdadeiramente cruciais, como a constitucionalidade da lei de anistia,⁷¹⁶ da lei de imprensa⁷¹⁷ e as hipóteses de criminalização do aborto, estabelecidas no Código Penal.⁷¹⁸ Mais uma vez, foi o legislador ordinário quem expandiu o poder decisório da Corte sem previsão do constituinte e mesmo contra a “vontade” do próprio Supremo.

Por sua vez, o art. 2º, I conferiu à ADPF a mesma legitimidade processual ativa da ADI, ao passo que, no inciso II, conferiu legitimidade a todo e a qualquer cidadão para propor a ação para a defesa específica dos direitos fundamentais.⁷¹⁹ Esse último dispositivo foi

⁷¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Op. cit., p. 261.

⁷¹⁵ Antes da CF/88: STF – Pleno, RP 1.012, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 05/11/1979; na vigência da CF/88: STF – Pleno, ADI 74/DF. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25/09/1992.

⁷¹⁶ STF – Pleno, ADPF 153/DF. Rel. Min. Eros Grau, DJ 06/08/2010.

⁷¹⁷ STF – Pleno, ADPF 130/DF. Rel. Min. Carlos Britto, DJ 06/11/2009.

⁷¹⁸ STF – Pleno, ADPF 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 11-12/04/2012.

⁷¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. Op. cit., p. 261: o autor fala em “instrumento de cidadania”, ao se referir à ADPF com a legitimidade nos termos deste inciso II.

vetado pelo Presidente da República, sob a justificativa de proteger a funcionalidade da Corte. No que tange aos efeitos das decisões, a lei estabeleceu sua eficácia *erga omnes* e vinculante (art. 10, §3º) e ainda possibilitou sua modulação temporal. Sendo assim, o legislador conferiu amplas possibilidades de legitimidade para a propositura da ADPF e máxima eficácia das decisões, nada obstante o absoluto silêncio constitucional.

Finalmente, a EC 45/04, dando sequência aos processos políticos formais de *empowerment* do Supremo Tribunal Federal, promoveu uma reforma constitucional geral no Poder Judiciário e, em particular, no controle judicial de constitucionalidade. A emenda constitucional ampliou o rol de legitimados para a propositura de ADC (art. 103, *caput*), estendendo-a a todos os atores sociais e políticos legitimados para propositura de ADI. A emenda também constitucionalizou a eficácia vinculante das decisões em ADI (102, §2º), espancando quaisquer dúvidas porventura existentes sobre o tema. Todavia, os pontos mais importantes foram a criação da “súmula vinculante” (art. 103-A) e a previsão do instituto da “repercussão geral” como requisito autônomo de admissibilidade de recurso extraordinário no âmbito do controle difuso (102, §3º). Todas essas alterações promoveram uma concentração ainda mais significativa de poder decisório no Supremo Tribunal Federal.

O constituinte derivado introduziu o instituto da súmula vinculante, permitindo ao Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, aprovar “súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 103-A). A aprovação dessa súmula requer decisão de dois terços dos ministros e deve ser precedida de reiteradas decisões da Corte sobre a matéria constitucional versada. Seu processo deve ser deflagrado em meio a um ambiente de controvérsia entre os Tribunais do país e entre estes e a própria Administração Pública, de modo que a súmula sirva para eliminar o estado de insegurança jurídica e a possibilidade de multiplicação de demandas. Em face dos atos judiciais e administrativos que neguem aplicação à norma sumulada, tal como ocorre com os processos objetivos da Corte, caberá Reclamação.

Não pode haver dúvida de que a edição de súmula vinculante é um exercício explícito de criação judicial do direito, ou seja, de edição de normas gerais e abstratas, dotadas de plena eficácia vinculante, salvo em relação ao Legislativo e ao próprio Supremo que poderá “proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” A própria aplicação dessas súmulas suscita interpretações, como há de ser para toda e qualquer norma geral e

abstrata ao ser aplicada em casos concretos. Portanto, a despeito dos propósitos e de seus benefícios de racionalização do sistema normativo, trata-se, a toda prova, da atribuição de significativo poder político-normativo ao Supremo para ditar normas de natureza escancaradamente legiferante, que vincula o Estado-administração, as demais instâncias judiciais e a própria sociedade.

Outra novidade introduzida pela EC 45/2004 foi a da “Repercussão Geral” como requisito autônomo de admissibilidade do recurso extraordinário, incluído no §3º, do art. 102 da Constituição. Dizer que uma matéria possui repercussão geral é afirmar a “existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassam os interesses subjetivos” (art. 543-A, §1º, do Código de Processo Civil). Os propósitos da Repercussão Geral, que tem na antiga Arguição de Relevância da Constituição de 1967/1969 seu antecedente histórico, foram os de alcançar uma duração razoável para os processos e de viabilizar a racionalidade decisória do sistema por meio de mecanismos de uniformização das decisões das instâncias inferiores no sentido do decidido pelo Supremo. Ela também se propõe a reduzir o número de recursos extraordinários a serem julgados, fazendo com que a Corte se ocupe de temas realmente relevantes para a sociedade, dando-lhe um perfil de “corte constitucional” e, ao mesmo tempo, assegurando-lhe a funcionalidade.

Com todos esses propósitos, ficou claro que, finalmente, o legislador constituinte, ainda que o derivado, corrigiu a grande falha histórico-estrutural de nosso sistema de controle: a falta de efeito vinculante das decisões do Supremo em sede de controle difuso e incidental em relação às instâncias judiciais inferiores.⁷²⁰ Independente das questões ainda em aberto sobre o cabimento ou não de Reclamação para assegurar que as instâncias judiciais inferiores sigam as decisões do Supremo tomadas em recursos com repercussão geral reconhecida,⁷²¹ os julgamentos desses recursos passaram a formar autênticos *leading cases*, dando-se então mais um grande passo na direção do fortalecimento do poder decisório do Supremo e da

⁷²⁰ A dotação de efeito vinculante às decisões do Supremo proferidos em sede de recurso extraordinário, com repercussão geral previamente reconhecida, fica muito clara no seguinte acórdão: STF – Pleno, Rcl. 10.793, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, DJ 06/06/2011. Para uma síntese da doutrina crítica a esse defeito histórico, cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.) **Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 41/42.

⁷²¹ Cf. os debates: STF – Pleno, Rcl. 7.569/SP, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, DJ 10/12/2009; STF – Pleno, AgRg Rcl. 11.250/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 01/07/2011. A questão está sendo novamente discutida nas Reclamações nºs 11.408 e 11.427, ambas relatadas pelo Min. Ricardo Lewandowski, pendentes de julgamento definitivo depois do pedido de voto-vista do ministro Gilmar Mendes. Essa problemática obviamente coloca em confronto a defesa da autoridade da Corte de um lado, e de outro a defesa de sua própria funcionalidade.

aproximação entre nossos modelos difuso/incidental e concentrado/abstrato, “maximiza[ndo-se] a feição objetiva do recurso extraordinário.”⁷²²

Chama muito a atenção como a EC 45/2004 disciplinou o quorum exigido para a recusa da existência de repercussão geral. O constituinte derivado, em vez de tornar mais difícil o processo de justificação da competência decisória da Corte, acabou tornando mais difícil que ela recuse essa competência. Segundo a parte final do §3º, do art. 102, introduzido pela EC 45/2004, apenas pela manifestação de dois terços de seus membros o Supremo poderá recusar a presença de repercussão geral das questões que lhe são apresentadas no âmbito do controle difuso. Portanto, basta uma minoria de quatro ministros afirmar a relevância da questão que, por conseguinte, estará definida, em decisão irrecurável, a competência decisória do Supremo. A soma desse procedimento com a *constitucionalização abrangente* promovida pela Constituição de 1988 equivale a uma “fórmula-bomba” para o agigantamento decisório do Supremo Tribunal Federal. A Corte decide cada vez mais e sobre matérias cada vez mais distintas, sobrando cada vez menos para os demais Tribunais.

Esse sucinto exame é suficiente para demonstrar que, ao contrário do que ocorreu antes da Constituição de 1988, as ações político-normativas originária e derivadas de nosso legislador constituinte, assim como as provenientes do legislador ordinário, promoveram uma significativa expansão do acesso ao Supremo, da força de suas decisões e de seus instrumentos de controle de constitucionalidade. Sem qualquer sombra de dúvida, trata-se dos momentos constitucionais e infraconstitucionais de mais oportunidades formais para a judicialização da política e o ativismo judicial da história do Supremo Tribunal Federal.

Considerando os critérios de Ginsburg antes fixados, a conclusão agora é diametralmente oposta à que se chegou considerando o quadro evolutivo-institucional pré-Constituição de 1988. A conclusão é de uma *virada institucional* do Supremo e de seus poderes de controle de constitucionalidade. Estabilidade das regras sobre *(i)* o número; *(ii)* o mandato; *(iii)* os mecanismos de nomeação dos juízes, que permanecem incólumes e respeitadas pelos demais poderes; progressiva evolução das regras sobre *(iv)* o acesso ao Supremo; *(v)* os efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade e *(vi)* o sistema de controle escolhido: difuso com efeito vinculante nas hipóteses dos recursos com repercussão geral reconhecida; controle concentrado da legislação pós- e pré-Constituição de 1988, também das

⁷²² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1.077.

omissões legislativas, com acesso amplo aos atores sociais e políticos relevantes e dotado de decisões com eficácia *erga omnes* e vinculante. Com toda essa potencialidade institucional, o Supremo vem, cada vez mais, tornando-se um protagonista da vida política e social nesses tempos de estabilidade da democracia brasileira.

4.3.2 Judicialização da política e ativismo judicial pós-Constituição de 1988

4.3.2.1 A fase inicial: passivismo judicial

Toda essa nova disciplina constitucional e infraconstitucional acerca da estrutura e do funcionamento do Supremo, ampliando o acesso à sua jurisdição concentrada e abstrata e seus poderes de decisão, favoreceram a *judicialização da política e das grandes questões sociais* em seu âmbito de atuação. Importantes questões políticas e sociais, tradicionalmente deliberadas e resolvidas nas arenas políticas – Legislativo e Executivo – passaram, rotineiramente, a ser questionadas no Supremo, principalmente, por meio de ADIs.⁷²³ Aos poucos, a judicialização da política se tornou uma realidade da nova democracia brasileira.

Ocorre que, durante os primeiros anos de vigência da Constituição, o Supremo não respondeu a essa demanda com uma disposição ativista. Com efeito, como afirmado no Capítulo III (item 2.3, *supra*), ativismo judicial e judicialização da política são coisas distintas, embora intensa e circularmente conectadas.⁷²⁴ Enquanto judicializar as grandes questões políticas e sociais é demandar uma solução para essas questões dentro da arena judicial, o ativismo é uma escolha comportamental do juiz ou Tribunal em aceitar essa demanda e ditar as soluções, certas ou erradas, para as questões levantadas.⁷²⁵ É por isso que a judicialização da política ganha mais espaço e se desenvolve com o ativismo judicial, do qual

⁷²³ Cf. por todos: VIANNA, Luiz Werneck, et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Op. cit.; ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Org.). **The Judicialization of Politics in Latin America**. Op. cit., pp. 231/262.

⁷²⁴ Com muita argúcia, Gisele Cittadino, Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia, **ALCEU** V. 5 (nº 9), Rio de Janeiro: PUC, 2004, p. 106, ensina que judicialização da política é o “vínculo entre democracia e ativismo judicial”, à medida que é a “mobilização política da sociedade” que está na “origem da expansão do poder dos tribunais”.

⁷²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado** V. 13, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 75. Ran Hirschl, **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Op. cit., p. 20, distingue a “disposição de atores políticos nacionais de transferir a autoridade político-decisória da esfera política às cortes” e a “disposição do judiciário de responder positivamente a demandas por ativismo”.

se abastece e se renova. Nesse sentido, Neal Tate fala em desenvolvimento da judicialização da política condicionado à atitude de os juízes decidirem participar do processo de tomada de decisões⁷²⁶ – nesse sentido, o passivismo judicial pode levar, em médio prazo, ao abandono da judicialização da política como estratégia para a solução dos casos cruciais.

As primeiras decisões do Supremo pós-1988, sem dúvida, deram a impressão de que a Corte manteria o seu recentíssimo passado de passividade judicial o que poderia levar ao fim prematuro e estratégico da judicialização da política e das grandes questões sociais em sua esfera de ação. A Corte, primeiramente, tratou de restringir alguns de seus poderes decisórios bem como o acesso à sua jurisdição. No caso do mandado de injunção, como primeiro exemplo, embora tenha decidido pelo seu uso independente de disciplina infraconstitucional, o Supremo acabou por limitar sua utilidade quando recusou o poder normativo de suprir diretamente as lacunas legislativas inconstitucionais, afirmando não ser *legislador positivo*. Para o Supremo, no âmbito do mandado de injunção, seu papel deveria limitar-se a reconhecer a mora legislativa,⁷²⁷ comunicando a decisão ao Congresso e, no máximo, dando-lhe um prazo para que procedesse à produção legislativa obrigatória.⁷²⁸

Ainda, em clara postura de autorrestrrição prudencial funcional (Capítulo III, item 4.1., *supra*), a Corte incluiu restrições objetivas à legitimidade ativa para propositura de ADI, mas sem que isso decorresse do texto dos incisos do art. 103 da Constituição. Ela desenvolveu jurisprudencialmente o requisito da *pertinência temática*, que “torna imprescindível, para efeito de acesso ao procedimento de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se evidencie um nexo de afinidade entre os objetivos institucionais da entidade que ajuíza a ação direta e o conteúdo material da norma por ela impugnada nessa sede processual”.⁷²⁹ Para a Corte, Governadores, Assembleias Legislativas e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, chamados de *legitimados ativos especiais*, não podem propor ADI para discutir qualquer lei ou ato normativo, mas apenas normas que possam repercutir sobre seus interesses institucionais e políticos.

O Supremo também impôs sérios limites subjetivos ao exercício da legitimidade ativa do inciso IX do art. 103: a legitimidade processual das confederações sindicais ou entidades

⁷²⁶ TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: TATE, C. Neal & VALLINDER, Torbjörn (Org.) **The Global Expansion of Judicial Power**. Op. cit., p. 33.

⁷²⁷ STF – Pleno, MI-QO 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 23/11/1989, DJ 21/09/1990.

⁷²⁸ STF – Pleno, MI 232. Rel. Min. Moreira Alves, j. 02/08/1991, DJ 27/03/1992.

⁷²⁹ STF – Pleno, ADI 1.096/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/03/1995, DJ 22/09/1995, p. 92.

de classe de âmbito nacional.⁷³⁰ Em sucessivas decisões, a Corte, restringindo o alcance das expressões “confederação sindical” e “entidades de classe”, impediu associações de profissionais de categorias heterogêneas;⁷³¹ “associação de associações”;⁷³² associação civil de finalidade altruísta;⁷³³ associação de órgãos públicos;⁷³⁴ federações sindicais⁷³⁵ de proporem ADI por faltar-lhes legitimidade processual para tanto. Ademais, a Corte foi rígida na caracterização do “âmbito nacional” dessas entidades de classe, impondo-lhes possuir membros em pelo menos nove Estados da Federação, para que possam propor ADI.⁷³⁶ Defendendo sua funcionalidade, a Corte acabou por restringir o acesso da sociedade à sua jurisdição e à dinâmica de proteção dos direitos fundamentais da nova ordem constitucional.

O Supremo também evitou, inicialmente, enfrentar o Poder Executivo e isso foi particularmente relevante em dois campos: os planos econômicos e a absurda proliferação de medidas provisórias. O conjunto de reformas econômicas de março de 1990, dirigido a estabilizar a hiperinflação e que ficou conhecido como Plano Collor, foi contestado no Supremo, principalmente, sua medida de confisco de ativos financeiros da população. A Corte protelou e, por razões processuais, acabou não julgando o mérito das demandas, deixando de interferir em medidas políticas de intervenção econômica de duvidosa constitucionalidade.⁷³⁷ Típico e equivocado *uso de virtudes passivas* (Capítulo III, 4.1.3, *supra*).

A Corte foi também excessivamente passiva no controle dos pressupostos constitucionais de “relevância” e “urgência” para a edição de medidas provisórias (art. 62). Sua jurisprudência inicial foi no sentido da quase incontrollabilidade desses pressupostos, sendo admitido o controle apenas em casos de “excesso do poder de legislar”.⁷³⁸ Para a Corte, a apreciação desses requisitos “assum[iria] caráter político. Ficando tal apreciação por conta, em princípio, do Chefe do Poder Executivo e do Congresso Nacional”. Apenas sua clara e evidente improcedência autorizaria o controle judicial. Contudo, conforme afirmou na época o

⁷³⁰ Sobre o tema, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., pp. 1.103/1.108.

⁷³¹ STF – Pleno, ADI 34/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 05/04/1989, DJ 28/04/1989.

⁷³² STF – Pleno, ADI 1.037/SC, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03/06/1998, DJ 07/08/1998; STF – Pleno, ADI 23, Rel. p/ac Min. Moreira Alves, j. 02/04/1998, DJ 18/05/2001.

⁷³³ STF – Pleno, ADI 61/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29/08/1990, DJ 28/09/1990.

⁷³⁴ STF – Pleno, ADI 67/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 18/04/1990, DJ 15/06/1990.

⁷³⁵ STF – Pleno, ADI 17/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 11/03/1991, DJ 24/05/1991; STF – Pleno, ADI 505/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20/06/1991, DJ 02/08/1991.

⁷³⁶ STF – Pleno, ADI 386/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 04/04/1991, DJ 28/06/1991. A exigência numérica decorre da aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

⁷³⁷ STF – Pleno, ADI 259/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 11/03/1991, DJ 19/02/1993; STF – Pleno, ADI 534/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/08/1992, DJ 08/04/1994.

⁷³⁸ STF – Pleno, ADI 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, j. 14/12/1989, DJ 19/09/1997.

ex-Ministro Carlos Velloso, “de regra, [essa improcedência] não deverá ocorrer”, pois, “é urgente ou relevante o que o Presidente entender como tal”.⁷³⁹ O Supremo ainda aceitou passivamente a reedição indefinida das medidas provisórias caso não fossem rejeitadas expressamente pelo Congresso Nacional,⁷⁴⁰ inclusive em matéria tributária sujeita ao princípio da anterioridade geral (art. 150, III, *b*, da Constituição).⁷⁴¹

Essa postura da Corte, deferente ao Executivo nas chamadas *questões políticas*, ajudou o excesso de medidas provisórias a configurar-se como elemento muito negativo para a dinâmica da democracia brasileira. O Supremo foi muito deferente ao Executivo também no campo do controle concentrado e abstrato das leis orçamentárias e de medidas provisórias de abertura de créditos extraordinários. Além de enxergar esses atos legislativos como verdadeiras “opções políticas”, a Corte recusou seu poder de controle abstrato sob o argumento, muito ortodoxo, dessas normas “veicula[rem] atos de efeitos concretos”, apenas autorizadores de dispêndio administrativo de recursos públicos, ao passo que o controle concentrado e abstrato só poderia alcançar normas dotadas de generalidade.⁷⁴²

O Supremo também se mostrou restritivo na interpretação de alguns direitos constitucionais. Caso paradigmático foi sua decisão sobre a aplicação direta ou não do art. 192, §3º, da Constituição de 1988, que dispunha sobre o limite de juros reais em 12% ao ano. A maioria apertada da Corte entendeu pela não-aplicabilidade imediata do dispositivo constitucional, que dependeria de lei complementar regulatória de todo o Sistema Financeiro Nacional.⁷⁴³ O Supremo aceitou, também passivamente, as restrições legais à concessão de liminares e tutelas antecipadas contra o Poder Público, estabelecidas principalmente para proteger as medidas econômicas do governo o que acabou limitando o direito dos cidadãos à proteção judicial efetiva.⁷⁴⁴ A Corte ainda relutou em proteger direitos na linha dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como foi o caso de sua jurisprudência ortodoxa em favor

⁷³⁹ STF – Pleno, ADI 1.397/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 28/04/1997, DJ 27/06/1997, p. 326. Neste sentido, ainda: STF – Pleno, ADI – MC 1.516, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 06/03/1997, DJ 13/08/1999; STF – Pleno, ADI 1717-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 22/09/2000, DJ 25/02/2000.

⁷⁴⁰ STF – Pleno, ADI 295/DF, Rel. p/ ac Min. Marco Aurélio, j. 22/06/1990, DJ 22/08/1997; STF – Pleno, ADI 1.397/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 28/04/1997, DJ 27/06/1997.

⁷⁴¹ STF – Pleno, ADI 1.417/DF, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 02/08/1999, DJ 23/03/2001.

⁷⁴² STF – Pleno, ADI 647/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 18/12/1991, DJ 27/03/1992; STF – Pleno, ADI 2100/RS, Rel. p/ ac. Min. Nelson Jobim, j. 17/12/1999, DJ 01/06/2001.

⁷⁴³ STF – Pleno, ADI 4/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, j. 07/03/1991, DJ 25/06/1993. Recentemente, foi editada a Súmula Vinculante nº 7 sobre o tema: “A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.” (j. 11/06/2008, DJ 20/06/2008)

⁷⁴⁴ STF – Pleno, ADI 223/DF, Rel. p/ ac. Min. Sepúlveda Pertence, j. 05/04/1990, DJ 29/06/1990; STF – Pleno, ADI 295/DF, Rel. p/ ac Min. Marco Aurélio, j. 22/06/1990, DJ 22/08/1997.

da “prisão civil de depositário infiel”, negando por muito tempo a aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, cujo art.7º, § 7º proíbe essa modalidade de prisão civil.⁷⁴⁵

Portanto, apesar de toda a nova arquitetura constitucional oportunizando a judicialização da política e a expansão do papel institucional do Supremo Tribunal Federal, a Corte, nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, comportou-se de modo passivo como havia feito depois do endurecimento do Regime Militar com a edição dos AIs nºs 5 e 6. Acredito que as explicações para essa postura passiva são todas relacionadas à forma como se desenvolveu nosso processo de reabertura política e de transição do autoritarismo para a democracia e ao papel que a Corte cumpriu nesse processo.

4.3.2.2 Buscando explicações para o passivismo judicial inicial

As instituições podem cumprir um papel fundamental nos processos de transição dos regimes autoritários para a democracia,⁷⁴⁶ inclusive o Judiciário.⁷⁴⁷ Qual papel é esse e com qual intensidade e extensão o Judiciário poderá cumpri-lo são questões cujas respostas variam entre os processos particulares, tanto em função de quem controle esses processos quanto de como se relacionaram Judiciário e titulares do poder durante o regime autoritário. No caso brasileiro, o processo de abertura política e transição democrática foi deflagrado e inteiramente conduzido pelo próprio Governo Militar. A partir de 1974, com o General Ernesto Geisel na Presidência, o próprio Regime deu início a um processo lento e gradual de redemocratização que resultou a instauração de uma “Nova República” só em 1985, com a posse do primeiro presidente civil desde o Golpe. A primeira eleição direta pós-Golpe Militar para Presidente da República ocorreu apenas em 1989, quinze anos depois do início do processo de abertura democrática.⁷⁴⁸

⁷⁴⁵ STF – Pleno, HC 72.131, Rel. p/ ac. Min. Moreira Alves, j. 23/11/1995, DJ 01/08/2003. A mudança de posição veio com: STF – Pleno, RE 349.703/RS, Rel. Min. Carlos Britto, j. 03/12/2008, DJ 05/06/2009. A nova jurisprudência foi consagrada na Súmula Vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. (j. 16/12/2009, DJ 23/12/2009).

⁷⁴⁶ Cf. LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe**. Baltimore: The Johns Hopkins UP, 1996.

⁷⁴⁷ Cf. STOTZKY, Irwin P. (Ed.) **Transition to Democracy in Latin American. The Role of the Judiciary**. Boulder: Westview Press, 1993.

⁷⁴⁸ Samuel Huntington, **The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century**. Op. cit., p. 126, afirma não haver no Brasil um claro momento de ruptura com o Regime anterior, sendo “virtualmente impossível dizer em que ponto o Brasil deixou de ser uma ditadura e tornou-se uma democracia.” De qualquer forma, o autor destaca a eleição indireta de Tancredo Neves e a direta de Fernando Collor como momentos paradigmas dessa transformação.

Na condução desse processo de transição, o controle pelo Governo Militar nunca foi seriamente desafiado. O processo foi, como caracterizaram Linz e Stepan, uma “liberalização controlada”,⁷⁴⁹ ou, nas palavras de Huntington, “*liberation from above*”.⁷⁵⁰ Foi uma mudança evolutiva, e não uma revolução. Isso significa que a transição democrática durou e evoluiu, política e institucionalmente, conforme a vontade dos que perderiam a autoridade absoluta. Nosso processo de redemocratização foi, portanto, paradoxalmente pautado pelo próprio Regime ditatorial. Essa particularidade resultou que as instituições envolvidas, inclusive o Supremo, colaborassem de acordo com as pautas, o ritmo e o espaço de atuação definidos pelo Executivo autoritário e conforme o relacionamento institucional que mantinham, até então, com os titulares do poder de fato. Isso definiu não apenas a lentidão e o gradualismo do processo, mas também seu traço essencial de continuísmo.

Aliás, subjacente à perspectiva do continuísmo orgânico, em diversos setores do sistema político brasileiro, inclusive no Poder Judiciário, verificou-se, como observado por Oscar Vilhena Vieira, “um elevado nível de continuidade do quadro de pessoal que chegou ao poder no período militar.”⁷⁵¹ Para se ter uma ideia, quando entrou em vigor a Constituição de 1988, nove ministros sentados no Supremo haviam sido nomeados por Presidentes militares, sendo que, até a virada do século XXI, ao menos quatro desses ministros ainda permaneciam atuando na Corte. E que não se esqueça do próprio Presidente da República, José Sarney, o primeiro presidente civil depois do Golpe, que assumiu o cargo apenas por um acidente do destino – ele fazia parte do grupo político que apoiava o Governo Militar.

Com essa dinâmica continuísta de transição, foi até natural que as instituições, dentre elas o Supremo, se comportassem no processo de redemocratização tal como vinham fazendo durante a maior parte do Regime. Naquela altura inicial de redemocratização, o Supremo já havia assimilado os duros golpes dos AIs nºs 5 e 6 do final dos sessenta; era composto unicamente por ministros nomeados pelos militares e vivia então uma relação estável e de elevado grau de cooperação e integração com o Executivo hipertrofiado.⁷⁵² Dessa forma, a

⁷⁴⁹ LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe.** Op. cit., p. 168.

⁷⁵⁰ HUNTINGTON, Samuel P. **The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century.** Op. cit., p. 125.

⁷⁵¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política.** Op. cit., p. 81.

⁷⁵² De acordo com Anthony W. Pereira, **Political (In)Justice. Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina.** Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2005, p. 67, “sob o regime militar brasileiro, as relações organizacionais entre os militares e o judiciário eram muito próximas, de forma que muitos membros das duas organizações compartilhavam a mesma visão sobre as leis de segurança nacional e se comunicavam frequentemente.” Oscar Vilhena Vieira, **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política.** Op. cit., p. 81, fala em “relações de confiança alcançadas pelo Supremo junto aos governos militares.”

Corte, durante o período de transição, comportou-se como vinha fazendo desde que fora “domesticada” pela “linha-dura” do Regime: permaneceu em “um grande silêncio”, sem qualquer destaque institucional na “reconstrução do estado de direito e da democracia.”⁷⁵³

Pesquisa sobre as reportagens dos Jornais “Estado de São Paulo” e “Folha de São Paulo” acerca do papel e da imagem do Supremo entre os anos de 1979 e 1988 confirma esse diagnóstico: a imagem geral era “predominantemente negativa” e as duras críticas eram dirigidas ao fato de a Corte “abster-se de decidir questões relevantes para a vida política do país” e de ser subserviente ao Poder Executivo, não lhe impondo qualquer limite de atuação. Segundo a autora da pesquisa, a Folha de São Paulo teria retratado o Supremo “como uma instituição retrógrada, lenta e pouco representativa dos anseios do país.”⁷⁵⁴ Foi esse o “modelo de Supremo Tribunal Federal” que começou a atuar sob a vigência da nova Constituição. Um Tribunal que assimilara uma cultura de passividade judicial, que se mantivera distante das importantes questões políticas e sociais e se esquivara do confronto com os outros poderes, principalmente para com o Executivo. No início, o Supremo foi *mais do mesmo*.

Ademais, nesses primeiros anos de vigência da Carta de 1988, o Tribunal ainda sentia a necessidade, natural para qualquer corte, de ser cauteloso diante de um novo cenário político que estava apenas em sua fase inicial de desenvolvimento e de reafirmação da independência judicial como valor essencial do Estado de direito. Como já dito, a transição para a democracia no Brasil, diferente do que ocorreu na Alemanha e na Itália, não foi fruto de uma revolução, mas sim de uma evolução. As Cortes Constitucionais alemã e italiana responderam ao passado autoritário de seus países na velocidade que a revolução exigia, ao passo que, no caso brasileiro, o Supremo respondeu, inicialmente, no mesmo ritmo lento e gradual do próprio processo de reafirmação democrática. Esses fatores não excluem outros, mas, certamente, são possíveis explicações para o passivismo inicial do Supremo.

4.3.2.3 O extraordinário avanço do protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal

À medida que o novo milênio se aproximava, contudo, teve início a *era do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. É difícil precisar o momento exato dessa mudança,

⁷⁵³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. Op. cit., p. 80.

⁷⁵⁴ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O Supremo Tribunal Federal no Processo de Transição Democrática: Uma Análise de Conteúdo dos Jornais *Folha de S. Paulo* e o *Estado de S. Paulo*. **Revista de Sociologia e Política** V. 22, Curitiba, 2004, pp. 104/109.

pois, como já dito, todo o processo foi gradual. A verdade é que, aos poucos, a Corte foi abandonando suas *ortodoxias de autorrestrrição judicial*.⁷⁵⁵ Ela flexibilizou os requisitos de legitimidade para a propositura de ADI em favor das entidades de classe⁷⁵⁶ e intensificou o controle de constitucionalidade dos pressupostos de urgência e de relevância das medidas provisórias, minimizando seu caráter de “questões políticas” e passando a julgar inconstitucionais medidas provisórias carentes de urgência e de relevância.⁷⁵⁷

Da mesma forma, o Supremo avançou uma significativa mudança de postura no controle de constitucionalidade do orçamento, definindo que essa espécie legislativa, ainda que de efeitos concretos, está sujeita ao seu controle concentrado e abstrato.⁷⁵⁸ Modificou também e, profundamente, sua jurisprudência restritiva na aplicação do mandado de injunção. Em outubro de 2007, quando do julgamento conjunto dos MI(s) 670, 708 e 712,⁷⁵⁹ no conhecido caso da “greve dos servidores públicos”, a Corte reconheceu que era hora de superar sua doutrina autorrestritiva e decidiu utilizar o mandado de injunção para suprir diretamente a lacuna inconstitucional e o fez por meio de decisão com eficácia *erga omnes*.

Por outro lado, é verdade que uma grande marca ativista da Corte desenvolveu-se desde o início da vigência da Constituição de 1988: o exercício do controle material de emenda constitucional. O Supremo sempre demonstrou uma disposição incomum em declarar inconstitucionais as decisões do constituinte derivado, interpretando expansivamente as “cláusulas pétreas” da Constituição de 1988.⁷⁶⁰ Não obstante, a fase de intenso ativismo do Supremo ganhou notoriedade mesmo com as sucessivas decisões que proferiu no século XXI em torno de dois campos distintos e igualmente impactantes: o da dinâmica dos processos políticos e eleitorais e o das grandes questões morais e sociais contemporâneas. A partir de

⁷⁵⁵ Grande parte das decisões, a seguir citadas neste tópico, será abordada mais detalhadamente no Capítulo seguinte durante a execução da tarefa de categorização das decisões ativistas.

⁷⁵⁶ STF – Pleno, AgRg em ADI 3.153/DF, Rel. p/ ac. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/08/2004, DJ 09/09/2005 (a Corte mudou a sua jurisprudência, e passou a admitir a legitimidade das “associações das associações”).

⁷⁵⁷ STF – Pleno, ADI 1.753/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16/04/1998, DJ 12/06/1998.

⁷⁵⁸ STF – Pleno, ADI-MC 4.048/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/05/2008, DJ 22/08/2008 (este julgamento também foi relevante para o avanço do controle dos requisitos das medidas provisórias).

⁷⁵⁹ STF – Pleno. MI 670-9/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Relator p/ ac. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJ 30/10/2008; STF – Pleno. MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJ 30/10/2008; STF – Pleno. MI 712-8/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJ 30/10/2008.

⁷⁶⁰ STF – Pleno, ADI 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 15/12/1993, DJ 18/03/1994 (o caso do IPMF – EC 03/93); STF – Pleno, ADI 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 03/04/2003, DJ 16/05/2003 (Benefícios de Previdência – EC 20/98); STF – Pleno, ADI 3.105/DF, Rel. p/ ac Min. Cezar Peluso, j. 18/08/2004, DJ 18/02/2005 (a contribuição dos Inativos – EC 41/03); STF – Pleno, ADI 3.685/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 22/03/2006, DJ 10/08/2006 (Verticalização das coligações partidárias – EC 52/06); STF – Pleno, ADI-MC 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 05/04/2006, DJ 10/11/2006 (Competência Justiça do Trabalho – EC 45/2004); STF – Pleno, ADI 4.307/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11/11/2009, DJ 05/03/2010 (Número de vereadores – EC 58/09).

então, a Corte passou a ocupar aquele *espaço nobre do ativismo judicial* ao qual me referi no Capítulo anterior (item 2.2., *supra*).

Nos temas de alta sensibilidade e repercussão político-partidário-eleitoral, a Corte, em diferentes oportunidades, tem sido o momento decisivo de formação das bancadas legislativas nos diferentes níveis de governo.⁷⁶¹ Há uma forte judicialização do processo eleitoral, em todos os níveis federativos, e o Supremo tem sido um personagem importante desse processo. Não é por menos que a repercussão nacional dessas decisões tem tornado comum falar-se do Supremo como o ator à frente da “mãe de todas as reformas” do país: a Reforma Política, a principal de muitas outras reformas estruturais urgentes que não têm encontrado no Congresso o avanço deliberativo necessário.

Em julgado de 2004 e por meio de uma interpretação marcadamente criativa do art. 29, IV, da Constituição, o Supremo “cassou” a autonomia de os municípios fixarem o número de vereadores dentro dos limites estabelecidos no referido dispositivo constitucional. Essa decisão acabou resultando a redução de muitas das Casas Legislativas municipais, sendo apenas respeitados os mandatos então em vigor.⁷⁶² O julgado orientou ainda a regulação do tema pelo Tribunal Superior Eleitoral, cuja constitucionalidade foi depois confirmada pelo próprio Supremo, em julgamento marcado por muitas afirmações de *soberania judicial*.⁷⁶³ Em setembro de 2009, foi publicada a Emenda Constitucional nº 58, que estabeleceu disciplina parecida, com aplicação retroativa para as eleições de 2008. Essa retroatividade foi suspensa cautelarmente pelo Supremo por julgá-la inconstitucional.⁷⁶⁴

As decisões do Supremo têm também interferido significativamente no funcionamento e nas prerrogativas dos partidos políticos. A Corte impôs a verticalização das coligações partidário-eleitorais para o ano de 2006, embora emenda constitucional daquele ano (EC nº 56/2006) tenha assegurado a plena e imediata autonomia dos partidos políticos de formarem coligações sem vínculos entre as “candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal.” Para os ministros, a vigência imediata da EC 56/2006 violava a regra constitucional da anterioridade eleitoral (art. 16).⁷⁶⁵ Em outro julgado ainda mais relevante,

⁷⁶¹ Para Thamy Pogrebinski, **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Op. cit., pp. 7/8, essas decisões seriam “*outliers*”, um “seleto e limitado conjunto de casos” que se desvia do padrão de deferência judicial do Supremo ao Congresso Nacional, e por isso não podem ser consideradas indícios de judicialização da política ou de ativismo judicial.

⁷⁶² STF – Pleno, RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24/03/2004, DJ 07/05/2004 (caso Mira Estrela).

⁷⁶³ STF – Pleno, ADI 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/08/2005, DJ 20/08/2010.

⁷⁶⁴ STF – Pleno, ADI-MC 4.307/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11/11/2009, DJ 05/03/2010.

⁷⁶⁵ STF – Pleno, ADI 3.685/DF, j. 22/03/2006, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, DJ 10/08/2006.

uma Corte unânime julgou inconstitucionais índices de desempenho eleitoral, estabelecidos na Lei nº 9.096/95, como condições e critérios impostos aos partidos para o regular funcionamento parlamentar, a participação no rateio do Fundo Partidário e o tempo de propaganda partidária gratuita (as chamadas “cláusulas de barreira”). A Corte não afastou a possibilidade de a lei estabelecer essas condições, mas considerou os critérios da Lei nº 9.096/95 particularmente excessivos e desproporcionais.⁷⁶⁶

A Corte tem dado a última palavra até sobre o destino dos mandatos parlamentares em casos de mudança de partido ou vacância no cargo. Em decisão muito controvertida, a Corte garantiu o direito de o partido político preservar a vaga legislativa ocupada por candidato eleito sob sua legenda na hipótese de sua desfiliação e transferência para outro partido (“infidelidade partidária”). O mandato seria do partido, não do parlamentar.⁷⁶⁷ Já nos casos de vacância, renúncia ou licença do candidato eleito, a questão era saber se a vaga pertence ao partido isoladamente ou à coligação partidária formada para as eleições. O Supremo, em um primeiro momento e em sede cautelar, havia decidido que a vaga deveria ser preenchida pelo suplente pertencente ao partido político do parlamentar que se afastou.⁷⁶⁸ Em um segundo momento e de forma definitiva, a Corte inverteu sua posição e julgou que a vaga deveria ser ocupada pelo primeiro suplente dentro da coligação partidária formada, e não do partido isoladamente. A vaga então seria da coligação, não do partido.⁷⁶⁹

Os partidos políticos ainda aguardam outras decisões fundamentais, como a que vai decidir o destino dos votos dados aos candidatos com registros indeferidos, mas pendentes de recurso: os votos podem ser logo computados aos partidos para cálculo do quociente eleitoral? É o Supremo quem dirá.⁷⁷⁰ E aguardam também a decisão quanto à regra de “infidelidade partidária” ser aplicada no caso de mudança para partido recém-criado.⁷⁷¹ Foi o Supremo quem criou essa “regra constitucional”, ele deverá definir sua extensão. Contudo, nenhuma outra questão político-eleitoral foi mais polêmica e teve mais repercussão do que o caso da “Lei da Ficha-Limpa”. A Corte enfrentou questionamentos sobre o início de vigência e a própria constitucionalidade da LC 135/2010, lei de iniciativa popular que cria novas e rígidas

⁷⁶⁶ STF – Pleno, ADI 1.351/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006, DJ 29/06/2007.

⁷⁶⁷ STF – Pleno, MS 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 04/10/2006, DJ 17/10/2008; STF – Pleno, MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/10/2006, DJ 19/12/2008; STF – Pleno, MS 26.604/DF, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, j. 04/10/2006, DJ 03/10/2008. Depois, cf. ADI 3.999/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12/11/2008, DJ 17/04/2009.

⁷⁶⁸ STF – Pleno, MC em MS 29.988/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/12/2010, DJ 07/06/2011.

⁷⁶⁹ STF – Pleno, MS 30.260/DF, Rel. Min.^a Cármen Lúcia, j. 27/04/2011, DJ 30/08/2011.

⁷⁷⁰ ADIs 4.513 e 4.542, todas da relatoria do Min. Joaquim Barbosa.

⁷⁷¹ ADI 4.583, Rel.^a Rosa Weber.

hipóteses de inelegibilidade pelo prazo de 8 anos, como a cassação de mandato anterior, renúncia ao cargo eletivo para não ser cassado, ou condenação, por órgão judicial colegiado e antes do trânsito em julgado, por alguns crimes que a lei menciona.

A Corte teve que, inicialmente, definir o destino dos mais de oito milhões de votos dados aos candidatos nas eleições de 2010 que tiveram os registros indeferidos em razão da Lei da Ficha-Limpa. A questão era definir se a lei, publicada em 07/06/2010, poderia ser aplicada de imediato nas eleições do mesmo ano, a despeito da regra da anterioridade eleitoral do art. 16 da Constituição. O primeiro julgado de mérito foi sobre o candidato Jäder Barbalho, “eleito” Senador pelo Pará com 1.799.762 votos, mas com o registro indeferido por ter renunciado ao mandato anterior para evitar processo de cassação. O julgamento terminou empatado, em razão de a Corte estar desfalcada de um membro, tendo sido assim mantida a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que havia impedido o registro.⁷⁷² Nada obstante, havia a certeza de que se tratava apenas de uma solução provisória, à espera do “11º voto”.

Em 03/03/2011, o ministro Luiz Fux tomou posse e a Corte estava então novamente completa. O tema voltou à pauta 20 dias depois e o “11º voto”, mesmo contra a opinião pública, foi pela aplicação da anterioridade, definindo então que a lei não poderia ser aplicada para o ano de 2010.⁷⁷³ O “um voto” de Fux definiu a validade dos oito milhões de votos populares confiados aos candidatos “fichas-sujas”. As atenções então se dirigiram à definição seguinte sobre a própria constitucionalidade da lei, haja vista as incertezas causadas pelas amplas teorizações, feitas por alguns membros da Corte, principalmente no julgamento da ADPF 144,⁷⁷⁴ sobre a irradiação do princípio da inocência penal ao campo eleitoral o que impediria a inelegibilidade antes do trânsito em julgado das decisões condenatórias. A expectativa era enorme e os olhos da sociedade, da mídia e de toda a comunidade política estavam voltados para o Supremo, o centro de todas as atenções. Em 16/02/2012, por uma maioria de 7 a 4, a Corte definiu a constitucionalidade total da lei⁷⁷⁵ e finalmente a “bola da democracia” foi rolada para os verdadeiros “titulares do jogo”, os eleitores.⁷⁷⁶

⁷⁷² STF – Pleno, RE 631.102/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/10/2010, DJ 20/06/2011.

⁷⁷³ STF – Pleno, RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/03/2011, DJ 18/11/2011.

⁷⁷⁴ STF – Pleno, ADPF 144/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 06/08/2008, DJ 26/02/2010: tratou-se de uma tentativa de introduzir a “ficha-limpa” pautada na eficácia plena do §9º, do art. 14 da CF/88, quando alguns juízes, principalmente o Relator, aprofundaram a irradiação do princípio da não culpabilidade penal ao processo eleitoral para justificar a improcedência da ação.

⁷⁷⁵ STF – Pleno, ADCs 29 e 30, e ADI 4578, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16/02/2010.

⁷⁷⁶ São decisões importantes sobre direitos dos eleitores: STF – Pleno, ADI-MC ADI 4.451, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, j. 30/09/2010, DJ 01/06/2011 (direito de votar mediante ao menos um documento oficial de identidade com fotografia); STF – Pleno, ADI-MC 4.543/DF, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. 19/10/2011, DJ 02/03/2012 (inconstitucionalidade de exigência de impressão de voto por violar a garantia do segredo de voto)

Além dessas grandes questões políticas e eleitorais, o Supremo tem se ocupado das questões morais mais cruciais da atualidade, as “questões de direitos ‘divisoras de águas’”.⁷⁷⁷ Em maio de 2008, o Supremo julgou a questão da autorização legal de pesquisas e tratamentos médicos com células-tronco embrionárias (art. 5º, da Lei 11.105/2005). A Corte, em um julgado histórico, decidiu pela plena constitucionalidade da lei, inclusive afastando a necessidade de quaisquer adições interpretativas de sua parte.⁷⁷⁸ A partir de então, era o Supremo quem proporcionara a luz no fim do túnel para milhões de desabilitados. A impressão era de que a lei apenas *passou a existir para valer* depois da declaração apartidária do Supremo sobre sua validade.

A “Lei de Biossegurança” havia sido aprovada por 96% do Senado e 85% da Câmara, e a delicada previsão do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas e tratamentos de doenças graves contava, segundo pesquisa IBOPE, com o apoio de 95% da população.⁷⁷⁹ Apesar dessas credenciais democráticas, o debate sobre a lei apenas ganhou realmente notoriedade com seu julgamento pelo Supremo. A atuação da Corte, de fato, não preencheu *vazios de institucionalização*, mas reverenciou o bom trabalho prévio do Legislativo. Porém, o sentimento que ficou é algo diverso. Esse caso mostrou, segundo penso, que nossa dinâmica social tem creditado ao Supremo um *valor de legitimação* dos atos dos outros poderes, máxime do Legislativo, no exato sentido defendido por Charles Black Jr. em obra clássica sobre a Suprema Corte norte-americana: as decisões da Corte teriam a função de prover um “alto sentimento público de que o governo obedeceu à Constituição”.⁷⁸⁰

No entanto, as duas questões morais mais importantes e controvertidas foram, sem dúvida, a da união homoafetiva e a do aborto de fetos anencéfalos, estes sim casos de solução de vazios de institucionalização. Em 05 de maio de 2011, o Supremo, forte no conteúdo e na eficácia imediata dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, reconheceu a equiparação jurídica entre a união estável homoafetiva e a união estável heteroafetiva.⁷⁸¹ Já em 12 de abril de 2012, o Supremo decidiu que o aborto de fetos anencéfalos não é crime, adicionando ao Código Penal mais uma hipótese de excludente de ilicitude do aborto como

⁷⁷⁷ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal** V. 115 (6), 2006, p. 1.367.

⁷⁷⁸ STF – Pleno, ADI 3.510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, DJ 28/05/2010.

⁷⁷⁹ <http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=6&proj=PortalIBOPE&pub=T&nome=impressao&db=cald&docid=0D5622636BD74F018325740200621078>. Acesso em 28/11/2011.

⁷⁸⁰ BLACK JR., Charles L. **The People and the Court. Judicial Review in a Democracy**. New York: Macmillan, 1960, p. 86.

⁷⁸¹ STF – Pleno, ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJ 14/10/2011.

decorrência da aplicação direta dos princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à saúde da mulher, de sua autodeterminação e de seus direitos sexuais e reprodutivos.⁷⁸²

O caráter marcadamente moral e altamente polêmico dessas questões, impensáveis para a Corte de outrora e a sociedade de outrora, mostra que o Supremo vem desempenhando o papel descrito por Aharon Barak de encurtar a distância entre os valores da Constituição e as grandes transformações sociais em torno dos direitos fundamentais. Diante do vácuo de consenso parlamentar sobre essas questões,⁷⁸³ é o Supremo que tem permitido a mudança de conteúdo dos valores constitucionais como reflexo das mudanças dos conceitos e crenças básicas da sociedade.⁷⁸⁴ Para Barak, “o direito de uma sociedade é um organismo vivo”, e o papel do juiz é “entender o propósito” desse “direito” e ajudá-lo a alcançar esse propósito.⁷⁸⁵ Para tanto, a Corte tem expandido o conteúdo dos princípios constitucionais e fortalecido os direitos fundamentais, “encontrando-os”, inclusive, nas “entrelinhas do Texto Constitucional”, naquela que Laurence Tribe chamou de “Constituição Invisível”.⁷⁸⁶

O Supremo tem sido realmente ativista em interpretar a Constituição no propósito de avançar posições fundamentais de liberdade e de igualdade social. Expandindo e aplicando diretamente princípios como o da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão e da privacidade, ele tem imposto sérias limitações às *ações estatais regulatória, investigatória e coercitivo-penal*.⁷⁸⁷ Pautada principalmente na proteção do mínimo existencial, a Corte vem também mostrando forte comprometimento com a ideia de justiça distributiva. Em diversas decisões monocráticas, de Turmas e do Pleno, o Supremo tem exigido do Estado o cumprimento de prestações positivas em torno dos direitos sociais e em favor dos hipossuficientes, interferindo ativamente nas escolhas dos outros poderes ou suprindo-lhes a “proteção insuficiente” no âmbito de suas políticas públicas sociais.⁷⁸⁸

Aliás, merece destaque a ascensão de sua jurisprudência em torno dos direitos de grupos minoritários e desprotegidos. Além dos julgamentos favoráveis aos homossexuais e aos hipossuficientes, acima citados, são ainda dignas de nota as decisões históricas favoráveis

⁷⁸² STF – Pleno, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012.

⁷⁸³ REIS, Jane. Retrospectiva 2008: Direito Constitucional, *Revista de Direito do Estado* V. 13, 2009, p. 16

⁷⁸⁴ BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations**. Op. cit., p. 65.

⁷⁸⁵ BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy**. Op. cit., p. 3.

⁷⁸⁶ TRIBE, Laurence. **The Invisible Constitution**. Op. cit.

⁷⁸⁷ As decisões sobre liberdade de expressão, de imprensa e de profissão, da proteção do sigilo bancário, e a expansão jurídico-normativa do princípio da inocência e da individualização da pena em decisões como as sobre progressão de regime no cumprimento de pena nos crimes hediondos e direito de recorrer em liberdade, são exemplos importantes desse ativismo judicial que serão explorados no Capítulo V, item 5.1.

⁷⁸⁸ Decisões sobre o fornecimento de medicamentos, tratamento médico, educação, etc. (Capítulo V, item 5.2).

às políticas de ação afirmativa para ingresso no ensino superior, especificamente as políticas de reserva de cotas étnico-raciais (ações afirmativas raciais)⁷⁸⁹ e de cotas socioeconômicas.⁷⁹⁰ O Supremo tem também assegurado direitos aos índios, notadamente nas questões históricas e fundamentais das terras indígenas. No famoso caso “Raposa Serra do Sol”, a Corte assegurou a constitucionalidade do procedimento administrativo de demarcação contínua, e não em ilhas, de 17.000 km² de terras indígenas no Estado de Roraima.⁷⁹¹ Em outro caso complexo, na Corte desde 1982, o Supremo anulou diversos títulos de propriedades de terras, exploradas por pecuaristas e agricultores, localizadas na área da Reserva Indígena Caramuru-Catarina Paraguassu, no sul da Bahia.⁷⁹²

A Corte ainda cuidará de outros casos semelhantes, como o da “Terra Indígena Arroio-Korá” no Mato Grosso do Sul,⁷⁹³ o da “Terra Indígena Jatayvary” no mesmo Estado,⁷⁹⁴ o da ampliação da “Reserva Buriti” também no Mato Grosso do Sul⁷⁹⁵ e a questão da demarcação de terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.⁷⁹⁶ É de se destacar que todos esses julgamentos têm e terão grande repercussão política, administrativa e também econômica sobre os Estados da Federação. Sem discutir a importância histórico-cultural dessas decisões e seu caráter fundamental de proteção de minorias, não pode ser ignorado que a supressão da possibilidade de exploração econômica dessas terras, que correspondem a grandes partes desses Estados, pode ter impactos e repercussões bastante negativas para a vida socioeconômica dessas unidades federativas.⁷⁹⁷

Têm sido muito comum decisões em que o Supremo tem intervindo diretamente na estrutura administrativa dos outros poderes e nos diferentes níveis federativos. Talvez, a mais destacada e festejada de todas essas decisões tenha sido a que impôs, sem intermediação de lei, que os Poderes Executivo e Legislativo, no âmbito da administração direta e indireta, tanto da União como dos Estados, Distrito Federal e Municípios, abstivessem-se da prática de

⁷⁸⁹ STF – Pleno, ADPF 186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/04/2012.

⁷⁹⁰ STF – Pleno, ADI 3.330/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 03/05/2012; STF – Pleno, RE (RG) 597.285/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 09/05/2012.

⁷⁹¹ STF – Pleno, PET 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19/03/2009, DJ 01/07/2010. Para Cláudio P. de Souza Neto e Daniel Sarmento, **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Op. cit., pp. 403, em razão dos condicionamentos impostos pela decisão às futuras demarcações (Capítulo V, item 2.2), que teriam limitado “gravemente os direitos fundamentais dessa minoria étnica”, esse caso constitui “hipótese clara de ativismo judicial voltado contra a proteção de grupo vulnerável”.

⁷⁹² STF – Pleno, ACO 312/BA, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02/05/2012.

⁷⁹³ MS 28.567/MS, Rel. Min. Rosa Weber.

⁷⁹⁴ MS 31.100/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

⁷⁹⁵ MS 31.240/MS, Rel. Min. Luiz Fux.

⁷⁹⁶ ADI 3.239/DF, Rel. Min. Cezar Peluso. (Dec. nº 4.887/2003)

⁷⁹⁷ Sobre essa possibilidade, cf. a reportagem da Revista Veja, Edição 2.058, de 30 de abril de 2008, sobre os efeitos socioeconômicos para a região promovidos pela decisão do “caso Raposa Serra do Sol”.

nepotismo.⁷⁹⁸ E ainda uma Corte unânime, em homenagem ao dever de boa-fé objetiva da administração pública e à proteção da confiança legítima do administrado, restringiu a discricionariedade do Poder Público ao lhe impor um “dever de nomeação” do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no Edital do concurso.⁷⁹⁹

Em outra decisão de grande repercussão política sobre nossas unidades federativas, o Supremo julgou inconstitucional a criação de novos municípios até que fosse editada a lei complementar exigida pelo § 4º do art. 18 da Constituição. A Corte reconheceu a inconstitucionalidade da omissão parlamentar na aprovação dessa lei, condição para que os Estados criassem novos municípios, mas não extinguiu os já criados. Ela modulou no tempo os efeitos da decisão para dar ao Congresso o prazo de 180 dias para legislar, proibindo os Estados de criarem novos municípios até que editada a lei complementar.⁸⁰⁰ Porém, em vez da lei, um pressionado Congresso aprovou, no prazo estabelecido, a Emenda Constitucional nº 57/2008, que tão-somente convalidou os municípios criados até 31/12/2006.⁸⁰¹

Foram ainda julgados inconstitucionais, com grande potencial de repercussão macroeconômica sobre a Federação, os atuais critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, estabelecidos na LC 62/1989, por estarem desatualizados em face do contexto socioeconômico contemporâneo e, por isso, não servirem para a promoção do equilíbrio federativo.⁸⁰² A Corte modulou no tempo os efeitos da decisão para que o Congresso aprovasse novas regras de rateio até 31 de dezembro de 2012. Ainda no campo dos julgados relevantes e de fortes efeitos macroeconômicos em nossa estrutura federativa, devem ser citadas as decisões de 01/06/2011, em que o Supremo, reafirmando sua jurisprudência de mais de quinze anos,⁸⁰³ julgou um conjunto de quatorze ADIs e declarou a inconstitucionalidade de diversas leis e decretos de seis Estados-membros e do Distrito Federal que concederam benefícios fiscais dentro da chamada “Guerra Fiscal”.⁸⁰⁴

⁷⁹⁸ STF – Pleno, RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20/08/2008, DJ 24/10/2008; Súmula Vinculante nº 14, j. 21/08/2008, DJ 29/08/2008. Anteriormente, a Corte havia julgado constitucional a proibição do nepotismo no Judiciário como decorrência direta do princípio da moralidade pública independente de intermediação legislativa: ADC-MC 12/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 16/02/2006, DJ 01/09/2006.

⁷⁹⁹ STF – Pleno, RE (RG) nº 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/08/2011, DJ 03/10/2011.

⁸⁰⁰ STF – Pleno, 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/05/2007, DJ 06/09/2007; STF – Pleno, ADI 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau, 09/05/2007, DJ 17/05/2007.

⁸⁰¹ Para Thamy Pogrebinski, **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Op. cit., pp. 159/161, esse caso é um de “diálogo” entre a Corte e o Congresso Nacional. A edição forçada da EC 57/2008 não teria sido consequência do ativismo judicial, mas um caso de “experimentalismo democrático”.

⁸⁰² STF – Pleno, ADI 875/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/02/2010, DJ 30/04/2010.

⁸⁰³ Cf. STF – Pleno, ADI – MC 1.247/PE. Rel. Min. Celso de Mello, j. 17/08/1995, DJ 08/09/1995.

⁸⁰⁴ Sobre a lista dessas ações, cf. Informativo STF nº 629, de 30 de maio a 03 de junho de 2011.

Sob o aspecto exclusivamente jurídico, essas últimas decisões não apresentaram novidade, porém, o volume julgado e a assertividade dos ministros chamaram a atenção de especialistas e jornalistas, que começaram a destacar o papel que o Supremo poderia cumprir no avanço de uma imprescindível “Reforma Tributária”, que está emperrada no Congresso desde o Governo Itamar Franco (1992-1994). Para eles, seria mais uma reforma estrutural que o Congresso não consegue fazer, mas o Supremo... O mais curioso é que um Telejornal da própria Câmara dos Deputados (!!!) falou, no dia seguinte às decisões, em um “começo de Reforma Tributária [que] parece surgir pelas mãos do Supremo Tribunal Federal”.⁸⁰⁵ O Telejornal da própria Câmara dos Deputados?!? É prestígio político demais.

Por último, mas apenas por enquanto, é de se destacar ainda a impressionante repercussão midiática e popular de algumas decisões. Alguns dos casos julgados ou por julgar são verdadeiros “campeões de audiência”, sempre matérias de primeira página dos jornais e destaques de telejornais. Foi assim com a Lei da Anistia⁸⁰⁶ e, particularmente, com o “caso Battisti”, um pedido de extradição de italiano condenado por crimes de homicídio em seu país. A Corte ignorou o ato político de refúgio concedido a Battisti pelo Ministro da Justiça e decidiu deferir o pedido da extradição.⁸⁰⁷ Não obstante, ela reconheceu que caberia, ao Presidente da República, a palavra final sobre a efetiva extradição. Como se sabe, o ex-Presidente Lula não entregou Battisti ao governo italiano.

Outro julgamento de enorme repercussão jornalística foi sobre a competência concorrente (originária) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para investigar magistrados. Por maioria apertada de um voto apenas, o Supremo decidiu pela competência originária do CNJ,⁸⁰⁸ mas não sem antes mobilizar a atenção do país, dividindo experts e leigos em torno do que seria certo ou errado para o Supremo decidir.

Todavia, nenhum *julgamento midiático* supera o “caso Mensalão”, ação penal⁸⁰⁹ decorrente de denúncia da Procuradoria-Geral da República em face de 40 pessoas, entre políticos e empresários, supostamente envolvidos em um grande esquema de corrupção instaurado na própria base do Governo Lula, por meio do qual o partido do Governo, o PT, obteria altos recursos de empresas que prestavam serviços ao governo e repassaria essas

⁸⁰⁵ <http://www2.camara.gov.br/tv/materias/CAMARA-HOJE/198106-REFORMA-TRIBUTARIA-E-ASSUNTO-DE-COMISSAO-E-DO-STF.html>

⁸⁰⁶ STF – Pleno, ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/04/2010, DJ 06/08/2010.

⁸⁰⁷ STF – Pleno, Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16/12/2009, DJ 16/04/2010.

⁸⁰⁸ STF – Pleno, ADI 4.638/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012.

⁸⁰⁹ STF – Pleno, AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

verbas extraoficiais para parlamentares gastarem em suas campanhas e, em troca, exigiria apoio político para a aprovação dos projetos de leis governamentais e para sua permanência no poder. Só o julgamento do recebimento da denúncia⁸¹⁰ durou cinco dias, cerca de 30 horas de debates e mais de 1.100 páginas de acórdão. Quando do “Julgamento do Século”, a atenção de algum número de brasileiros girará em torno do Supremo e de seus ministros, que serão, por semanas ou meses, “astros de TV”, julgando, ao vivo e a cores, o certo e o errado daquele que é considerado o mais vergonhoso escândalo de corrupção política de nossa história.

Foi-se o tempo, portanto, em que apenas a política julgava o Supremo. O Supremo de hoje julga a política, determina alguns de seus resultados e ainda, eventualmente, a condena. O extenso relato de casos acima mostra que a Corte está inteiramente inserida no *espaço nobre do ativismo judicial* (Capítulo III, 2.2, *supra*). Aliás, chegamos ao nível *tocquevilliano* de que dificilmente algum tema, mesmo de baixo impacto político e social, escapa à jurisdição do Supremo Tribunal Federal.⁸¹¹ E, no exercício desse *protagonismo institucional*, o Supremo tem respondido às questões cruciais, fundado principalmente no discurso dos direitos fundamentais e na ideia de democracia inclusiva, com interpretações criativas e expansivas de normas constitucionais, interferências nas escolhas políticas do Executivo e do Legislativo e preenchendo vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes. Isso se chama ativismo judicial.

4.4 Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal: fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais

Mas por que essa expansão extraordinária do espaço institucional do Supremo? Quais são as variáveis explicativas – *fatores*,⁸¹² *fontes*,⁸¹³ *impulsos*,⁸¹⁴ *condições facilitadoras*⁸¹⁵ – desse protagonismo da Corte? O cientista político Kurt Weyland fez um estudo sobre os fatores que explicam a crescente estabilidade democrática no Brasil desde a superação do regime militar. Ele concluiu pela necessidade de uma “explicação multifacetada”. Para

⁸¹⁰ A denúncia foi recebida em 28/08/2007, nos autos do Inq. 2.245/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

⁸¹¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America and Two Essays on America** (1835-1840). Londres: Penguin Books, 2003, p. 120.

⁸¹² HOQUE, Ridwanul. **Judicial Activism in Bangladesh: A Golden Mean Approach**. Op. cit., p. 206 et seq.

⁸¹³ BAUM, Lawrence. Understanding Courts as Policy Makers. **American Bar Foundation Research Journal** V. 8 (1), 1983, p. 243.

⁸¹⁴ KAPISZEWSKI, Diana. Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. **Law & Society Review** V. 42 (2), 2011, p. 472.

⁸¹⁵ TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: _____.; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Op. cit., p. 28.

Weyland, apenas argumentos fundados em diferentes espécies de fatores podem ser “teoreticamente convincentes e metodologicamente úteis para explicar as ‘múltiplas causas conjunturais’ que prevalecem no mundo político.”⁸¹⁶ Ainda que isso possa parecer paradoxal, estou certo que a conclusão deva ser a mesma para o tema desta dissertação: assim como nossa estabilidade democrática, o contemporâneo avanço do ativismo judicial do Supremo pode ser compreendido apenas por meio de uma “explicação multifacetada”.⁸¹⁷

As descrições comparativas, feitas neste capítulo, das trajetórias político-institucionais do Supremo *antes* e *depois* da Constituição de 1988 revelam, inequivocamente, situações opostas. Como relatado acima, antes do marco constitucional de 1988, tivemos um Supremo de baixo poder decisório, que foi humilhado pelos ataques políticos de Executivos hipertrofiados e de Presidentes autoritários. As forças políticas, então dominantes, sempre por meios ilegítimos – descumprimento de decisões, aposentadorias compulsórias de ministros e atos normativos arbitrários de *Court Packing* – constrangeram a independência do Supremo e fizeram dele um órgão subserviente. Contudo, hoje a situação é muito diferente. O que mudou? Por que mudou? Não há *uma* resposta – fatores institucionais, sociopolíticos e jurídico-culturais explicam essa transformação. Esses fatores foram esparsamente apontados nos tópicos anteriores deste capítulo e agora merecem uma abordagem mais sistematizada.

O primeiro conjunto de fatores que explica o avanço do ativismo judicial do Supremo é de ordem institucional. Como descrito ao longo deste capítulo (itens 3.1, 3.2, *supra*), novos desenhos institucionais, estabelecidos pelo Texto Constitucional originário de 1988, por emendas constitucionais (principalmente, a EC 45/2004) e por leis ordinárias (destacadamente, as Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99), fortaleceram a jurisdição, ampliaram o acesso ao e o poder decisório do Supremo, oportunizando sua ascensão institucional. Não se tratou, no entanto, apenas de uma mudança radical da estrutura do controle de constitucionalidade, mas da estrutura de oportunidades de uma nova dinâmica de

⁸¹⁶ WEYLAND, Kurt. The Growing Sustainability of Brazil’s Low-Quality Democracy. In: HAGOPIAN, Frances; MAINWARING, Scott P. (Ed.) **The Third Wave of Democratization in Latin America. Advances and Setbacks**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 120: segundo o autor, a estabilidade democrática brasileira é favorecida pelos recentes desenvolvimentos de nossa estrutura social; pelas mudanças político-institucionais; pela crescente apreciação da democracia pelas elites e em razão de convergências políticas entre essas elites e a massa popular.

⁸¹⁷ Embora a questão da legitimidade das decisões ativistas extrapole os propósitos deste estudo, devo advertir da importância de se saber dessas variáveis explicativas do ativismo judicial também para esse debate. Não parece adequado resumir a discussão sobre legitimidade apenas a fundamentos teóricos e abstratos e isso porque uma avaliação necessariamente abrangente requer a conexão desses elementos normativos com as variáveis institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais dos contextos particulares em que as cortes constitucionais operam. Com isso, impede-se que o debate seja reduzido a um *plano ideal de coisas* – os fundamentos teóricos e filosóficos são importantes, mas não são argumentos definitivos nem podem ser funcionalmente isolados.

interpretação constitucional e de construção da ordem jurídica. Com os desenhos institucionais pós-88, máxime a disciplina dos legitimados para deflagrar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, novos atores políticos e sociais ganharam a chance de participar da configuração da ordem jurídica e de construção dos significados constitucionais e isso por meio de ações impetradas diretamente no Supremo.

Deve ser destacada ainda a reconfiguração do papel institucional do Procurador-Geral da República que, com a Constituição de 1988, adquiriu independência funcional em relação ao Presidente da República. Antes, o Procurador era nomeado e exonerado *ad nutum* pelo Presidente, além de acumular a função de defesa judicial da União Federal. Com essas características, sua função de controle sobre o Executivo federal era quase nula, o que refletiu negativamente sobre a utilidade do controle abstrato e concentrado e sobre o próprio desempenho do Supremo na ordem constitucional anterior, haja vista o monopólio do Procurador para a deflagração desse controle. Com a nova Constituição (art. 128, §2º), o Procurador-Geral não mais pode ser destituído *ad nutum* pelo Presidente, mas apenas se autorizado por maioria absoluta do Senado Federal, e isso tem feito toda a diferença. Sua atuação no “caso Mensalão”, acusando assertivamente membros do Partido do Governo, é prova definitiva desse salto de qualidade em sua independência. Com esse maior insulamento político, a atuação do Procurador-Geral representa hoje o percentual de 20,1% do total de 4.739 ADIs propostas – é o terceiro legitimado em volume de ações propostas.⁸¹⁸

Somados a esses elementos procedimentais e orgânicos, a *constitucionalização abrangente e compromissória*,⁸¹⁹ promovida pela Constituição, e seu amplo catálogo de direitos fundamentais, veiculados principalmente por meio de enunciados normativos vagos e indeterminados (princípios),⁸²⁰ criaram um quadro muito generoso de oportunidades para a litigância, no nível do Supremo, de temas com conteúdo e relevância sortidos (*tribunalização da vida*) e cujas soluções requerem respostas interpretativas criativas. Significa dizer: o ordenamento jurídico pós-1988, máxime o constitucional, satisfaz condições institucionais que têm permitido importantes questões políticas e sociais, tradicionalmente deliberadas e resolvidas nas arenas políticas – Legislativo e Executivo – serem questionadas e decididas

⁸¹⁸ Os dados são atualizados até 30 de junho de 2012 e constam do site do STF.

⁸¹⁹ SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Op. cit., p. 103.

⁸²⁰ PROVIN, Doris Marie. Judicial Activism and American Democracy. In: HALL, Kermit L.; McGUIRE, Kevin T. **The Judicial Branch**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 317: “Tratar a prática de os juízes tomarem decisões políticas como algo que pudesse parar se eles respeitassem os limites adequados de sua autoridade tende a dirigir a atenção à personalidade e à ética judiciais, e excluí-la das ambiguidades da lei e de sua (às vezes intencional) vagueza.”

criativamente pelo Supremo Tribunal Federal.⁸²¹ Aos poucos, principalmente por meio de ADIs e, mais recentemente, por meio de ADPFs, a presença decisória do Supremo se tornou uma realidade da rotina democrática brasileira.⁸²²

Não se pode perder de vista, no entanto, que essa nova realidade institucional foi politicamente construída. Como disse Dieter Grimm, “sem a disposição de políticos em delegar a resolução de conflitos às cortes, o ativismo judicial careceria da base institucional para de outro jeito avançar.”⁸²³ O estabelecimento formal de uma corte forte e de jurisdição constitucional ampla é uma decisão política, que pode ser depois restringida ou avançada. Portanto, porque variações do desenho institucional importam, tanto a subserviência de ontem como o ativismo judicial de hoje respondem a fatores políticos correlatos.⁸²⁴

Deve-se ter em mente, de outra parte, que esses fatores políticos não se resumem às escolhas político-legislativas formais, mas também um “novo” ambiente político tem motivado o protagonismo institucional do Supremo – o ativismo judicial da Corte vem sendo politicamente ambientado.⁸²⁵ Trata-se de uma perspectiva que leva em conta os fatores externos que podem influenciar o comportamento judicial e que afirma que os juízes respondem a diferentes incentivos de contextos políticos diversos.⁸²⁶

Os acontecimentos pré-1988 revelaram o poder político sempre procurando subjugar o Supremo, castrando sua independência e seu poder decisório a cada decisão que lhe fosse contrária. Esse ambiente político hostil constrangeu o Supremo e implicou seu passivismo judicial. Durante os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, como exposto no

⁸²¹ Cf. por todos: VIANNA, Luiz Werneck, et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999; ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Org.). **The Judicialization of Politics in Latin America**. Op. cit., pp. 231/262.

⁸²² TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Op. cit., p. 158: “o impacto de cortes sobre as políticas públicas está diretamente ligado à estrutura institucional do judiciário.” No mesmo sentido: VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. Op. cit., p. 96; KAPISZEWSKI, Diana. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protection? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. (ed.) **Courts in Latin America**. Op. cit., pp. 154/155; RÍOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Matthew M. Institutional Determinants of the Judicialisation of the Policy in Brazil and Mexico. **Journal of Latin American Studies** V. 38 (4), 2006, pp. 739/766.

⁸²³ GRIMM, Dieter. Judicial Activism. In: BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (Ed.). **Judges in Contemporary Democracy**. Op. cit., p. 17: “antes que o judiciário possa expandir-se em áreas previamente dominadas por outras forças, as cortes devem ser estabelecidas e dotadas com competências para decidir conflitos sociais e políticos”.

⁸²⁴ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases**. Op. cit., p. 18.

⁸²⁵ ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. **Revista de Direito Administrativo** V. 250, Rio de Janeiro FGV, 2009, p. 7.

⁸²⁶ Cf. MAVEETY, Nancy. (Ed.) **The Pioneers of Judicial Behavior**. Op. cit.

tópico 3.2.2, *supra*, esse passivismo judicial se manteve em boa medida, dentre outros motivos, em função da cautela natural que juízes e cortes sustentam diante de regimes políticos em fase de afirmação e de *revelação*. Porém, aos poucos, o ambiente político pós-88, tanto no Congresso Nacional como no âmbito do Poder Executivo federal, mostrou-se marcado por um discurso e por uma postura de respeito e de tolerância com as decisões do Supremo, o que tem favorecido, sem dúvida, sua liberdade e assertividade decisórias.

É claro que algumas decisões cruciais provocam críticas pontuais que a Corte estaria excedendo à sua competência; invadindo o campo de ação dos poderes políticos; criando ao invés de aplicar as leis. Não obstante, são reações aos “sintomas” e não às “causas”. São críticas particulares que, normalmente, vêm de bancadas representativas de segmentos específicos da sociedade, máxime as bancadas religiosas, mas não representam uma reação orgânica hostil nem significativa do poder político ao atual patamar institucional do Supremo. Quando ocorrem reações, elas são veiculadas por canais institucionais legítimos que não permitem sua caracterização como afronta à autoridade decisória do Supremo.

Um exemplo importante dessas reações legítimas tem sido a prática de reversão legislativa dos precentes da Corte. O Congresso Nacional, por meio de emendas constitucionais, de leis complementares e até de leis ordinárias, de forma legítima e em diferentes oportunidades, tem procurado contornar, na prática, algumas decisões do Supremo. Trata-se da chamada “correção legislativa da jurisprudência”, explorada entre nós, primeiramente, pelo Mestre Ricardo Lobo Torres, embora sob uma perspectiva negativa.⁸²⁷

Mormente por meio de emendas constitucionais, o Congresso vem aprovando novas normas para assegurar efeitos jurídicos que, em decisões anteriores, o Supremo havia recusado por motivo de inconstitucionalidade. Essa prática legislativa, que pode, à primeira vista, parecer uma *afronta institucional*, deve ser mais bem compreendida, principalmente se aceita pelo Supremo em rodadas sucessivas, como uma salutar abertura ao diálogo constitucional,⁸²⁸ exatamente como ocorre nos festejados casos da Suprema Corte do Canadá e da Corte Constitucional da África do Sul (Capítulo II, itens 6 e 7, *supra*).

⁸²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 358: para Lobo Torres, a correção legislativa da jurisprudência do Supremo “importa em profunda transformação do equilíbrio entre os poderes do Estado, com a superação da doutrina de que o Judiciário só pode ser objeto de autocontrole (*judicial self-restraint*)”.

⁸²⁸ Cf. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Op. cit., pp. 401/410; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. cit., pp. 289/315. No direito norte-americano, cf. FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**. Op. cit., p. 200 et seq.

Essa forma de reação político-legislativa, na maior parte dos casos, tem tido a virtude, por mais paradoxal que possa parecer, não só de impedir que prevaleça, na prática, a “palavra final” do Supremo, mas também de prestigiar a autoridade da Corte como intérprete da Constituição. É que, para contornar os efeitos práticos das decisões de inconstitucionalidade, têm sido utilizadas emendas constitucionais com o propósito de alterar o parâmetro normativo superior exatamente na direção apontada pela Corte como sendo *o adequado* para que as proposições legislativas infraconstitucionais, então declaradas inválidas, pudessem ter avançado. Ou seja, essas reações legislativas à jurisprudência do Supremo têm seguido os contornos interpretativos da própria Corte para, com isso, obter sua aprovação em eventuais rodadas subsequentes de controle de constitucionalidade. Isso pode ser chamado de “correção legislativa” em seu significado pragmático-consequencialista, mas é “adequação normativa” em sua essência. Alguns exemplos demonstram isso.

No RE 153.771/MG,⁸²⁹ o Supremo negou que as alíquotas do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) pudessem ser progressivas em função de sua base de cálculo (valor venal dos imóveis), haja vista a natureza real desse imposto. Segundo a Corte, havia previsão expressa de progressividade do IPTU apenas para atendimento de fins extrafiscais (impor o cumprimento da função social da propriedade; art. 182, da Constituição), não sendo então legítima a progressividade para fins fiscais. Foi então editada a EC 29/2000, alterando o §1º do art. 156 para afastar as premissas que conduziram a Corte ao referido julgamento de inconstitucionalidade, fazendo constar, expressamente, permissão aos municípios para instituírem alíquotas progressivas em razão simplesmente do valor do imóvel. Posteriormente, em sede de controle incidental, o Supremo, por unanimidade, afirmou a constitucionalidade da EC 29/2000 e a legitimidade da “correção legislativa” em favor do novo regime de tributação progressiva do IPTU.⁸³⁰

Em outro caso tributário, o Supremo julgou inconstitucional a cobrança, pelos municípios, de taxa de iluminação pública, por considerar o serviço de iluminação pública “inespecífico, não mensurável, indivisível e insucetível de ser referido a determinado contribuinte”.⁸³¹ Como a instituição de taxas deve pressupor serviços públicos “específicos e divisíveis” (art. 145, II da Constituição de 1988), a cobrança foi declarada inconstitucional. Para o Supremo, esse serviço deveria ser custeado pelos impostos municipais em geral.

⁸²⁹ STF – Pleno, RE 153.771/MG, Rel. p/ac. Min. Moreira Alves, j. 20/11/1996, DJ 05/09/1997.

⁸³⁰ STF – Pleno, RE 423.768/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/12/2010, DJ 10/05/2011.

⁸³¹ STF – Pleno, RE 233.332/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 10/03/1999, DJ 14/05/1999.

Editou-se então a EC 39/2002, acrescentando o art. 149-A à Constituição, para criar a figura esdrúxula da Contribuição de Iluminação Pública (COSIP) – exação destinada a obter dos contribuintes recursos exclusivos para o custeio da iluminação pública. No RE 573.675/SC,⁸³² o Supremo julgou constitucional a COSIP, considerando-a um “tributo de caráter *sui generis*” que “se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”.

No campo do custeio da Seguridade Social, existem diversos exemplos. O caso da contribuição sobre as remunerações de “empresários, trabalhadores avulsos e autônomos” merece destaque. O art. 3º, I, da Lei 7.787/89, e o art. 22, I, da Lei 8.212/91, em suas redações originárias, estabeleceram a contribuição social do art. 195, I, da Constituição de 1988, sobre salários e sobre as remunerações pagas a empresários, trabalhadores avulsos e autônomos. Contudo, como esse dispositivo constitucional, em sua redação originária, apenas previa a incidência da contribuição sobre a folha de salários,⁸³³ o Supremo declarou a inconstitucionalidade das outras incidências.⁸³⁴ Para a Corte, sem previsão constitucional em seu “sentido vernacular”, a tributação da remuneração dos empresários, avulsos e autônomos configurou “nova fonte de custeio da Seguridade Social”, o que só poderia ter sido estabelecida mediante lei complementar (art. 195, §4º). Pouco tempo depois, no molde legislativo preconizado pelo Supremo, foi editada a LC nº 84, de 18/01/1996, instituindo as incidências tributárias declaradas inconstitucionais. Em 1998, veio a EC 20/98, expandido as hipóteses de incidência do art. 195, I, da Carta, “vernacularmente” para além da “folha de salários”, permitindo, assim, o que o Supremo havia vetado: a disciplina dessas “novas” fontes de custeio da Seguridade Social por meio de lei ordinária.

Existem outros exemplos de “adequação normativa” que, por razões de espaço e de tempo, não abordarei aqui.⁸³⁵ É certo que também houve casos em que a reação legislativa não caracterizou uma adequação, mas uma tentativa de correção em sentido estrito, com o Congresso aprovando lei em claro desafio à interpretação constitucional do Supremo. Os casos da “extensão do foro por prerrogativa de função” e da “aposentadoria especial de professores”, que serão abordados com detalhes no capítulo seguinte, item 6, *supra*, são

⁸³² STF – Pleno, RE (RG) 573.365/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/03/2009, DJ 22/05/2009.

⁸³³ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – dos empregadores, incidente sobre a **folha de salários**, o faturamento e o lucro”

⁸³⁴ STF – Pleno, RE 166.772/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/05/1994, DJ 16/12/1994.

⁸³⁵ Para um inventário desses casos, cf. TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. Op. cit., pp. 358/368; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. cit., pp. 289/300.

exemplos da espécie.⁸³⁶ Porém, reações desse último tipo são minoria, de modo que, sob o ponto de vista descritivo, têm sido mais usuais respostas legislativas que procuram preservar o papel do Congresso na concretização da Constituição, mas, ao mesmo tempo, prestigiam a autoridade do Supremo Tribunal Federal como intérprete constitucional. Trata-se de uma dinâmica dialógica e representativa de estabilidade/maturidade político-institucional.⁸³⁷

O Poder Executivo federal também tem demonstrado uma postura de respeito institucional ao Supremo Tribunal Federal, e isso é particularmente significativo, considerado o histórico de ataques que a Corte sofreu de Presidentes autoritários. Com a Constituição de 1988, o Poder Executivo foi mantido como o “centro de gravidade do sistema político brasileiro” – titular de “extensas prerrogativas no que concerne à direção da administração pública e ao processo legislativo”.⁸³⁸ A estrutura constitucional vigente, como historicamente prevaleceu, coloca o Poder Executivo no centro do regime político, inclusive do processo legislativo.⁸³⁹ Todavia, isso não tem resultado em ataques pelos Presidentes da República ao Supremo Tribunal Federal.

Desde o fim da Ditadura Militar e a vigência da Constituição de 1988, os diferentes Presidentes da República não têm praticado reações às decisões da Corte que possam ser ditas incompatíveis com as normas do Estado democrático de direito. Retaliações orçamentárias, ameaças de aposentadorias compulsórias e, principalmente, recusa em cumprir as decisões judiciais são coisas do passado, não tendo feito parte das relações institucionais atuais entre o Executivo e o Supremo. Os últimos Presidentes sequer utilizaram o instrumento da nomeação de ministros, como nos Estados Unidos, para avançar um Supremo aliado.⁸⁴⁰ Prova disso é a grande diversidade de personalidades e de ideologias na Corte. Isso é particularmente significativo para o “caso Mensalão”. Ainda que eventual condenação dos acusados pelo Supremo venha a atingir seriamente o prestígio de seu partido político, a Presidente Dilma,

⁸³⁶ Não se censura aqui, sob o ponto de vista normativo, essa prática de reação legislativa, que penso também ostentar o caráter dialógico. Volto ao tema no Capítulo V, item 6.

⁸³⁷ Sobre a perspectiva normativa dessas práticas de reação legislativa, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Op. cit., pp. 401/410.

⁸³⁸ AMORIM NETO, Octavio. O Poder Executivo, centro de gravidade do Sistema Político Brasileiro. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. Op. cit., p. 131.

⁸³⁹ O Presidente da República possui iniciativa legislativa para projetos de leis e emendas constitucionais, sendo exclusiva para temas estruturais como administração pública, tributação e orçamento, e ainda tem o poder de editar medidas provisórias o que, no final das contas, permite um controle presidencial forte sobre a agenda legislativa do país.

⁸⁴⁰ OLIVEIRA, Maria Angela Jardim de Santa Cruz; GAROUPA, Nuno. Choosing Judges in Brazil: Reassessing Legal Transplants from the United States. **The American Journal of Comparative Law** V. 59 (2), 2011, p. 556: “o nível e o alcance do ativismo é menos partidário no Brasil do que nos Estados Unidos”.

antes do julgamento, nomeou dois ministros – Luiz Fux e Rosa Weber – sem qualquer vinculação partidária e com mais de 30 anos de carreira na magistratura. Ademais, a Presidente tem evitado até falar sobre duas nomeações iminentes para evitar qualquer tipo de pressão política sobre o Supremo na época do julgamento.

Isso significa que, também por parte do Executivo, o Supremo Tribunal Federal vem atuando em um ambiente político favorável à ascensão de seu ativismo judicial. A história conta que o Supremo deve temer reações do Executivo federal e essa é uma lição que não pode ser esquecida mesmo nos dias de hoje. Entretanto, nossa atual dinâmica político-institucional vem conferindo muito mais segurança e liberdade para a Corte em comparação às ações e reações políticas do passado. Estabilidade democrática e fragmentação do poder político são variáveis correlacionadas que podem explicar esse novo padrão de relações institucionais entre o Poder Executivo e o Supremo Tribunal Federal.

A fragmentação *horizontal* e *partidária* do poder político pós-1988, tendo promovido estabilidade democrática⁸⁴¹ e segurança institucional, principalmente, a partir do primeiro Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998),⁸⁴² parece um dos elementos convincentes de explicação para a formação desse ambiente político favorável à ascensão institucional do Supremo. A difusão do poder político pode favorecer a ascensão institucional das cortes em dois aspectos – *(i)* eleva as oportunidades de conflitos e, conseqüentemente, de judicialização de questões políticas relevantes; *(ii)* aumenta a independência das cortes para decidir sobre essas questões, haja vista a *inexistência de uma instância hegemônica de poder*. No Brasil pós-1988, a divisão horizontal do poder de governo entre Legislativo e Executivo – distribuição de competências legislativas (arts. 48 a 50; art. 84) – somado à operação do

⁸⁴¹ É, sem dúvida, difícil para a Teoria Política moderna explicar o *paradoxo* de a expansão da democracia em vários países, notadamente a partir da metade do século passado, vir acompanhada da ascensão de cortes constitucionais, instituições essencialmente “contramajoritárias”. A afirmação normativa que a existência de um judiciário independente e ativista seja condição de um sistema político democrático é problemática e não interessa diretamente para este estudo. No entanto, a afirmação, tanto normativa como descritiva, que a presença de um governo democrático seja uma condição necessária, embora ainda não suficiente, para a ascensão política de juízes e cortes parece difícil de ser refutada. Nesse sentido, cf. TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: TATE, C. Neal & VALLINDER, Torbjörn (Org.) **The Global Expansion of Judicial Power**. Op. cit., p. 29. Em sentido diverso, com a perspectiva da presença estratégica da judicialização da política e do ativismo judicial nos estados autoritários, cf. MOUSTAFA, Tamir; GINSBURG, Tom. Introduction: Functions of Courts in Authoritarian Politics. In: _____. _____. (Ed.) **Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes**. New York: Cambridge University Press, 2008, pp.1/22.

⁸⁴² Timothy J. Power, Brazilian Democracy as a Late Bloomer. Reevaluating the Regime in the Cardoso-Lula Era. **Latin American Research Review** (Special Issue), 2011, p. 219, reconhecendo a consolidação da democracia no Brasil, principalmente a partir do primeiro governo Fernando Henrique Cardoso, destaca como característica sobressalente de nosso novo arranjo político-institucional “a ausência de qualquer ator antissistema importante dotado de influência política”.

regime pluripartidário estabelecido na Constituição (art. 17) têm proporcionado um arranjo político-institucional que se encaixa muito bem nessa fórmula dúplice de *causas e efeitos*.

Com a operação real de múltiplos partidos políticos, criou-se um ambiente de disputas e barganhas que, além de impedir que agremiações soberanas apareçam,⁸⁴³ assegura a fragmentação do poder político entre o Executivo e o Legislativo e dentro desses próprios poderes. O arranjo de pluripartidarismo entrincheirado somado à fragmentação formal do poder político entre Executivo e Legislativo tem resultado, na prática, a necessidade de *trocas* entre o Governo e uma maioria de representantes legislativos de diferentes partidos, por meio das quais o chefe do Executivo, com o propósito de obter apoio da maioria do Congresso para implementar sua agenda de políticas públicas, distribui pastas ministeriais entre membros dos principais partidos. O “Presidente brasileiro [ainda] é, de jure e de fato, o principal legislador do país”, porém, a aprovação de seus projetos depende “do apoio sistemático e disciplinado de uma coalizão partidária”. Ele só consegue governar com esse “apoio parlamentar estruturado e disciplinado”.⁸⁴⁴ Essa prática de formação de base de sustentação política do governo ficou conhecida como *presidencialismo de coalizão*.⁸⁴⁵

O presidencialismo de coalizão tem como contrapartidas a formação de uma oposição igualmente organizada e um relacionamento de relativa reciprocidade entre Executivo e Legislativo. Ou seja, na prática, esse regime tem proporcionado “um padrão consistente de governo *versus* oposição, com razoável disciplina entre os diversos parceiros do governo e alta disciplina por parte da oposição.”⁸⁴⁶ Operando assim – eis o ponto fundamental – esse modelo de governança tem tido o sucesso de impedir, ao menos até aqui, uma formação hegemônica de poder político.⁸⁴⁷ Ainda que o chefe do Executivo consiga impor sua agenda e o poder de barganha seja assimétrico, ele deve, para tanto, dialogar com diferentes partidos no Legislativo e enfrentar uma oposição sempre mobilizada. Essa dinâmica tem tido a virtude de evitar a concentração excessiva e perigosa de poder nas mãos do Presidente da República que,

⁸⁴³ Em 2011, 513 vagas da Câmara dos Deputados eram ocupadas por 19 partidos; 81 vagas do Senado, entre 15 partidos. Nove partidos possuíam em torno de 5% por cento ou mais dessas participações.

⁸⁴⁴ LIMONGI, Fernando. Presidencialismo e Governo de Coalizão. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. (Org.) **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 256.

⁸⁴⁵ A origem do termo coube a Sérgio Henriques H. Abranches, Presidencialismo de Coalizão. O Dilema Institucional Brasileiro. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, V. 31 (1), 1988, pp. 5/38. Cf. SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 84; Idem. Partidos no Presidencialismo de Coalizão. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, V. 45 (2), 2002, pp. 237/264.

⁸⁴⁶ SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão**. Op. cit., p. 109.

⁸⁴⁷ O modelo não é imune a críticas. As principais são que ele favorece o clientelismo entre Executivo e parlamentares e que promove o aumento do custo orçamentário brasileiro.

mesmo ainda sendo a figura política mais poderosa do país, precisa de um Congresso multipartidário cooperativo para governar plenamente e pôr em prática suas políticas públicas.⁸⁴⁸ Previne-se, dessa forma, a hipertrofia do Executivo, tão *consistente* no passado.

Com a inexistência de uma força política hegemônica, há a necessidade de mais diálogo entre Executivo, interessado na aprovação das leis, sua base pluripartidária de governo no Legislativo e, dependendo do veículo legislativo, a base pluripartidária de oposição. Isso significa fragmentação real do poder político o que repercute positivamente para a estabilidade democrática e para a segurança institucional e, dentro da lógica de implicações entre difusão de poder político e independência judicial,⁸⁴⁹ cria um ambiente político que permite a atuação mais ativista do Supremo Tribunal Federal.⁸⁵⁰ Com esse arranjo político competitivo, principalmente com o respeito do Executivo à sua independência, a Corte tem atuado com boa dose de liberdade para avançar o projeto constitucional contemporâneo de limitação do poder em favor dos direitos fundamentais. Em diferentes casos, aliás, ela tem sido até útil para os poderes políticos e mesmo uma necessidade desse sistema fragmentado de poder.

Dentro desse quadro contemporâneo de fragmentação de poder político, portanto, de concorrência partidária e de abertura à alternância de titularidade do governo (*incerteza eleitoral*), os atores e partidos políticos têm feito do Supremo hoje um fator de equilíbrio do poder.⁸⁵¹ Em vez de reações muito negativas às suas decisões, os atores e partidos políticos estão sempre acionando a Corte para contestar, derrubar, postergar ou, ao menos, desacreditar as leis que não puderam obstaculizar na arena político-deliberativa, repercutindo para a sociedade ideias que futuramente podem se tornar dominantes. Talvez, por isso, não seja nada

⁸⁴⁸ LIMONGI, Fernando. Presidencialismo e Governo de Coalizão. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. (Org.) **Reforma política no Brasil**. Op. cit., p. 256: “O presidente não pode ir contra a vontade do Congresso. Por isso, precisa formar uma coalizão legislativa que lhe garanta a maioria necessária”; cf. SANTOS, Fabiano. Partidos no Presidencialismo de Coalizão. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, V. 45 (2), 2002, p. 245.

⁸⁴⁹ GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases**. Op. cit., p. 18: “Difusão política (...) permite que cortes exerçam mais poder. Aumentando a incerteza, democratização leva à maior demanda por *judicial review*; a extensão da difusão política determina como bem sucedidas as cortes podem ser em afirmar poder.”

⁸⁵⁰ Luciano da Ros, Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade** V. 31, 2007, p. 94, sintetiza o argumento da seguinte forma: “quanto mais disperso o poder político, mais independentes tendem a ser os tribunais, abrindo espaço para que os julgadores dêem maiores mostras de ativismo”.

⁸⁵¹ Oscar Vilhena Vieira, Supremocracia, **Revista de Direito do Estado** V. 12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 60, fala no Supremo pós-1988 como “exerce[ndo] uma espécie de poder moderador”. Sobre esse papel das cortes constitucionais em abstrato, cf. GRABER, Mark A. Constructing Judicial Review. **Annual Review of Political Science** V. 8, 2005, p. 428.

interessante para qualquer desses atores o enfraquecimento político e institucional da Corte. Ela pode ser útil em um futuro próximo.⁸⁵² Com amplo acesso às ações constitucionais abstratas do Supremo – ADI, ADC e ADPF – esses diferentes atores, máxime os partidos de oposição, têm finalizado muitas de suas *lutas político-legislativas* fora da arena parlamentar: o último *round* tem sido no Supremo Tribunal Federal, o *veto point*⁸⁵³ fora da estrutura político-partidária, mas dentro da dinâmica político-legislativa.

O próprio Governo federal tem capitalizado em deixar, para o Supremo, decisões sobre questões muito controvertidas, envolvidas em desacordos razoáveis e de alto custo político. Muitas vezes, o Governo gostaria de avançar posições controvertidas de direitos, mas encontra bloqueios nos processos legislativos do Congresso e até dentro de seu partido ou coalizão. Isso costuma ocorrer por três razões especiais – os legisladores, mesmo os da coalizão multipartidária de governo, possuem prioridades diferentes e pretendem avançá-las dentro de suas limitações temporais de mandato; o tema controvertido não encontra consenso mínimo no Congresso nem mesmo no partido ou coalizão de governo; embora a maioria concorde com a proposta do Governo, são todos receosos dos custos políticos diante do caráter muito controvertido da matéria. Em outras oportunidades, o próprio Governo, apesar do desejo em avançar temas controvertidos, fica receoso dos custos políticos tanto de uma reação negativa por parte de seus eleitores como dos conflitos que podem surgir dentro de seu

⁸⁵² Ainda que não seja clara a aplicação da *estratégia do seguro*, desenvolvida por Tom Ginsburg, **Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases**. Op. cit., p. 22 et seq. para a formação da Constituição de 1988, ela faz muito sentido como um dos fatores que explicam o porquê de nossa política ordinária não objetar, mas ao contrário, continuamente fortalecer os poderes decisórios do Supremo em um sistema político aberto à alternância de poder. Ginsburg se dispôs a investigar um aparente paradoxo: porque políticos, sempre motivados por interesses próprios, decidem estruturar, nas constituições, cortes com poderosos instrumentos de controle de constitucionalidade das leis, se esses instrumentos poderão ser utilizados, no futuro, contra eles mesmos. Para Ginsburg, a fragmentação do poder político e a incerteza eleitoral são as variáveis explicativas. Se um dado grupo político, quando esboçando a constituição, prevê que estará no poder por um longo período de tempo, ele se esforçará para estabelecer fracos instrumentos de controle judicial. De outro lado, se esse grupo não se sente seguro sobre sua posição futura no governo, “eles procurarão entrincheirar *judicial review* como uma forma de seguro político”, de modo que, “mesmo se perderem a eleição, eles serão capazes de ter algum acesso a um fórum no qual poderão desafiar a legislação”. Políticos inseguros preferem cortes mais vigorosas e poderosas; políticos otimistas, o contrário.

⁸⁵³ Para caracterizar a fragmentação do poder político, a ciência política contemporânea tem distinguido *veto players* – os atores políticos com diferentes poderes de veto sobre as decisões político-legislativas – e os *veto points* – as oportunidades institucionais que esses atores possuem para o exercício desses vetos. Com a expansão da jurisdição constitucional, as cortes têm sido caracterizadas como importantes *veto points*. Cf. TSEBELIS, George. **Veto Players. How Political Institutions Work**. New Jersey: Princeton University Press, 2002, p. 20: “*Veto players* são atores individuais ou coletivos cujo consentimento é necessário para uma mudança do *status quo*. (...) Se *veto players* são gerados pela constituição, eles são chamados de *veto players* institucionais.” TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Op. cit., pp. 75/76: *veto points* são “oportunidades de decisões que permitem que atores políticos exerçam ou ameacem exercer um veto sobre um plano de ação política”.

partido ou coalizão. Nesses casos, a estratégia tem sido deixar a decisão para o Supremo, cujos membros são eleitoralmente irresponsáveis.⁸⁵⁴

Questões como aborto e união homoafetiva vêm logo à mente. Nesses casos moral e politicamente hipercontroversos, os bloqueios político-deliberativos, maximizados pela difusão partidária do poder, ganham a forma de um *impasse* (*deadlock*) tão resistente que nem o mais articulado líder político consegue superar. Muitas vezes nem faz muita força. Quando isso ocorre, o *empowerment* do Supremo torna-se uma *necessidade sistêmica*.⁸⁵⁵ Como demonstra sua prática decisória, acima descrita (item 3.2.3), o Supremo tomou decisões sobre esses temas cruciais no lugar da política. E decidiu como o Governo federal contemporâneo gostaria de ter feito,⁸⁵⁶ mas, em razão de dissenso incontornável ou de fuga estratégica, não fez. Vale aqui a lição definitiva de Mark Tushnet: “políticos suportam a *judicial review* porque eles a julgam politicamente útil”⁸⁵⁷ – juízes e cortes podem atuar até em favor do regime dominante e contra impasses parlamentares, absorvendo a responsabilidade por decisões controvertidas.⁸⁵⁸ E isso sem deixar de ser, em outras oportunidades, uma força contramajoritária por excelência.

Portanto, é certo que a ascensão do ativismo judicial do Supremo responde significativamente a fatores políticos. A Corte tem desenvolvido sua jurisprudência assertiva em um ambiente político sem resistências sistêmicas que representem ameaças à sua independência ou que forcem seu recuo institucional. Mesmo o Executivo federal, que ainda é a maior força política do país, tem respeitado o protagonismo do Supremo em diversas áreas. Por tudo isso, nosso sistema político fragmentado e competitivo vem atuando de modo a permitir o avanço do poder decisório do Supremo, principalmente porque – e talvez enquanto – o Executivo federal tem contribuído para esse avanço.

Esse ambiente favorável à ascensão do Supremo também responde a fatores sociológicos. Ainda que não todas, mas muitas das recentes decisões cruciais, que impuseram

⁸⁵⁴ WHITTINGTON, Keith E. **Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History.** Op. cit., p. 86.

⁸⁵⁵ HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism.** Op. cit., p. 35: para o sistema político polarizado de Israel e seus impasses decisórios, o autor falou em “dependência sistêmica” da comunidade política em face da Suprema Corte.

⁸⁵⁶ Prova disso foram os pareceres da Advocacia Geral da União, em ambos os processos, favoráveis à procedência dos pedidos.

⁸⁵⁷ TUSHNET, Mark. **Why the Constitution Matters.** Op. cit., p. 97.

⁸⁵⁸ WHITTINGTON, Keith E. **Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History.** Op. cit., p. 84: “Políticos eleitos não seriam esperados a concordar com essa transferência de autoridade [para as cortes] se não recebessem algo em troca”.

“deveres republicanos” às instituições políticas ou afirmaram direitos, “atend[em] anseios sociais antigos, inclusive alguns que jamais tiveram condição de se articular formalmente.”⁸⁵⁹ Esse alinhamento popular das decisões⁸⁶⁰ acaba cumprindo um sutil, porém, importante papel nas interações institucionais entre os poderes políticos e as cortes.⁸⁶¹ É que, dificilmente, os representantes políticos vão se opor hostilmente a decisões que satisfaçam a “vontade popular”, por mais difícil que seja definir essa vontade. Os casos do “nepotismo” e da “fidelidade partidária” são bons exemplos em que reações políticas adversas mais pareceriam disposição de continuar a fazer o que é republicaneamente reprovável.

Ainda tendo em conta a preocupação com a opinião pública, reações orgânicas em face de decisões cruciais de direitos, como as favoráveis à “união homoafetiva” e ao “aborto de fetos anencéfalos”, podem marcar Governo e Parlamento como instituições conservadoras e reacionárias, devendo a contestação realmente ficar apenas para as “bancadas dogmáticas”, que são naturalmente adversárias desses resultados. Legislar questões moralmente hipercontroversas causam inevitáveis custos políticos e os órgãos de representação popular transferem esses custos de decisão para o Supremo. Porém, uma vez julgadas essas questões, reverter decisões progressistas de direitos pode causar custos políticos ainda maiores. Omissão em um primeiro momento e respeito institucional ao Supremo no segundo acabam sendo as atitudes estratégicas mais convenientes. No final, a legitimidade social das decisões ativistas fala muito alto. Em avançar posições de direitos fundamentais cruciais e satisfazer a opinião pública, o ativismo judicial é também socialmente fortalecido.

Essa perspectiva é ainda mais saliente diante da significativa demanda social de direitos no Supremo vis-à-vis o déficit de confiança popular no Parlamento. Há uma desilusão da sociedade com a classe política, que transfere parte dessa confiança ao Judiciário, principalmente em se tratando de direitos fundamentais. Organizações e grupos sociais, antes aliados de muitos processos decisórios fundamentais, que tinham muitas de suas reivindicações amplamente ignoradas no debate parlamentar, ganharam uma nova forma de

⁸⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente. *Consultor Jurídico*, 03/01/2012. www.conjur.com.br <acesso em 15/02/2012>

⁸⁶⁰ Richard H. Fallon Jr., Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review* V. 118 (6), 2005, pp. 1827/1833, fala em “legitimidade sociológica” das decisões.

⁸⁶¹ CLARK, Tom S. *The Limits of Judicial Independence*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 4: para o autor, a necessidade desse alinhamento serve de restrição à independência das cortes e isso porque elas precisam da vontade política para que suas decisões sejam executadas e essa vontade política só estará presente em favor de decisões que tenham apoio popular.

representação no Supremo e têm feito amplo uso desses instrumentos.⁸⁶² Como afirmado pela professora Gisele Cittadino, em diferentes países, e também no Brasil, “é possível observar como uma forte pressão e mobilização política da sociedade está na origem da expansão do poder dos tribunais ou daquilo que se denomina como ‘ativismo judicial’”.⁸⁶³

Por fim, além de toda a importância desses fatores institucionais, políticos e sociais, a ascensão do ativismo judicial do Supremo também é marcada pela transformação dos métodos adjudicatórios da maioria contemporânea de seus membros. Como exposto acima (item 3.2.2), a maioria dos ministros da Corte, nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, era adepta de um positivismo legalista, da deferência aos poderes políticos e da interpretação e aplicação ortodoxa da constituição e dos direitos constitucionais. Durante os primeiros dez anos de vigência da Constituição, ainda atuaram muitos ministros conservadores que foram nomeados durante a ditadura militar, sendo que, quatro desses permaneceram no Supremo até o início deste século. Dentro desse grupo, sobressaía a figura de Moreira Alves, um dos mais importantes juízes da história da Corte, defensor quase imbatível de posições de autorrestrrição judicial e que, com sua forte liderança intelectual, foi muito influente para as decisões da Corte até sua aposentadoria, em 20/04/2003.

Contudo, a aspiração normativo-transformativa da nova Constituição não combinava com esse conservadorismo jurisprudencial. Para avançar as novas propostas constitucionais, seriam necessárias reflexões intelectuais e práticas interpretativas que pudessem oxigenar o comportamento adjudicatório do Supremo. O caso italiano, com a substituição dos “velhos e conservadores juízes” da Corte de Cassação pelos “novos” juízes constitucionais da Corte Constitucional, é paradigmático dessa necessidade (Capítulo II, item 3 *supra*). Conosco, isso ocorreu certamente com a introdução, promovida por novos juízes, de ideias neoconstitucionalistas nos discursos de decisão da Corte.⁸⁶⁴

⁸⁶² Conforme estatística do próprio Supremo Tribunal Federal, com dados atualizados até junho de 2012 (cf. site do STF), as entidades de representação da sociedade civil (Confederação Sindical e Entidade de Classe de âmbito nacional) são os legitimados que mais propõem as ações no âmbito do controle concentrado: 25,3% de 4.751 ADIs; 33,3% de 30 ADCs; 29,0% de 255 ADPFs. Esses dados são reveladores da grande importância que a mobilização da sociedade civil, em torno de seus direitos, possui para a ascensão decisória do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁶³ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. Op. cit., p. 232.

⁸⁶⁴ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Op. cit., p. 66 et seq; Sobre os riscos dessas ideias, cf. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. Op. cit., pp. 40/41.

Supremacia normativa e axiológica da constituição, centralidade e irradiação dos direitos fundamentais, normatividade dos princípios, reaproximação entre direito e moral (*virada kantiana*) e afirmação do papel político-institucional e de agente de transformação social do Judiciário passaram a fazer parte do pensamento e da prática da maioria dos membros do Supremo. Ocorreu uma transformação jurídico-cultural no nível da prática discursiva do Supremo dirigida a realizar efetivamente a nova Constituição⁸⁶⁵ – rejeição ao formalismo literalista de outrora; interpretação mais criativa da Constituição e dos textos legais; prevalência do discurso dos direitos fundamentais sobre as prioridades do Estado; inclusão de argumentos de caráter moral e pragmático como justificativas normativas; afirmação do ofício da Corte na adequação da Constituição às transformações sociais.⁸⁶⁶ Essa nova perspectiva comportamental tornou menos nítidas as fronteiras entre Direito e Política na jurisprudência do Supremo e avançou seu papel sobre a realidade social.

É difícil precisar o momento dessa ruptura. Esse processo teve início e passou a se desenvolver, gradualmente, na medida em que os antigos juízes, nomeados pelo Regime Militar, se aposentaram e ocorreu a ascensão intelectual de ministros como Carlos Velloso, Marco Aurélio, Celso de Mello e, principalmente, Sepúlveda Pertence, na segunda metade da década de noventa. Porém, acredito que os marcos subjetivos de mais impacto foram outros: a citada aposentadoria, em 2003, de Moreira Alves – mais importante líder intelectual da jurisprudência conservadora do Supremo e de suas práticas de autorrestrrição judicial;⁸⁶⁷ a simultânea ascensão argumentativa de Gilmar Mendes – maior defensor de práticas interpretativas ativistas; as nomeações de ministros feitas pelo presidente Lula entre 2003 e

⁸⁶⁵ Uma passagem do voto do ex-ministro Eros Grau, em STF – Pleno, ADPF 144/DF. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06/08/2008, p. 567, é paradigmático dessa transformação: “algumas vezes me detenho, perplexo, indagando a mim mesmo como terá sido possível aos nossos juízes definir normas de decisão nos anos anteriores à década de noventa, quando ainda a distinção entre princípios e regras não havia sido popularizada.”

⁸⁶⁶ Essas transformações adjudicatórias sugerem a ocorrência, na prática decisória do Supremo, do fenômeno da aproximação entre os sistemas *civil law* e *common law*. Sobre essa aproximação, cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes. O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 54/60.

⁸⁶⁷ Não seria a primeira vez que a aposentadoria de um destacado juiz influenciaria a transformação da postura decisória de uma corte. Como citado no Capítulo I, item 4.2, *supra*, a aposentadoria de Felix Frankfurter cumpriu importante papel para a ascensão do ativismo judicial da Corte Warren. Em sentido inverso, há casos de aposentadorias de juízes proativos e superinfluentes resultarem o declínio do ativismo judicial de suas cortes: foi o caso de Aharon Barak (1978-2006) para a Suprema Corte de Israel (cf. HIRSCHL, Ran. **Constitutional Theocracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 90); o caso de László Sólyom (1990-1998) para a Corte Constitucional da Hungria (cf. SCHEPPELE, Kim Lane. After Solyom, a retreat into formalism? The New Hungarian Constitutional Court. **East European Constitutional Review** V. 8 (4), 1999, p. 81); o caso de Anthony Mason (1987-1995) para a Corte Superior da Austrália (cf. WHEELER, Fiona; WILLIAMS, John. ‘Restrained Activism’ in the High Court of Australia. In: DICKSON, Brice (Ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. Op. cit., p. 19).

2006 – foram nomeados ministros já envolvidos com as reflexões do paradigma neoconstitucional e com disposição muito mais ativista que os ministros do passado.

A liderança argumentativa do Supremo, nos últimos dez anos, tornou-se muito mais difusa, principalmente, quando comparada ao período de predomínio do discurso decisório conservador capitaneado por Moreira Alves. Esses diferentes *líderes argumentativos* da atualidade compartilham, em maior ou menor medida, as novas reflexões e premissas teórico-filosóficas que favorecem o avanço político e institucional da Corte. São todos, em alguma e diferente medida, ativistas. Essa transformação jurídico-cultural das práticas decisórias da Corte consiste, portanto, em uma variável endógena que *fecha o ciclo de fatores* do ativismo judicial. Juízes ativistas pouco ou quase nada podem fazer diante de desenhos institucionais pobres e, principalmente, de ambientes políticos hostis. Porém, cortes de forte poder decisório e envolvidas em um ambiente político “simpático” precisam, para ascender institucionalmente, de juízes com disposição ativista.⁸⁶⁸

Essa conjunção de fatores explicativos não deixa dúvida que tudo tem conspirado em favor do ativismo judicial do Supremo. Como bem disse Georg Vanberg, as cortes precisam ajustar o comportamento ao seu ambiente⁸⁶⁹ e é isso o que o Supremo fez no passado – hostilidade e passivismo judicial – e faz no presente – liberdade e ativismo judicial. A despeito dos poucos projetos de lei ou de emenda constitucional, todos sem consenso, com o propósito de reduzir seus poderes decisórios, e da presença política sempre poderosa do Executivo federal, o Supremo não tem sofrido constrições sistêmicas irresistíveis.

O diagnóstico do passado é o de uma *Corte constrangida*: o Supremo até tentou, algumas vezes, intervir sobre o poder político arbitrário em defesa de liberdades fundamentais, mas acabou submetido ao poder de Executivos hipertrofiados e autoritários. O diagnóstico do presente, ao contrário, é o de uma *Corte ativista*: decisões políticas, formais e informais, têm construído uma estrutura ampla de oportunidades para o avanço do ativismo judicial do Supremo e ele tem, ultimamente, aceitado essas oportunidades e ampliado seu papel institucional com uma independência nunca antes experimentada.

⁸⁶⁸ Afinal, como disse Lawrence Baum, Understanding Courts as Policy Makers. **American Bar Foundation Research Journal** V. 8 (1), 1983, pp. 243/244, *oportunidades* “não são o mesmo que *obrigações*”. Ou, como observou Rodrigo Nunes, Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional and the Right to Health. **Latin American Politics and Society** 52 (3), 2010, p. 68, o “ativismo é improvável de emergir se juízes não aderem a certas opiniões programáticas sobre o papel judicial”.

⁸⁶⁹ VANBERG, Georg. **The Politics of Constitutional Review in Germany**. Op. cit., p. 170.

O prognóstico, como a história sugere, é que a manutenção dessa situação não é uma decisão pura e simples dos ministros do Supremo, mas isso dependerá sempre e, principalmente, da política, máxime da disposição do Poder Executivo federal em quando e até que ponto deixar, como disse Stephen Breyer, “o monstro-da-corte solto” (*turning the court-monster loose*).⁸⁷⁰ O ambiente “pós-Mensalão” dirá muita coisa sobre isso...

No último capítulo, que segue, será levada a efeito a proposta principal desta dissertação – o ativismo judicial do Supremo, neste capítulo apresentado e explicado, será identificado e categorizado segundo a abordagem multidimensional das decisões ativistas. Serão analisadas e divididas importantes decisões do Supremo que, segundo a perspectiva multidimensional, apresentam alguma faceta ativista.

⁸⁷⁰ GRIMM, Dieter. Judicial Activism. In: BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (Ed.). **Judges in Contemporary Democracy**. Op. cit., p. 39: intervenção de Breyer à palestra de Dieter Grimm.

5 IDENTIFICAÇÃO MULTIDIMENSIONAL DO ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

5.1 Esboço das dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal

Este capítulo, último da dissertação, cumpre o propósito central da pesquisa e se ocupa, exclusivamente, de descrever e de sistematizar as diferentes dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Como o resultado dessa empreitada mostra, a Corte tem avançado sua presença na vida pública e privada brasileira através de diferentes dimensões decisórias ativistas, todas representativas da expansão de seu espaço institucional. De forma sintética, essas decisões serão sistematizadas por meio das seguintes dimensões de ativismo judicial:

- (I) Dimensão metodológica: interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos constitucionais; criação judicial do direito infraconstitucional por meio das técnicas de interpretação conforme a constituição e de declaração de nulidade parcial sem redução do texto; controle das omissões legislativas inconstitucionais; as decisões maximalistas.
- (II) Dimensão processual: autoamplificação de sua jurisdição, da utilidade e da eficácia de seus poderes processuais e de suas decisões.
- (III) Dimensão estrutural ou horizontal: interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando seus espaços tradicionais de atuação.
- (IV) Dimensão de direitos: o avanço de posições de liberdade, de dignidade e de igualdade social sobre os poderes públicos, reduzindo a margem de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado, ou interferindo em suas medidas de tutela e em suas escolhas de políticas públicas.

- (V) Dimensão antidialógica: afirmação de sua posição não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo.

5.2 O ativismo judicial metodológico (interpretativo)

Dimensão metodológica do ativismo judicial quer dizer sobre o modo de interpretar e aplicar os dispositivos constitucionais ou legais, expandindo ou reduzindo seus significados para além ou aquém dos sentidos mais imediatos e compreensíveis e, às vezes, até mesmo contra esses sentidos. O Tribunal não se confina à aplicação passiva de normas preestabelecidas, mas se lança à tarefa de participar ativa e criativamente da construção da ordem jurídica, expandindo, restringindo, corrigindo, enfim, modificando essa mesma ordem. Essa dimensão revela-se, portanto, por meio de uma acentuada *criação judicial do direito*.

O entendimento dessa dimensão transcende à identificação de novos métodos na interpretação e na aplicação dos enunciados normativos para alcançar o que deve ser visto como reflexo de um novo constitucionalismo e, correlatamente, de um novo papel que cortes, como o Supremo Tribunal Federal, devem cumprir em favor de concretizar os valores constitucionais contemporâneos e, principalmente, os direitos fundamentais. Como explica Luís Roberto Barroso, “com o avanço do direito constitucional”, a função moderna do juiz não é apenas “de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo, (...) [mas sim] de co-participante do processo de criação do Direito”. Segundo o professor Barroso, o intérprete judicial completa “o trabalho do legislador”, realizando “valorações de sentido” e “escolhas entre soluções possíveis”.⁸⁷¹ Ou seja, o intérprete judicial pondera fatos, normas e valores e então realiza escolhas políticas. O fator de incorporação de ideias neoconstitucionalistas ao processo decisório do Supremo, como arguido no capítulo anterior (item 4, *supra*), tem sido decisivo nesse sentido.

O Supremo vem modificando sua postura hermenêutica na direção de decisões mais criativas, valorativas e inovadoras de direitos e de posições jurídicas fundamentais, e isso está inserido em um contexto amplo de transformações do papel do Direito e do papel da Corte

⁸⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Op. cit., p. 72.

dentro da nova ordem política e democrática que emergiu com a Constituição de 1988. Essa avançada postura hermenêutica, somada aos seus novos poderes de decisão, principalmente, à ampla eficácia vinculante de suas decisões, tem sido decisiva para o crescimento do ativismo judicial na tarefa de guarda da Constituição e dos direitos fundamentais.

Essa dimensão envolve, especialmente, a discussão sobre a superação progressiva do dogma kelseniano do juiz constitucional apenas como *legislador negativo* e sugere o avanço da figura desse juiz também como *legislador positivo*. Esse dogma, difundido no Supremo, principalmente, sob a influência intelectual do ex-ministro Moreira Alves, impõe que a Corte deva se limitar a afastar do ordenamento jurídico normas inconstitucionais, sendo impedida de *innovare na ordem jurídica*, ainda que o seja para fazer valer a força normativa da Constituição e a garantia dos direitos fundamentais. Hans Kelsen, ao acentuar a distinção substancial entre a “elaboração e a simples anulação das leis” e, conseqüentemente, entre a atividade política do Poder Legislativo e a atividade puramente jurisdicional do Tribunal Constitucional, destacou que a livre criação normativa que sobra para o primeiro, deve faltar para o segundo.⁸⁷² O juiz constitucional de Kelsen é, assim, um juiz de poderes normativos limitados, encarregado de uma tarefa destruidora da legislação (legislador negativo) e, assim, desprovido de poderes de criação do direito (legislador positivo), inclusive constitucional.

A dimensão metodológica do ativismo judicial é a negação desse dogma. Para os que aceitam, em maior ou em menor medida, essa dimensão de ativismo, a ideia kelseniana só pode ser considerada válida diante de uma constituição bem distinta das que foram promulgadas no segundo pós-guerra e que estabeleceram um extenso catálogo de direitos fundamentais e de direitos sociais, normalmente veiculados por pautas de valores e por normas de textura muito aberta. Isso significa que um *juiz kelseniano* não pode prevalecer em uma *constituição não kelseniana*,⁸⁷³ como é o caso da maior parte das constituições do segundo pós-guerra e como é o caso da Constituição de 1988. Nessa situação, como acusou

⁸⁷² Kelsen, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione (La Giustizia Costituzionale). In: **La Giustizia Costituzionale**. Op. cit., p. 174.

⁸⁷³ A frase é atribuída a Leopoldo Elia (La Corte nel quadro dei poteri costituzionali. In: **Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia**. Bologna, 1982), *apud* MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. **La sentencia constitucional em Italia**. Madrid: CEPC, 2003, p. 234, nota 75. Na mesma nota de rodapé, o professor espanhol cita outro grande autor italiano, Franco Modugno (La Corte costituzionale italiana oggi. In: **Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli**, Padova, 1985), que afirma a insuficiência da doutrina do juiz constitucional kelseniano como um guardião “dos muros externos da Constituição”, mas incapaz de ser um intérprete da vontade constituinte e, portanto, “operante no interior destes muros”.

Stone Sweet, “kelsenianos são induzidos a defender o que não pode ser defendido, nomeadamente, que juízes constitucionais são apenas legisladores negativos.”⁸⁷⁴

Em meio a esse embate teórico, de repercussões práticas, políticas e institucionais, a jurisprudência do Supremo vem desenvolvendo e avançando sua dimensão metodológica de ativismo judicial. Os julgados criativos da Corte, de interpretação e aplicação tanto da Constituição como da ordem jurídica infraconstitucional, permitem que essa dimensão seja sistematizada em quatro principais comportamentos decisórios: (i) interpretação e aplicação das normas constitucionais; (ii) interpretação conforme a constituição e declaração de nulidade parcial; (iii) controle da omissão legislativa inconstitucional; (iv) decisões maximalistas.

5.2.1 Interpretação e aplicação das normas constitucionais

A Constituição de 1988, como outras constituições democráticas contemporâneas, possui importantes enunciados normativos vagos, ambíguos, dotados de alta carga valorativa, que dão “pistas” de direitos fundamentais implícitos e chegam a falhar em oferecer um parâmetro normativo minimamente seguro para a solução de algumas disputas fundamentais de nossa sociedade moderna. Ao lado de regras de sentido normativo mais claro, a Constituição é também estruturada em princípios e cláusulas gerais não tão claras assim, mas igualmente dotadas de normatividade. Diante de tal quadro, o modo como o Supremo resolve situações cruciais por meio da interpretação e ponderação desses comandos muito abstratos apresenta-se “problemático e controvertido, principalmente porque pode ser difícil distinguir interpretação legítima de mudança ilegítima” do texto interpretado.⁸⁷⁵

A dificuldade é, então, em delimitar as fronteiras entre a pura aplicação das disposições constitucionais e a criação normativa pelo Supremo Tribunal Federal quando concretiza essas normas vagas e imprecisas, dotadas de relevância social e de alta carga axiológica, em um cenário crescente de técnicas nada ortodoxas de decisão de inconstitucionalidade. A preocupação é o Supremo tornar-se uma espécie de “terceiro turno

⁸⁷⁴ SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe**. Op. cit., p. 136.

⁸⁷⁵ GOLDSWORTHY, Jeffrey. **Introduction**. In: _____. (Ed.) **Interpreting Constitutions. A Comparative Study**. Op. cit., p. 1.

da constituinte”.⁸⁷⁶ É exatamente no âmbito dessa problemática que está inserido o ativismo judicial em sua faceta metodológica de interpretação constitucional. E a importância do debate é superlativa, pois diz com a distribuição de poderes e deveres entre os órgãos de governo, a definição do papel político do próprio Supremo e a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos – alguns até definitivos para a própria identidade da sociedade.

Na prática do ativismo judicial na interpretação e na aplicação da Constituição, o Supremo tem desenvolvido um conjunto de condutas hermenêuticas sutilmente diferenciadas, inter-relacionadas e um tanto sobrepostas, fundadas na efetividade e autoaplicabilidade das normas constitucionais, máxime os princípios constitucionais que expressam direitos fundamentais e valores estruturantes de nossa ordem político-democrática: a expansão normativa de princípios para regular condutas concretas e também para restringir a liberdade de conformação normativa do legislador; a criação de “novas regras constitucionais” extraídas da “inteireza da Constituição” e o estabelecimento de direitos fundamentais implícitos como forma de reduzir a distância entre a Constituição e as transformações sociais.

Será então ativista, porque naturalmente dotada de alto teor de criatividade normativa, toda decisão judicial que expandir os significados de princípios constitucionais abstratos e imprecisos a ponto de: regular diretamente condutas concretas; excluir o espaço de liberdade de conformação do legislador democrático; criar novas regras constitucionais e direitos fundamentais implícitos, não obstante esses princípios revelarem tão-só os fins constitucionais relevantes a serem concretizados, e não os meios concretos a serem empregados.⁸⁷⁷ O juiz constitucional ativista substitui o legislador na tarefa de definir esses meios, complementando e exaurindo ele mesmo a linha de valoração iniciada pelo constituinte originário.

O Supremo tem aplicado princípios constitucionais para regular condutas concretas sem qualquer intermediação do legislador ordinário.⁸⁷⁸ Foi assim no “caso do nepotismo”, paradigma dessa hipótese de ativismo metodológico. Esse caso foi definido em três atos: primeiro, em sede de ADC, a Corte afirmou que a proibição do nepotismo alcançava o

⁸⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 de jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13229>>. Acesso em: 14 maio 2011.

⁸⁷⁷ Sobre os riscos dessa prática, cf. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. Op. cit., pp. 40/41.

⁸⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado** V. 13, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 75.

Judiciário; depois, em sede de recurso extraordinário, definiu que a proibição pode alcançar a todos os poderes de governo e nos três níveis federativos; por último, o Supremo editou súmula vinculante detalhando os contornos e o alcance da regra da vedação de nepotismo e vinculando efetivamente o comportamento de todos os poderes da República.

No caso do julgamento do recurso extraordinário,⁸⁷⁹ estava em jogo saber se era constitucional a contratação de um irmão de vereador e outro de Vice-Prefeito, respectivamente, para os cargos em comissão de Secretário Municipal de Saúde e de motorista no Município de Água Nova, no estado do Rio Grande do Norte. No acórdão recorrido, o Tribunal de Justiça havia sustentado a necessidade de lei formal e local para proibir tal prática, de modo que, diante da inexistência de lei municipal, as contratações eram legítimas, não sendo possível a vedação de nepotismo decorrer apenas da aplicação direta dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade administrativa (art. 37, *caput*).

Porém, na linha do que já havia decidido na ADC 12/DF,⁸⁸⁰ o Supremo confirmou, nesse recurso extraordinário, a tese de que a vedação de nepotismo decorre diretamente dos princípios previstos no art. 37, *caput*, da Carta de 1988 e, principalmente, dos princípios da moralidade e da impessoalidade, que são autoaplicáveis e que vinculam “todos os Poderes da República em todos os níveis político-administrativos da Federação, independente de lei formal.” Para o relator, o ministro Ricardo Lewandowski, “a vedação do nepotismo decorre exatamente da conjugação desses princípios da Constituição, com o *etos* prevalente na sociedade brasileira.” A proibição não precisaria, portanto, de lei formal porque é imposta diretamente pela Constituição, ressalvada a contratação de agentes que exerçam “funções de natureza eminentemente política”, como o foi, no caso concreto, a nomeação do irmão do vereador para o exercício do cargo de Secretário de Saúde.

Na sequência, a Corte normatizou, por meio da Súmula Vinculante nº 13, a regra de proibição de nepotismo com riqueza de detalhes redacionais e contornos bastante definidos, tendo por matriz a legislação do Conselho Nacional de Justiça e dirigindo-a à Administração Pública direta e indireta nos três poderes da República e nos três níveis federativos:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de

⁸⁷⁹ STF – Pleno, RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20/08/2008, DJ 24/10/2008.

⁸⁸⁰ STF – Pleno, ADC 12/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 16/02/2006, DJ 01/09/2006.

função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.” (DOU 29/08/2008)

O ativismo judicial metodológico revelou-se na configuração de regra tão normativamente densa sem intermediação legislativa e a partir de princípios tão vagos e imprecisos como são os da moralidade e da impessoalidade administrativa do art. 37, *caput*, da Carta. É claro que, apesar da impossibilidade de se precisar *todas as condutas* que realizam ou violam esses princípios, é bastante razoável afirmar que a prática do nepotismo é uma dessas condutas violadoras, o que favorece a defesa da legitimidade da iniciativa do Supremo. Porém, isso não afasta a caracterização da decisão como ativista, pois, como exaustivamente exposto no Capítulo III (itens 2.4 e 2.5, *supra*), a identificação do ativismo não equivale a afirmar a incorreção constitucional das decisões nem sua ilegitimidade. Uma decisão pode ser ativista e, ainda assim, correta e legítima. Esse foi o caso.

Enquanto no “caso do nepotismo”, o Supremo aplicou diretamente princípios constitucionais para regular condutas não previamente conformadas pelo legislador ordinário, em outros casos a Corte ampliou a densidade normativa de princípios constitucionais muito abstratos para interferir no exercício prévio de conformação normativa do legislador democrático. Foi assim no caso da decisão unânime sobre as chamadas “cláusulas de barreira” parlamentar.⁸⁸¹ Como sucintamente explicado no Capítulo IV (item 3.2.3, *supra*), o Supremo julgou inconstitucionais os índices de desempenho eleitoral estabelecidos na Lei nº 9.096/95. De acordo com essa lei, os partidos políticos deveriam, em cada eleição para a Câmara dos Deputados, obter, no mínimo, 5% dos votos apurados, não computados os brancos e nulos, em pelo menos um terço dos Estados e ainda o mínimo de 2% do total de votos em cada Estado, para que pudessem ter direito ao pleno funcionamento parlamentar e seus consectários (participação no rateio do Fundo Partidário, tempo de propaganda partidária gratuita, formação de bancadas e de suas lideranças). Em unanimidade, o Supremo considerou essas condições excessivas e desproporcionais.

A Corte concluiu que o legislador, mesmo dentro de seu campo discricionário de concretização do sistema político proporcional, não tinha autoridade para restringir em medida tão desproporcional o funcionamento parlamentar dos partidos políticos. Como afirmou Gilmar Mendes, o dispositivo legal viola o princípio da “reserva legal proporcional,

⁸⁸¹ STF – Pleno, ADI 1.351/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006, DJ 29/06/2007.

que limita a própria atividade do legislador na conformação e limitação do funcionamento parlamentar dos partidos políticos”; o princípio da “igualdade de chances”, com prejuízo para a “concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida pública” e comprometimento da “essência do próprio processo democrático” e do modelo pluripartidário da Constituição. Com essas restrições, a lei impugnada “condena as agremiações minoritárias a uma morte lenta e segura”. Segundo o relator, ministro Marco Aurélio, essas “cláusulas de desempenho eleitoral” são exorbitantes e desarrazoadas, debilitam as agremiações minoritárias e, por isso, são inconstitucionais por violarem o modelo proporcional de nosso sistema político, o pluralismo político-partidário e o próprio princípio democrático.

O ativismo judicial é aqui escancarado na aplicação concreta de princípios muito abstratos e indefinidos como razões objetivas suficientes para declarar a nulidade de um exercício concreto de ampla capacidade jurídica e epistêmica do legislador na definição de critérios de desempenho eleitoral que julgou adequados ao aperfeiçoamento do processo político brasileiro. Isonomia, proporcionalidade, razoabilidade, pluripartidarismo, democracia, embora amplamente abstratos e indefinidos, ganharam no discurso do Supremo uma concretude normativa rigorosa para tornar nulo o livre exercício de conformação normativa feita pelo legislador sobre como deve funcionar o nosso sistema político.

A dimensão metodológica do ativismo judicial, no âmbito da interpretação constitucional, é também representada por decisões que criam regras constitucionais como decorrentes da estrutura do Texto Constitucional. O importante e famoso “caso da fidelidade partidária” é um exemplo da espécie. Nos julgados já citados no Capítulo IV (item 3.2.3, *supra*),⁸⁸² o Supremo discutiu se “o abandono, pelo eleito, da agremiação partidária pela qual se elegeu teria como consequência imediata a legitimação do partido de origem a reivindicar a respectiva vaga, o que implica[ria] necessariamente na perda de seu mandato.” O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em resposta à consulta sobre o tema, relatada pelo ministro Cesar Asfor Rocha,⁸⁸³ consagrou tese favorável aos partidos políticos que, com base na resposta, protocolaram junto ao Presidente da Câmara inúmeros pedidos de vacância em desfavor dos deputados “infieis” e de posse imediata de seus suplentes. Os pedidos foram indeferidos e os partidos foram ao Supremo em defesa de “suas vagas”.

⁸⁸² STF – Pleno, MS 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 04/10/2006, DJ 17/10/2008; STF – Pleno, MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/10/2006, DJ 19/12/2008; STF – Pleno, MS 26.604/DF, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, j. 04/10/2006, DJ 03/10/2008.

⁸⁸³ Consulta nº 1.398/2007 – Classe 5º; Res. 22.526, de 27/03/2007.

A questão se apresentou altamente problemática diante da ausência de disposição constitucional expressa no sentido pleiteado pelos partidos. Ao contrário, a Constituição, em seus arts. 55 e 56, disciplinou as regras de perda de mandato parlamentar sem ao menos chegar perto da hipótese de infidelidade partidária. Na realidade, essa previsão estava presente no art. 152, § único, da Constituição de 1967, com a redação dada pela EC nº 1/69,⁸⁸⁴ mas foi depois revogada pela EC nº 24/1985. Como lembrou o ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, essa última emenda constitucional foi editada dentro do “clima de redemocratização que imperava no País” em 1985, e teria sido exatamente esse “espírito de redemocratização” a influência para que o constituinte de 1988 não incluísse a perda do mandato pela infidelidade partidária no rol de hipóteses do art. 55 da Constituição.

Contudo, apesar da falta de previsão constitucional clara e inequívoca, a maioria da Corte legitimou a *regra constitucional* da perda do mandato parlamentar em razão da prática de infidelidade partidária. Para a Corte, dentro do sistema de “representação proporcional para a eleição de deputados e vereadores, o eleitor exerce sua liberdade de escolha apenas entre os candidatos registrados pelo partido político”, de modo que “o destinatário do voto é o partido político” que viabiliza a candidatura eleitoral. O candidato eleito, por sua vez, vincula-se ao programa e ao ideário do partido pelo qual foi eleito e abandoná-lo significa, em última análise, afastar-se da escolha feita pelo eleitor. A “fidelidade partidária [seria então] corolário lógico-jurídico do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal”.

O Supremo construiu sua decisão conjugando o sistema eleitoral proporcional (art. 45, *caput*), o monopólio partidário das candidaturas aos cargos eletivos (art. 14, §3º, V) e a essencialidade dos partidos para a concretização do princípio democrático e da representação política do povo (art. 1º, § único). Dessa “mistura”, Cezar Peluso e Gilmar Mendes concluíram, respectivamente, por um indisputável “caráter intrinsecamente partidário do sistema político brasileiro” e pela vivência de “uma democracia de partido”. Essas conclusões ratificaram a premissa lançada pelo ministro Asfor Rocha, na consulta respondida pelo TSE

⁸⁸⁴ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda nº 1, de 1969**. Tomo IV (Arts. 118-153, §1º). 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 616: “A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, acertadamente constitucionalizou a regra jurídica ou estatutária de ligação ao partido. (...) Quem deixa o partido sob cuja legenda foi eleito perde o mandato, porque a regra jurídica, a esse respeito, é regra jurídica constitucional.”

que, segundo a Constituição de 1988, “a democracia representativa, no Brasil, muito se aproxima da partidocracia de que falava (...) Maurice Duverger.”⁸⁸⁵

Como concluiu Gilmar Mendes, a regra da perda do mandato pela infidelidade partidária seria extraída da “inteireza da Constituição”, dispensada qualquer enunciação constitucional expressa. O exame dos votos vencedores revela que a decisão não é pautada em um dispositivo constitucional mais específico, e sim o resultado de um “raciocínio estrutural” sobre a Constituição e o tipo de governo representativo que ela estabeleceu, muito similar em método ao raciocínio formulado por Marshall em *Marbury*.⁸⁸⁶

O ativismo judicial dessa decisão é denunciado principalmente nos votos vencidos dos ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski. Na linha do que defendia, no passado, o ex-ministro Moreira Alves,⁸⁸⁷ Ricardo Lewandowski negou proeminência à abordagem sistemática da Carta para privilegiar a taxatividade do rol de hipóteses estabelecida nos arts. 55 e 56 e a não-inclusão da infidelidade partidária nesse dispositivo. O ministro Joaquim Barbosa, igualmente, condenou a opinião da maioria como sendo uma construção sistemática pautada em “princípios supostamente implícitos na nossa Constituição.” Para ele, essa construção é inadmissível na medida em que o constituinte de 1988 teria disciplinado “conscientemente a matéria” e teria feito “a opção deliberada de abandonar o regime de fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior.” Segundo Barbosa, diante do caráter taxativo dos arts. 55 e 56 e do fato de aqueles não contemplarem a infidelidade partidária como causa de perda do mandato, a maioria da Corte não poderia construir outra regra, em sentido contrário, a partir de princípios cuja concreção sequer conduz seguramente ao resultado normativo alcançado.

Numa linha bem próxima do *Justice Holmes* em *Lochner* (Capítulo I, item 3.3, *supra*), o ministro Joaquim Barbosa encerrou seu brilhante voto dizendo que nem mesmo o fato de comungar dos “anseios generalizados em prol da moralização da vida político-partidária do nosso país” justificaria ele seguir a linha desenvolvida pela maioria da Corte, ficando claro que, para Barbosa, o procedimento adequado a essa pretensão reformista é o da emenda constitucional, e não o da interpretação constitucional. A toda evidência, o ministro

⁸⁸⁵ Com efeito, para o clássico autor francês, DUVERGER, Maurice. **Instituciones Politicas y Derecho Constitucional**. Tradução de Jesús Ferrero. Barcelona: Ariel, 1962, p. 115, “na prática, os eleitores exercem suas escolhas senão no interior dos limites traçados pelos partidos; escolhem *entre* os candidatos, porém, não escolhem aos candidatos.”

⁸⁸⁶ BLOOM JR., Lackland H. **Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution**. Op. cit., p. 169 et seq.

⁸⁸⁷ STF – Pleno, MS 20.927/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 11/10/1989, DJ 15/04/1994.

privilegiou o Texto Constitucional sobre sua própria concepção moral do processo político. Todavia, é de se destacar que ele não repetiu a atitude de *self-restraint* nos casos da aplicação da Lei da Ficha-Limpa em 2010 em face da regra constitucional da anterioridade eleitoral. Nesses julgados, Barbosa claramente privilegiou pretensões de “completa moralização da nossa vida pública” em detrimento dos sentidos normativos mais imediatos da Constituição.⁸⁸⁸

Particularmente, não me convenço da correção constitucional da decisão da “fidelidade partidária”, embora sob o ponto de vista do aperfeiçoamento ético dos processos políticos, o resultado pareça o mais adequado, ainda que não pelo fundamento da “partidocracia”. Porém, mais uma vez, não é isso o que caracteriza a condição ativista da decisão. O ativismo está presente na configuração, pelo Supremo, de regra de conduta clara e precisa apenas a partir da estrutura, ou como disse Gilmar Mendes, da “inteireza” da Constituição no que concerne aos seus princípios e regras sobre o sistema político brasileiro.

O Supremo também pratica ativismo metodológico na aplicação de regras constitucionais em que expande seu conteúdo normativo a ponto de configurar judicialmente uma *regra constitucional totalmente nova*. Foi exatamente o que fez no famoso “caso Mira-Estrela” sobre o número de vereadores.⁸⁸⁹ A Constituição, em seu art. 29, IV, a fim de regular o número de vereadores nos municípios, estabeleceu apenas 3 faixas de enquadramento numérico, variáveis de acordo com o total de habitantes. Em cada uma dessas faixas, foram estabelecidos marcos numéricos máximo e mínimo de vereadores, cabendo aos municípios fixar o número exato dentro desses limites de modo proporcional ao número de habitantes.

Ocorre que, a Constituição não estabeleceu qualquer critério aritmético para a concreção dessa proporcionalidade entre os limites fixados em cada faixa, tendo então os municípios, em tese, plena autonomia para essa fixação, desde que não extrapolassem esses parâmetros de limite. É claro que essa *abertura normativa* promoveu algumas distorções comparativas na fixação do número de vereadores em muitas municipalidades.⁸⁹⁰ Diante de tais distorções, o Supremo concluiu, por maioria, que ele mesmo, em substituição aos municípios, deveria fixar essa “proporcionalidade aritmética”. Com base na literalidade do dispositivo constitucional – “número de vereadores” “proporcional à população do município” – o Relator propôs o *desdobramento* das 3 faixas originais do Texto

⁸⁸⁸ Cf. o seu voto em STF – Pleno, RE 630.147/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/09/2010, DJ 05/12/2011.

⁸⁸⁹ STF – Pleno, RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24/03/2004, DJ 07/05/2004.

⁸⁹⁰ Cf. algumas dessas distorções no voto do Relator do recurso extraordinário, Ministro Maurício Corrêa.

Constitucional em 36 faixas definidas unicamente por seu “critério estritamente aritmético”. Por mais razoável que tenha sido o critério utilizado, que até foi seguido por legislações sucessivas, os votos vencidos denunciaram, não sem razão, o que lhes pareceu ser uma “grave vulneração à autonomia constitucional dos Municípios”.

Além da questão da falta de deferência à autonomia política dos municípios, valor estrutural relevantíssimo de nossa República Federativa, o caráter inovador e expansivo da aplicação do art. 29, IV revela um ativismo judicial de faceta metodológica impressionante. A inserção judicial de 36 faixas no dispositivo constitucional, fundado em critério rígido e puramente aritmético, sem qualquer respaldo preciso na Constituição, não deixa dúvida quanto ao alto grau de ativismo judicial praticado.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal vem desenvolvendo aquela que talvez seja a mais extraordinária faceta de seu ativismo judicial, que o aproxima da lendária Corte Warren na defesa de direitos de liberdade e de igualdade: a evolução dos sentidos das normas constitucionais na direção das grandes transformações sociais contemporâneas. Trata-se de relevantíssima tarefa, reconhecida pelo ministro Ayres Britto como o “avanço da Constituição de 1988 no plano dos costumes” e da qual o Supremo não pode se furtar. Como disse o ministro Joaquim Barbosa, há situações em que surge um “descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito” e isso porque o último “não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais” e é, “precisamente nessas situações, que se agiganta o papel das Cortes constitucionais”.⁸⁹¹ O ministro referiu-se às *situações verdadeiramente cruciais*, àquelas que compõem o que chamei, no Capítulo III (2.2, *supra*), de *espaço nobre do ativismo judicial*, espaço que tem sido plenamente ocupado pelo Supremo.

O “caso da união homoafetiva” é o melhor exemplo desse desenvolvimento.⁸⁹² Estava em jogo a equiparação de direitos entre as uniões estáveis hetero e homossexuais. Apesar de toda a complexidade moral e social da questão, devem ser reconhecidas a “progressiva abertura da sociedade” e a evolução institucional em favor dos direitos dos casais homoafetivos. Mesmo que ainda haja setores religiosos e associativos que, condizentes com suas doutrinas particulares, oponham-se fortemente a essas uniões e ao reconhecimento de direitos correspondentes e até manifestações isoladas de violência gratuita, é de toda evidência que em geral o tema não é mais o tabu de outrora. No campo da homossexualidade,

⁸⁹¹ As citações são extraídas de seus votos no “caso da união homoafetiva”.

⁸⁹² STF – Pleno, ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJ 14/10/2011.

a intolerância e o escárnio têm progressivamente dado espaço à tolerância e ao respeito. Ademais, a sociedade brasileira tem evoluído uma consciência geral na direção da incorreção moral do preconceito de qualquer espécie e da tolerância ao pluralismo sócio-cultural.

No plano institucional, mesmo antes do julgamento pelo Supremo, diversos setores públicos já haviam normatizado situações de equiparação de direitos entre uniões estáveis hetero e homossexuais. A Advocacia Geral da União e o Ministério da Previdência reconheceram benefícios previdenciários, como pensão por morte, aos parceiros homossexuais; o STJ já havia reconhecido esses mesmos direitos no âmbito da previdência privada;⁸⁹³ alguns Estados (como São Paulo) reconheceram esses direitos no âmbito de sua previdência pública; a Agência Nacional de Saúde (ANS) obrigou os planos de saúde a aceitarem, como dependentes, parceiros de casais homossexuais estáveis; a austera Receita Federal permitiu que casais homossexuais incluíssem seus parceiros como dependentes na Declaração do Imposto de Renda.

Portanto, a evolução nos planos social e institucional era evidente, faltando o plano político-parlamentar avançar nesse sentido. Porém, em questões morais controversas como essa, nosso sistema parlamentar simplesmente não consegue evoluir. O vácuo de consenso político sobre esses temas não é tanto pela falta de iniciativa para deliberação, mas, sobretudo pela falta de consenso. No caso da união homoafetiva, seja pela impossibilidade real de consenso legislativo, seja pelo receio dos parlamentares face aos custos políticos que estariam presentes qual fosse a decisão, ou mesmo em função da sub-representação política dos homossexuais, a verdade é que a questão não encontraria outra definição se não fosse pelas mãos do Supremo. Apenas a Corte reunia autoridade, disposição e independência política para conferir *status* de valor constitucional a esse particular avanço no “plano dos costumes”.

No julgamento de 05/05/2011, o Supremo afastou o óbice da expressão literal do art. 226, §3º, da Constituição, que impõe o dever de proteção do Estado à “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, afirmando que isso não veda expressamente a equiparação entre as uniões estáveis hetero e homossexuais, nem o poderia assim fazer diante *do todo axiológico* que a Constituição representa. Esse conjunto axiológico – máxime a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a cláusula geral de liberdade e a proibição de preconceito por orientação sexual – impõe uma “interpretação não-reducionista do conceito

⁸⁹³ Dentre outras, cf. STJ – 3ª T., REsp. 1.026.981/RJ, Rel.ª Nancy Andrigli, j. 04/02/2010, DJ 23/02/2010.

de família como instituição que se forma por vias distintas do casamento civil”.⁸⁹⁴ Caberia então ao Supremo evitar o *conflito* do art. 226, §3º com essa ordem axiológica e “manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência”.

O ministro Joaquim Barbosa, na linha argumentativa consagrada pelo Tribunal Constitucional alemão (Capítulo II, item 2, *supra*), defendeu que o reconhecimento do direito almejado “encontra fundamento em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não-discriminação”, que são autoaplicáveis e “incidem diretamente nas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais”. O direito ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas decorreu então da aplicação direta de princípios bastante abstratos e de forte caráter moral que compõem o sistema constitucional de direitos fundamentais.

A decisão é de todo acertada e deve ser festejada. Todavia, deve também ser colocado o dedo na ferida – a decisão é bastante ativista: *extraiu* um direito fundamental *das entrelinhas* do Texto Constitucional e opôs uma *ordem axiológica objetiva* para contornar o único dispositivo constitucional que trata do tema e que tem, em seu *significado mais imediato de conteúdo*, uma resposta negativa ao direito pretendido. Era constitucional e institucionalmente possível esse contorno? Sim. E até desejável diante do silêncio legislativo em um cenário de evidente *lacuna axiológica* decorrente da evolução conjunta e implicada dos valores sociais e da normatividade de princípios como dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade. Porém, o que não se pode disfarçar é o nível de liberdade interpretativo-criativa e, principalmente, de proeminência político-social que o Supremo alcançou com essa decisão. O ativismo judicial não pode ser disfarçado – nem deve.

5.2.2 Interpretação conforme a constituição e a declaração de nulidade parcial

Na interpretação conforme a constituição e na declaração de nulidade parcial da lei, o intérprete judicial procura assegurar a supremacia da constituição por meio da aplicação da

⁸⁹⁴ O Supremo, para reconhecer a equiparação da união homoafetiva à união estável entre homens e mulheres, também deu interpretação conforme a constituição ao art. 1.723 do Novo Código Civil, que só reconhece expressamente como entidade familiar a união estável entre homens e mulheres. Porém, a escolha de incluir este caso neste tópico, e não no seguinte que trata especificamente da interpretação conforme a constituição, se deu porque enxergo muito mais saliência ativista na construção interpretativa que afasta o óbice da literalidade do dispositivo constitucional (art. 226, §3º) do que na reconstrução dos significados normativos do dispositivo legal, que não passou de mero desdobramento da conclusão sobre a norma constitucional.

ordem infraconstitucional na direção exigida pelo texto e pelos valores constitucionais. Diferente do tópico anterior, que trata da interpretação direta da constituição, aqui se discute a interpretação direta das leis e apenas indireta da Constituição.⁸⁹⁵ No primeiro caso, a constituição é o objeto da interpretação e, nesse segundo caso, a constituição é o parâmetro de interpretação e aplicação da ordem normativa inferior. Contudo, não se pode perder de vista que, em ambos os casos, é a vontade da constituição que deve ser compreendida e prevalecer.

Na interpretação conforme a constituição, firme na distinção ontológica entre *texto normativo* e *norma*,⁸⁹⁶ a lei é declarada constitucional desde que interpretada em conformidade com a constituição: em uma situação de plurissignificância normativa, deve ser adotado o sentido normativo que melhor realize os comandos constitucionais; na declaração de nulidade parcial, é mantido o enunciado normativo impugnado, mas são excluídas as hipóteses de aplicação inconstitucionais: ou em decorrência da expressa redução de parte de seu texto legal (*nulidade parcial com redução do texto*), ou sem que se produza qualquer alteração expressa do texto legal (*nulidade parcial sem redução do texto*). A diferença entre a interpretação conforme a constituição e a declaração de nulidade parcial sem redução do texto é por demais sutil e mesmo o Supremo não as tem distinguido rigidamente.⁸⁹⁷

Similarmente ao que ocorre com as Cortes Constitucionais da Alemanha e da Itália, o Supremo vem cumprindo um papel de aperfeiçoamento da legislação por meio dessas práticas,⁸⁹⁸ conformando-a com a Constituição. Para tanto, em diferentes oportunidades, o Supremo tem modificado substancialmente os sentidos normativos das leis, criando *normas novas* com significados bastante diversos daqueles que se podem deduzir das expressões semânticas do dispositivo interpretado. O Supremo pratica verdadeiras *manipulações de sentidos normativos*, atuando, então, como o legislador positivo que Kelsen recusou.

Entretanto, o Supremo inicialmente se autorrestringiu na aplicação dessas técnicas e defendeu a impossibilidade de seu uso se da decisão resultasse uma inversão clara do sentido

⁸⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV** V. 2 (1), São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2006, pp. 191/192.

⁸⁹⁶ GUASTINI, Riccardo. **Le Fonti del Diritto e L'Interpretazione**. Milão: Giuffrè, 1993, p. 325: o *texto normativo* é o objeto da interpretação, enquanto o *conteúdo de significado* do texto é a *norma*, o produto da atividade interpretativa.

⁸⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., pp. 1.253/1.254; SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV** V. 2 (1), São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2006, pp. 200/201.

⁸⁹⁸ Argumentando que o propósito e o efeito concreto de aperfeiçoamento da legislação reduziria o sentido de ativismo judicial do Supremo no emprego dessas técnicas, cf. POGREBINSCHI, Thammy. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Op. cit., pp. 98/99.

ou do “sistema” da lei, de modo que, ou se declarava a inconstitucionalidade total da norma, ou, se não houvesse esse pedido, a ação não deveria ser conhecida por sua impossibilidade jurídica.⁸⁹⁹ Por trás dessa postura formalista e autorrestritiva, era marcante a defesa intransigente que o ex-ministro Moreira Alves fazia do dever da Corte de se manter dentro dos limites de atuação como legislador negativo.

Atuando como relator no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 1.417,⁹⁰⁰ Moreira Alves advertiu que a interpretação conforme a Constituição, quando inserida no âmbito de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos, consiste em uma técnica de decisão e não apenas em uma simples regra de interpretação, sujeita, portanto, a dois limites conexos que deveriam ser observados: *(i)* o sentido literal da lei; *(ii)* o objetivo perseguido pelo legislador. A interpretação conforme a constituição deveria então ser balizada por esses dois “óbices intransponíveis” o que significa que o Supremo, examinando a inconstitucionalidade de uma lei em tese, não teria o poder de criação de norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Esses mesmos limites deveriam ser igualmente observados para a declaração de nulidade parcial.

Para Moreira Alves, a interpretação conforme a constituição está sujeita à “aplicação restrita” em razão das próprias limitações impostas ao papel que pode e deve desempenhar a Corte dentro do arranjo institucional brasileiro. Seguindo suas ideias, o Supremo acabou fixando o entendimento inicial que “resguardar a constitucionalidade de uma lei não representaria motivo suficiente a justificar a ampliação de seus poderes normativos”. Em qualquer hipótese, o Tribunal deveria se comportar de forma contida em sua tarefa interpretativa e decisória, restringindo sua atuação ao papel de legislador negativo “se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariasse o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar”.

Aos poucos, o Supremo foi relativizando essa posição restritiva ainda durante a primeira década de vigência da Constituição de 1988. No RMS 22.307/DF,⁹⁰¹ tendo como pano de fundo o princípio da isonomia e a interpretação do inciso X do art. 37 da Constituição, discutiu-se a possibilidade de extensão a servidores civis de índice de revisão de remuneração outorgado diferenciadamente em favor de servidores militares pela Lei nº 8.627/93. Esse tratamento privilegiado estaria em desconformidade com o disposto no inciso

⁸⁹⁹ STF – Pleno, ADI-MC 896/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03/11/1993, DJ 16/02/1996.

⁹⁰⁰ STF – Pleno, Rp. 1.417-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 09/12/1987, DJ 15.04.88.

⁹⁰¹ STF – Pleno, RMS 22.307/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/02/1997, DJ 13/06/97.

X do art. 37 da Carta, que exige a revisão anual geral para os servidores públicos “sempre na mesma data e sem distinção de índices.” Revisão anual geral só poderia significar revisão sem distinção entre servidores públicos civis e militares.

Apesar da clareza do Texto Constitucional, restava saber se a equiparação da revisão de vencimentos poderia ser feita por meio de decisão judicial, ou se isso só seria possível por lei federal. O Superior Tribunal de Justiça havia decidido pela necessidade de lei federal, invocando, para tanto, a Súmula 339 do próprio Supremo Tribunal Federal: “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.” E nesse sentido foram os votos de quatro ministros do Supremo, dentre eles Celso de Mello. O ministro deixou expressamente consignado “que as deliberações estatais, especialmente em tema de remuneração funcional, devem sempre apoiar-se na vontade do legislador previamente manifestada em lei”, falecendo “poder ao Judiciário, que não tem função legislativa, para, sob o fundamento da isonomia, conceder a postulada extensão, aos agentes públicos civis, de vantagens pecuniárias exclusivamente outorgadas, por lei, aos servidores militares.”

Ao final, contudo, ainda contra o voto do líder intelectual Moreira Alves, prevaleceu a tese do relator, Marco Aurélio, no sentido de que a autoaplicabilidade do inciso X do art. 37 da Carta autorizava a *interpretação conforme a constituição* da lei impugnada para estender e equiparar a revisão de vencimentos entre as diferentes categorias de servidores públicos, modificando assim claramente o sentido da lei, que era restrita aos servidores militares, e aplicando diretamente sobre as relações jurídicas concretas o disposto na Constituição. A decisão é evidentemente da espécie *sentença aditiva de prestação* e a correção do conteúdo da lei se perfez como exigência da incidência imediata da norma constitucional.

Depois dessa decisão, o Supremo ainda recuou em outras oportunidades e se absteve de realizar a interpretação conforme a Constituição ou a declaração de nulidade parcial quando a decisão resultasse alteração do sentido da lei.⁹⁰² Porém, na medida em que a composição da Corte foi se modificando, os novos ministros passaram a pensar mais sobre a realidade do Texto Constitucional de 1988 e a refletir sobre as limitações da doutrina kelseniana e o fato de a diferença, entre legislador negativo e legislador positivo, nem sempre se apresentar muito clara e de fácil definição, haja vista muitos dispositivos constitucionais e

⁹⁰² STF – Pleno, ADI 3.046/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28/05/2004; STF – Pleno, AI (AgR-EDv-AgR) 153.334, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23/02/1996; STF – Pleno, MS 22.439/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 11/04/2003; STF – Pleno, MS 22.690/CE, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 07/12/2006.

legais padecerem de indeterminação semântica. Essa reflexão promoveu mudanças no desempenho hermenêutico do Supremo, com destaque para as ideias sobre interpretação e jurisdição constitucional propostas pelo ministro Gilmar Mendes.⁹⁰³

Um caso importante de declaração de *nulidade parcial sem redução de texto* foi o da ADI 3.324/DF.⁹⁰⁴ Nessa ação direta, discutiu-se a constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.536/97, que prescrevia que a transferência de alunos regulares para cursos afins, no âmbito do ensino superior, “será efetivada entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga”, na hipótese de envolver estudante servidor público federal civil ou militar que foi obrigado a modificar, em razão de seu ofício, o “domicílio para o município onde se situa a instituição recebedora ou para a localidade mais próxima desta.” Esse direito alcançava também os dependentes estudantes dos servidores. A sua constitucionalidade foi desafiada por violação aos princípios constitucionais da isonomia geral, da impessoalidade e da moralidade administrativa e da igualdade de acesso ao ensino.

A redação desse enunciado normativo permitia claramente aos seus destinatários a transferência de uma universidade particular para uma pública, haja vista a transferência poder ocorrer entre instituições de “qualquer sistema de ensino”. Isso seria realmente de constitucionalidade duvidosa por violar os princípios constitucionais citados e a exigência republicana de ingresso ao ensino público segundo o critério meritocrático de seleção. O Supremo, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do dispositivo desafiado para afastar a aplicação que permitisse a mudança “de instituição particular para pública”. A transferência de alunos só poderia ocorrer, de acordo com a decisão, de instituição superior de ensino particular para outra particular, e de pública para pública o que, sem qualquer sombra de dúvida, é muito menos do que a expressão literal da lei permitia. Sem embargo algum, o Supremo efetivamente promoveu uma correção normativa da lei, positivando norma nova, diversa da que fora pretendida pelo legislador.

⁹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op.cit., pp. 1.255/1.257. Cf. o seu “duelo” com o ex-ministro Nelson Jobim em torno do tema em STF – Pleno, ADI-MC 3.459/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/08/2005, DJ 07/04/2006, p. 211. O ex-ministro acusa Mendes de ter o “sentido do *pan-tribunalismo*”, algo como uma “coisa germânica”

⁹⁰⁴ STF – Pleno, ADI 3.324/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16/12/2004, DJ 05/08/2005.

Recente e importante caso de “interpretação conforme a constituição”⁹⁰⁵ que resultou em decisão manipulativa foi o julgamento da “Lei Maria da Penha”. O Supremo, na ADI 4.424/DF,⁹⁰⁶ por maioria, deu interpretação conforme a constituição (princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais) aos artigos 12, I, 16 e 41, da Lei 11.340/2006 e alterou os sentidos normativos desses dispositivos para afirmar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, mesmo que de natureza leve e culposa, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher.

Contudo, os dispositivos interpretados deixam inequívoco, em sua expressão semântica, que as ações penais sobre “todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher”, de que trata a lei, são do tipo condicionada à representação da mulher ofendida. A maioria dos ministros julgou que não seria razoável ou proporcional deixar a atuação estatal penal a critério da vítima porque isso desconsideraria a assimetria de poder decorrente das relações histórico-culturais entre homens e mulheres e acabaria por esvaziar a proteção da mulher buscada pela própria lei. Por essas razões, a maioria da Corte “corrigiu” a lei para determinar que a atuação do Ministério Público seja incondicionada. O ministro Cezar Peluso votou vencido, mas não por condenar a *atitude legiferante* da Corte, e sim porque concluiu que a solução da incondicionalidade da ação penal não impediria a violência familiar, ao contrário, ela acirraria a possibilidade dessa violência por meio de atitudes de represália contra a mulher.

O já mencionado “caso Raposa Serra do Sol”, em que a Corte declarou a constitucionalidade da demarcação contínua de “terras indígenas” no Estado de Roraima, é outro exemplo gritante de criação judicial do direito por meio da interpretação conforme a constituição. O Supremo Tribunal Federal convalidou o ato demarcatório questionado nesse processo. No entanto, a partir do voto-vista do já falecido ministro Menezes Direito, afirmando conformar a prática demarcatória de áreas indígenas à disciplina constitucional do usufruto de terras pelos índios e às normas constitucionais de segurança nacional, meio-

⁹⁰⁵ Consta da parte dispositiva da decisão, que o Supremo Tribunal Federal realizou “interpretação conforme a Constituição”. Respeitando a categorização feita pela própria Corte, explico o caráter ativista dessa decisão como sendo uma de interpretação conforme. Contudo, esse é mais um caso que revela como a Corte realmente não tem distinguido bem a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Como a análise da decisão revelará, diante da inequivocidade do texto interpretado e da Corte ter excluído uma incidência concreta da norma geral de condicionalidade da ação penal de que trata a lei, sem que isso tenha importado em redução do texto interpretado, fica evidente que se está diante mesmo de um caso de “declaração de nulidade parcial sem redução de texto”.

⁹⁰⁶ STF – Pleno, ADI 4.424/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012. (Inf. STF nº 654).

ambiente e serviços públicos, a Corte prescreveu 19 novas condições restritivas que deverão ser observadas pelo Poder Executivo em seus futuros atos de demarcação contínua dessas terras.⁹⁰⁷ O Supremo criou *regras demarcatórias*, em riqueza de detalhes textuais, como se fosse um verdadeiro *estatuto* com o propósito de vincular as futuras decisões políticas do governo nessa seara, configurando assim uma decisão de evidente caráter e efeitos aditivos.⁹⁰⁸

Não obstante, a prática recente mais relevante de decisão aditiva, por meio de interpretação conforme a constituição, ocorreu na *questão crucial* do “aborto de fetos anencéfalos”, julgado na ADPF 54/DF.⁹⁰⁹ O pedido na ADPF era de interpretação conforme a constituição aos arts. 124, 126 e 128, todos do Código Penal (crime de aborto), de modo a torná-los compatíveis com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais à liberdade e à saúde da gestante e, assim, afastar a ilicitude da “interrupção voluntária da gravidez de feto anencéfalo”. A decisão de procedência importaria, portanto, o reconhecimento de mais uma hipótese de não-punibilidade do aborto, além das textualmente estabelecidas no Código Penal.

O “risco” de efeito aditivo de uma possível sentença de procedência fez surgir questionamentos sobre o próprio cabimento da ação o que foi então discutido em sede de questão de ordem.⁹¹⁰ Segundo o Procurador-Geral, o dispositivo penal interpretado gozava de univocidade de significado, de forma que, além de não caber interpretação conforme a constituição, que necessariamente envolve definir, entre sentidos possíveis, aquele mais compatível com o Texto Constitucional, ainda eventual sentença de procedência importaria em clara atividade legiferante penal pela Corte. Essas questões imporiam o não-conhecimento da ação naquele estágio de julgamento. A proposta de não-conhecimento da ação encontrou apoio de quatro ministros – Eros Grau, Cezar Peluso, Carlos Velloso e Ellen Gracie – todos destacando o “intransponível óbice” do legislador negativo kelseniano.

Eros Grau disse que a liminar, concedida anteriormente pelo ministro Marco Aurélio autorizando o aborto, reescreveu o Código Penal e, caso o Supremo não a revogasse, estaria atuando como legislador positivo, “permiti[ndo] que uma terceira modalidade de aborto

⁹⁰⁷ STF – Pleno, PET 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19/03/2009, DJ 01/07/2010.

⁹⁰⁸ Como dito no capítulo anterior, para Cláudio P. de Souza Neto e Daniel Sarmento, **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Op. cit., pp. 403, em razão das limitações aos direitos fundamentais dos índios que essas condições impuseram, a decisão consistiu em “hipótese clara de ativismo judicial voltado contra a proteção de grupo vulnerável”.

⁹⁰⁹ STF – Pleno, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012.

⁹¹⁰ STF – Pleno, ADPF-QO 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 31/08/2007; cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. cit., pp. 381/382.

passasse a ser admitida.” Assim foi com a liminar, assim seria, com razão ainda maior, com a sentença de mérito. Cezar Peluso, por sua vez, destacou que, como o propósito da demanda é “criar, à margem da interpretação das normas de caráter penal, mais uma excludente de ilicitude”, essa tarefa não poderia ser cumprida no Supremo e isso “porque o foro adequado da questão [seria] o Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais da sociedade.” O ex-ministro Carlos Velloso declarou que o Supremo não pode inovar no mundo jurídico e que a exclusão da ilicitude pretendida requereria uma “regulamentação séria”, que “somente poderia ser feita mediante lei”.

O voto mais contundente no sentido do não-conhecimento da ação foi da ex-ministra Ellen Gracie. Ela acusou a pretensão autoral de ser um mecanismo artificioso de pedir à Corte uma “atuação legislativa”, ou seja, que o Supremo atue como legislador positivo, preenchendo lacuna do Código Penal ao acrescentar ao tipo “aborto” mais uma hipótese de exclusão de ilicitude, “em usurpação à competência dos outros dois poderes.” Para a ex-ministra, a questão envolve um sério “problema de saúde pública[,] que atinge principalmente as mulheres das classes menos favorecidas”, que a sociedade deve enfrentar “por meio de seus legítimos representantes perante o Congresso Nacional, não, ao contrário, por via oblíqua e em foro impróprio”, que seria o caso da ADPF discutida. Resolver tema dessa magnitude na Corte “acarretaria uma ruptura de princípios basilares, como o da separação de poderes e a repartição estrita de competências”, além de ser “profundamente antidemocrático”.

Aqueles que se opuseram ao conhecimento da ação o fizeram, portanto, apoiados na doutrina kelseniana do legislador negativo. Todavia, a maioria conheceu da ação e, quando do julgamento de mérito, Eros Grau, Carlos Velloso e Ellen Gracie não compunham mais a Corte. Cezar Peluso, então Presidente do Supremo, julgou improcedente a ação, mas não por meio de argumentos institucionais e sim substanciais. Ricardo Lewandowski, que também votou pela improcedência, o fez forte em argumentos democráticos e institucionais. Para ele, não caberia ao Supremo “envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana” e, aos seus membros, “que carecem da unção legitimadora do voto popular”, não seria permitido “promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares fossem.” Ademais, o ministro destacou a complexidade ética e científica do tema em face da capacidade cognitiva do Supremo.

Contudo, a maioria da Corte julgou procedente a ação: reconheceu que a obrigatoriedade de a mulher conduzir até o fim a gestação de feto anencéfalo viola o princípio

da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à proteção da liberdade, da autonomia, da privacidade e da saúde da mulher e deu interpretação conforme a constituição aos citados artigos do Código Penal para excluir do alcance punitivo do Estado a “antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo”. Alguns ministros, inclusive o relator, disseram que o fato é atípico, não havendo que se falar em crime de aborto nem em punição. Tendo em conta a perspectiva da *doutrina da tipicidade material*, esses ministros consideraram que no caso do feto anencéfalo, por inexistir qualquer chance de sobrevivência extrauterina, não há que se falar em vida (do feto) como bem jurídico protegido pelo tipo penal do aborto. Por essa razão, diante da inexistência de bem jurídico penalmente tutelável, a conduta discutida – interrupção da gravidez de feto com anencefalia – não poderia ser enquadrada como crime contra a vida, especificamente como crime de aborto.

Os ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes, no entanto, falaram em uma lacuna do Código Penal. Fux disse de uma “lacuna normativa” que requer um “recurso à equidade integrativa”, enquanto Gilmar Mendes, pensando nas limitações tecnológicas da época de confecção da Lei Penal, reconheceu uma “omissão legislativa não condizente com o espírito do Código Penal e incompatível com a Constituição”. Sem negar plausibilidade ao argumento da atipicidade material da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, é necessário avaliar essa decisão sob o ponto de vista das transformações que ela operou sobre o que era a compreensão estabelecida por décadas da disciplina do aborto pelo Código Penal. Sem embargo, sob essa perspectiva da interpretação e da aplicação até então consolidada do crime de aborto, a decisão do Supremo inovou na ordem jurídica infraconstitucional em superar essa lacuna de que falaram Luiz Fux e Gilmar Mendes.

Se a norma de decisão foi, de fato, resultado de interpretação conforme a constituição, de redução teleológica orientada a valores do tipo normativo ou de puro e simples reconhecimento da falta de subsunção por atipicidade material, é uma questão colocada sob a perspectiva do intérprete e do seu raciocínio hermenêutico, mas não é suficiente para encerrar a análise de ativismo da decisão. Essa análise requer que se leve em conta as transformações que a decisão operou sobre a estrutura legal do tipo penal e de suas excludentes de ilicitude de mais de meio século. Por essa perspectiva de análise, é possível identificar uma sentença aditiva de significados normativos que “criou” uma hipótese nova de não-punibilidade da prática “conhecida” como aborto. Uma *sentença aditiva de garantia*.

Com efeito, acredito que aqui se pode cogitar mesmo de uma *lacuna superveniente axiológica e tecnologicamente configurada*: a evolução normativa de princípios como dignidade humana e liberdade confere conforto jurídico à pretensão das gestantes, enquanto o avanço tecnológico da medicina na identificação da anencefalia permite que o direito fundamental seja exercido com segurança no mundo dos fatos. Essas evoluções produziram o estado lacunoso e exigiram que o direito se movimentasse. O Código Penal, no tocante à gestação de fetos anencéfalos, não poderia permanecer o mesmo! Porém, diante da inércia legislativa, mais uma vez, o avanço de institucionalização das novas condições partiu do Supremo Tribunal Federal. E a Corte agiu com pleno acerto. E com ativismo.

Este e outros casos de interpretação conforme a constituição, assim como os de interpretação constitucional direta, revelam um aspecto subjetivo muito interessante da dimensão metodológica do ativismo judicial no Supremo: a maioria dos ministros nega que esteja criando judicialmente o direito, se diz incomodada com as sentenças aditivas e exalta a figura kelseniana do legislador negativo, mas, com uma frequência enorme, profere votos escancaradamente manipulativos dos sentidos normativos das leis ou inovadores até mesmo da ordem constitucional. Muitos ministros do Supremo são ativistas, proferem decisões ativistas em sentido metodológico, mas negam essa condição assim como essa prática. A interpretação conforme a constituição, inclusive, tem sido a principal ferramenta dessa *insinceridade institucional*.

5.2.3 O controle judicial da omissão legislativa inconstitucional

Um dos temas mais importantes e fundamentais na dinâmica de concretização das constituições contemporâneas é o da *omissão legislativa inconstitucional*, ou seja, o da lacuna legislativa que decorre da inércia do legislador em fazer o que determina a constituição, de fazer as leis que a constituição determina que sejam feitas. Como explicou Gomes Canotilho, o “significado jurídico da *omissão do legislador* tem como pressuposto fundamental a prevalência material e formal da Constituição relativamente à lei ordinária.”⁹¹¹ Se o legislador se omitir em regular matéria que a constituição impõe clara e inequivocamente que seja regulada, essa omissão estará negando a qualidade superior da norma constitucional e, por isso, padecerá do vício de inconstitucionalidade.

⁹¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 329.

Obrigação constitucional e inércia legislativa são os dois eixos sobre os quais gira o conceito de omissão legislativa inconstitucional, a ponto de não haver omissão legislativa inconstitucional diante de normas constitucionais autoaplicáveis.⁹¹² Porém, esses dois elementos devem ser ligados a um caso concreto em função do *fator tempo* e isso é muito relevante para o caso brasileiro. Quanto mais persistente for a negativa do legislador em cumprir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, mais se configurará inequivocamente o desprezo pela constituição. É nesse sentido que Fernández Rodríguez definiu “a omissão inconstitucional como a falta de desenvolvimento por parte do Poder Legislativo, *durante um tempo excessivamente largo*, daquelas normas constitucionais de obrigatório e concreto desenvolvimento, de forma tal que se impede sua eficaz aplicação.”⁹¹³

Essa consideração do fator tempo, sem dúvida, cumpriu um papel fundamental na virada jurisprudencial do Supremo sobre a eficácia decisória do mandado de injunção. O transcurso de longo tempo de inércia legislativa se mostra decisivo para uma atuação mais ativista do juiz constitucional na correção da omissão e minimiza críticas de ilegitimidade da postura de o juiz suprir diretamente a omissão legislativa insistente e duradoura.

A questão do tempo aplica-se à hipótese de *omissão legislativa total*, mas essa não é a única espécie de omissão. A omissão inconstitucional pode ser absoluta (total) e também relativa (parcial). Enquanto na omissão total o legislador não faz a lei reclamada, na omissão parcial a lei existe, mas ela atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente à vontade constitucional.⁹¹⁴ Essa distinção tem importante reflexo na definição dos meios judiciais de controle da omissão, embora levante os mesmos questionamentos – o dogma do legislador negativo – em torno da técnica de decisão adequada para afastar a situação inconstitucional.

A temática da solução da omissão legislativa total levantou, no Brasil, a discussão em torno do alcance das decisões na ADO⁹¹⁵ e no mandado de injunção. No caso da omissão inconstitucional parcial, que produz tratamento jurídico diferenciado em violação ao princípio

⁹¹² STF – Pleno. MI 626, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14/03/2001, DJU 18/06/2001. Cf. FERNÁNDEZ SEGADO, Franciso. **La Justicia Constitucional. Una Visión de Derecho Comparado**. Tomo I. Madrid: Dickinson, 2009, p. 632; SILVA, José Afonso. Controle de Constitucionalidade: Variações sobre o mesmo tema. In: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional** nº 6. Madrid: CEPC, 2002, p. 16.

⁹¹³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. **La Justicia Constitucional Europea ante El Siglo XXI**. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 85.

⁹¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1.026. Cf. também: MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Tomo II. Op.cit., pp. 456/457; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. **La Justicia Constitucional Europea ante El Siglo XXI**. Op. cit., p. 85; FERNÁNDEZ SEGADO, Franciso. **La Justicia Constitucional. Una Visión de Derecho Comparado**. Tomo I. Op. cit., pp. 596/602.

⁹¹⁵ STF – Pleno. ADI 1.439/DF. Rel. Min. Celso de Mello, j. 22/06/1996, DJ 30/05/2003.

da isonomia,⁹¹⁶ apresenta-se a dificuldade em saber se a pura e simples declaração de inconstitucionalidade com a pronúncia de nulidade do privilégio inconstitucional é a solução mais adequada, ou se poderia haver a correção judicial da omissão parcial por meio da extensão da norma às pessoas preteridas. Ou seja, a discussão é saber da extensão de poder decisório do Supremo entre a necessidade de superar a omissão legislativa e os limites de viés democrático e institucional presentes no dogma kelseniano do legislador negativo.

Essas questões consistem em temas-chave do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em sua dimensão metodológica, sendo reais as preocupações e os debates, e não apenas abstratos ou doutrinários. Recentemente, como apontado no Capítulo anterior (3.2.3, *supra*), a Corte avançou o seu papel afirmativo no controle da omissão total pelo manejo do mandado de injunção, porém a questão do controle da omissão legislativa parcial é ainda uma disputa carente de uma solução mais clara e definitiva.

5.2.3.1 O controle judicial da omissão legislativa total

O Supremo Tribunal Federal decidiu inicialmente que não poderia formular diretamente a norma faltante para preenchimento de lacuna normativa inconstitucional na hipótese de omissão legislativa total, mesmo em sede de mandado de injunção. Isso foi decidido no primeiro ano de vigência da Constituição e prevaleceu durante quase dezoito anos. A Corte limitava-se a *declarar* a mora e *dar ciência* ao legislador para que este, e apenas este, suprisse a omissão inconstitucional. Foi sob a liderança intelectual de Moreira Alves,⁹¹⁷ no importante julgamento da Questão de Ordem no MI 107,⁹¹⁸ que a Corte decidiu serem inadmissíveis decisões com caráter *constitutivo* em sede de mandado de injunção.⁹¹⁹

⁹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op.cit., p. 1.027.

⁹¹⁷ Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Mandado de injunção – A auto-aplicação do inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. In: LAFER, Celso; FERRAZ Jr., TERCIO SAMPAIO (coord.). **Direito, Política, Filosofia e Poesia. Estudos em homenagem ao Professor MIGUEL REALE no seu octogésimo aniversário**. São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 515/516.

⁹¹⁸ STF – Pleno, MI – QO 107, Rel. Min. Moreira Alves, j. 23/11/1989, DJU 02/08/1991.

⁹¹⁹ Sobre as críticas à essa postura de autorrestrrição judicial do Supremo, cf. SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 740 et seq.; HAGE, Jorge. Controle judicial sobre as omissões normativas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, Andre Rufino do (org.). **A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166 et seq.; BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido. Um proposta de reformulação. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 189 et seq.

Em síntese, para Moreira Alves, o Supremo não poderia suprir diretamente a lacuna porque: *(i)* o mandado de injunção seria inábil para viabilizar o exercício da maioria dos direitos, garantias ou prerrogativas constitucionais que dependem de regulação, seja porque o gozo de alguns desses direitos ou garantias depende de organização prévia de determinados serviços ou alocação de recursos, seja porque, em certas hipóteses, o Judiciário não possui “condições técnicas” para proceder à regulamentação o que poderia acarretar casos de *non liquet*; *(ii)* há o perigo de decisões diferentes, todas de eficácia constitutiva, criarem regulamentações conflitantes sobre o mesmo tema; *(iii)* encerra a inviabilidade de proteção do exercício de direitos inerentes à soberania popular, pois esses direitos requerem uma regulamentação coletiva, e não individual; *(iv)* a coisa julgada entre as partes não poderia ser afastada ou modificada por regulamentação legal que viesse a ser implantada posteriormente; *(v)* se a formulação da norma faltante tivesse eficácia *erga omnes*, seria então permitido, no controle incidental o que não foi permitido no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade da omissão inconstitucional (art. 103, §2º, CF/88); *(vi)* a adoção de sentenças constitutivas no mandado de injunção não seria compatível com os princípios democrático, da legalidade e da separação de poderes.

O Supremo afastou esses óbices e deu uma virada em sua jurisprudência no julgamento conjunto dos já citados MI(s) 670, 708 e 712, de 25 de outubro de 2007 (Capítulo IV, item 3.2.3, *supra*). Nessas ações, discutia-se a possibilidade de exercício do direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da Constituição, tendo em vista a ausência da lei exigida para sua regulamentação. Esse dispositivo constitucional reconhece o direito de greve, mas diz que seu exercício deverá se dar “nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Decorridos quase vinte anos de vigência da Carta, essa lei específica ainda não havia sido produzida. O Supremo, em diversas oportunidades, já havia enfrentado o tema, tendo sempre se recusado a corrigir o vácuo legislativo. A Corte sempre se limitou a declarar a mora e a dar ciência ao Poder Legislativo para que este suprisse a lacuna.⁹²⁰

As primeiras decisões nesse sentido foram proferidas na metade da década de 90 do século passado. Todavia, apesar dos “comunicados” do Supremo e passados mais de dez anos dessas decisões, o Congresso Nacional ainda não havia editado a lei. Esse estado de omissão contínua provocou insegurança e prejuízos à população, haja vista a ausência de regramento do direito de greve dos funcionários públicos civis ter colocado constantemente em risco a

⁹²⁰ STF – Pleno, MI 438, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 16/06/1995; STF – Pleno, MI 585. Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 02/08/2002; STF – Pleno, MI 485. Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23/08/2002.

continuidade de serviços públicos essenciais como saúde, educação, justiça, segurança pública, etc. O ponto alto desse estado de insegurança foi a greve dos controladores de voo em todo o país no final do mês de março do ano de 2007.

Nesse estágio de coisas e consequências, não se poderia mais justificar nem a inércia legislativa tão prolongada, nem mesmo a inércia do próprio Supremo em tomar uma atitude mais positiva, ativista, deixando de corroborar com o desprezo institucional à força normativa da Constituição. Como disse o ex-ministro Sepúlveda Pertence em seu voto no MI 670/ES, “muitas vezes a demora do processo legislativo não é um problema de inércia, não é um problema de falta de vontade de legislar; é a impossibilidade política de chegar-se a uma fórmula aceita. E isso é do jogo democrático. E isso é, sobretudo, a grande virtude do processo legislativo democrático”, porém, prosseguiu o fantástico juiz, “há inércia e inércia”. Há inércia que, de tão persistente e abusiva, não se justifica em qualquer hipótese. Nesses casos, a Corte deve superar os bloqueios do processo legislativo que insistem em impedir o gozo de direitos constitucionais. Esse era exatamente o caso em 2007 diante do Supremo.

O Supremo formulou diretamente a norma faltante, mandando aplicar, por analogia, em favor dos servidores públicos civis, a legislação referente ao direito de greve do setor privado, a Lei 7.783/89, observadas as particularidades dos serviços públicos essenciais. Nos votos vencedores, salta aos olhos o fator principal da mudança de postura jurisdicional: o *tempo* de inércia persistente e abusiva do legislador. O ministro Gilmar Mendes, em seu voto no MI 670/ES, procurando afastar possíveis críticas de “protagonismo legislativo” pelo Tribunal, destacou que a excepcionalidade do caso, marcado pelo que Sepúlveda Pertence chamou em seu sucinto voto de inércia “abusiva e geradora (...) de uma anomia de relevo gritante”, justificaria uma atuação positiva da Corte de modo a evitar o que se configuraria, àquela altura, “quase como uma espécie de ‘omissão judicial’”. Como disse Mendes, a “sistêmica conduta omissiva do Legislativo” na matéria tornava imperiosa a formulação de uma solução diferenciada em relação ao que a Corte vinha decidindo.

Essa mudança de jurisprudência já havia sido proposta por Marco Aurélio e Carlos Velloso em 1994, quando votaram vencidos no MI 20/DF.⁹²¹ Contudo, nesses julgados de 2007, a Corte foi muito mais além das propostas anteriores de Marco Aurélio e Carlos Velloso. Esses juízes haviam defendido o poder de o Supremo formular a norma faltante para o caso concreto (decisão constitutiva-individual) e apenas para o caso concreto, o que já

⁹²¹ STF – Pleno, MI 20. Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/05/1994, DJ 22/11/1996.

caracterizaria um grande avanço em relação à postura judicial passiva da Corte capitaneada por Moreira Alves, mas ainda assim, um exercício ordinário de poder. Porém, o que o Supremo decidiu em 2007 foi criar a norma faltante não apenas em favor da parte demandante, como também para todos os conflitos e ações judiciais análogas. A decisão teve eficácia *erga omnes* e perduraria até que o legislador regulasse a matéria. Saímos de uma eficácia puramente declaratória diretamente para uma decisão de eficácia *constitutiva-geral*.

O ativismo judicial se mostra evidente na atividade legiferante da Corte, que não se limitou a resolver os casos concretos dos mandados julgados, mas foi além e decidiu com eficácia geral. O passo que a Corte deu foi realmente muito largo, demasiadamente largo. A postura de decidir com eficácia *erga omnes* é, inegavelmente, o que há de mais ativista quanto ao tema da superação da omissão legislativa total. O Supremo transitou diretamente entre extremos, *sem escalas*.⁹²²

A Corte vem mantendo essa nova posição em julgados posteriores sobre temas diferentes, em que igualmente se faz presente a inércia legislativa persistente e injustificada, deixando claro que essa mudança de perspectiva institucional veio para ficar.⁹²³

5.2.3.2 O controle judicial da omissão legislativa parcial

Enquanto em relação ao controle da omissão legislativa total houve a superação do dogma do legislador negativo, o controle da omissão legislativa parcial ainda é uma questão em aberto. Os casos de concessão legal de benefícios que violam o princípio da isonomia são paradigmáticos nesse sentido: o ponto aqui é o de resolver se, diante de uma discriminação deste tipo, o Supremo pode corrigir a lei por meio de *sentenças aditivas*, típicas da Corte Constitucional italiana (Capítulo II, item 3, *supra*), adicionado significados à lei para estender o benefício ao grupo desprestigiado, ou se deve se limitar a reconhecer a inconstitucionalidade da norma, declarando nula a concessão do benefício por quebra de isonomia, diante da impossibilidade de atuar como *legislador positivo*.

Diante de omissão parcial da lei, o Supremo Tribunal Federal tradicionalmente não cogitava a possibilidade de integração normativa, restringindo seu campo de possibilidades

⁹²² Criticando também este outro extremo de postura, cf. HAGE, Jorge. Controle judicial sobre as omissões normativas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, Andre Rufino do (org.). **A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**. Op. cit., 2010, p. 169.

⁹²³ STF – Pleno. MI 758, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/07/2008, DJ 26/09/2008; STF – Pleno. MI 788, Rel. Min. Carlos Britto, j. 15/04/2009, DJ 08/05/2009.

decisórias ao binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade. Em julgamentos mais antigos, também sob a liderança intelectual de Moreira Alves e já durante a vigência da Constituição de 1988, a Corte, em constatar a violação à isonomia, adotava única atitude: a de julgar inconstitucional e declarar nula a norma concessiva do benefício, considerando juridicamente impossível sua extensão aos que foram discriminados.⁹²⁴ O Supremo recusava-se então a admitir a construção de sentenças aditivas de significados normativos e assim decidiu em várias outras oportunidades.⁹²⁵

Porém, é inegável que a recente proliferação de decisões claramente inovadoras da ordem jurídica, inclusive em nível constitucional, impôs uma revisão dessa postura. Essa questão foi seriamente posta em discussão no RE 405.579/PR,⁹²⁶ e foi tratada menos como um dogma e mais como algo que requer reflexão em torno das modernas técnicas de interpretação constitucional e de decisões de inconstitucionalidade. Nesse caso, estava em julgamento um acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que foi concedido, com fundamento na isonomia tributária do art. 150, II, da Constituição, mandado de segurança para estender à empresa importadora de pneus benefício fiscal do imposto de importação previsto no art. 5º, § 1º, X, da Lei nº 10.182/2001, estabelecido exclusivamente em favor de fabricantes e montadoras de veículos.

O referido dispositivo legal concede redução do imposto incidente na importação, dentre outras mercadorias, de pneus, mas em favor exclusivamente de empresas montadoras e fabricantes de veículos. Porém, o dispositivo não limita o benefício fiscal aos pneus a serem empregados no processo produtivo de veículos, atividade exclusiva das empresas beneficiadas, mas a estende aos pneus destinadas “ao mercado de reposição”, atividade que, por sua vez, não é exclusiva das montadoras e fabricantes de veículos, mas também exercida, diga-se principalmente, pelas importadoras, distribuidoras e varejistas de pneus.

No que a lei estabeleceu o alcance do benefício fiscal também para os pneus destinados ao mercado interno de reposição, além do processo produtivo de veículos, ela acabou beneficiando um grupo de contribuintes – montadoras e fabricantes de veículos – em detrimento de outro grupo – importadoras, distribuidoras e varejistas de pneus – que seria igualmente merecedor do benefício no que se refere ao comércio interno de pneumáticos, que

⁹²⁴ STF – 1ª T., RE 196.590/AL, Rel. Min. Moreira Alves, j. 16/04/1996, DJ 14/11/1996.

⁹²⁵ STF – Pello, AgRg-EDv-AgRg em AI 153.334, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23/02/1996; STF – 2ª T., RE 191.526/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30/05/1997; STF – 2ª T., AgRg-RE 370.590, Rel. Min. Eros Grau, DJ 16/05/2008; STF – 2ª T., AgRg-AI 360.461, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/03/2008.

⁹²⁶ STF – Pleno. RE 405.579/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 01/12/2010, DJ 04/08/2011.

é atividade econômica igual e competitivamente exercida tanto pelas empresas beneficiadas quanto pelas empresas discriminadas. A violação ao princípio da isonomia tributária, assim como à livre concorrência, apresentava-se então evidente.

A 1ª Turma do TRF da 4ª Região reconheceu a ofensa ao princípio da isonomia e estendeu o benefício fiscal à empresa demandante.⁹²⁷ No Supremo, o relator do recurso extraordinário da União, ministro Joaquim Barbosa, deu provimento ao recurso, seguindo a linha argumentativa da *doutrina alvesiana* de autolimitação decisória da Corte, afirmando que a extensão judicial do benefício fiscal importaria violação ao princípio da separação de poderes e extrapolação do papel institucional do Supremo como legislador negativo.⁹²⁸

Eros Grau e Cezar Peluso acompanharam a decisão do relator, embora dando mais ênfase à inexistência de quebra da isonomia; ao passo que Ayres Britto, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes foram favoráveis à tese do contribuinte. Marco Aurélio destacou a quebra da isonomia como motivo suficiente para a correção pela Corte; Ayres Britto disse se tratar da possibilidade de uma “modulação material do texto normativo” o que se daria por via da “potencialização teleológica do texto”, e não por meio de sentenças aditivas, evitando-se assim os riscos inerentes a elas; Lewandowski viu, na desigualdade concorrencial, razão para a atuação mais ativista da Corte; Gilmar Mendes, por sua vez, impôs abertamente sua persistente objeção à doutrina do legislador negativo.

Em extenso voto, que reproduziu considerações doutrinárias anteriores,⁹²⁹ Gilmar Mendes advertiu que o uso de decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma, ou seja, *decisões manipulativas dos sentidos normativos*, constitui a única solução adequada para que as cortes constitucionais possam enfrentar as inconstitucionalidades concretas, como a do caso julgado, sem terem que recorrer a “subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total”, ou, se assim exigirem a segurança jurídica e o interesse social, “a opção pelo mero não-conhecimento da ação”.

O ministro destacou ainda, tendo em mente principalmente a atuação jurisprudencial da Corte Constitucional italiana, que tem sido cada vez mais comum o uso de técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos no direito comparado, por meio das quais os Tribunais têm progressivamente se afastado do binômio

⁹²⁷ TRF 4ª R. – 1ª T., AMS 2002.70.08.000943-7, Rel. Des. Fed. Wellington Mendes de Almeida, DJ 28/05/2003.

⁹²⁸ A medida cautelar: STF – 2ª T., AC 102/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 31/10/2003.

⁹²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. Op. cit., p. 380 et seq.

composto pelas “soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a conseqüente declaração de constitucionalidade” e ido além para proferir decisões criativas que acabam por manipular tanto o conteúdo normativo quanto os efeitos no tempo das decisões. Destacou Gilmar Mendes que os casos de ofensa ao princípio da isonomia, como as hipóteses de omissão parcial inconstitucional do legislador que resulta em “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”, são exemplos de problemas que requerem algo diverso dessas soluções ortodoxas, portanto “que não podem ser resolvidos mediante simples declaração de nulidade”, exigindo então um desenvolvimento decisório mais criativo por parte do Tribunal.

Com essas considerações, Gilmar Mendes concluiu que seria então a hipótese de utilização de decisão manipulativa de efeitos aditivos, estendendo o benefício contemplado aos contribuintes em situação equivalente às fabricantes e às montadoras. Em 01/12/2010, a Corte encerrou o julgamento com os votos dos ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ellen Gracie. Eles deram razão à União Federal, decretando sua vitória: as ministras, por não terem vislumbrado quebra da isonomia no caso concreto; o ministro, também enfatizando, na linha do voto anterior de Joaquim Barbosa, a impossibilidade de a Corte, em razão das limitações de sua atuação como legislador negativo, preencher diretamente a lacuna ilícita por meio da extensão do benefício fiscal incompatível com a isonomia.

Ocorre que a análise dos votos da maioria formada em favor da União Federal não permite dizer com certeza que o argumento principal foi o rechaço à possibilidade de a Corte atuar como legislador positivo nesses casos, mas sim que a maioria não vislumbrou quebra da isonomia no caso concreto, afastando assim a própria interpretação da lei federal feita pelo TRF da 4ª Região. A ementa do julgado diz que “sob o pretexto de tornar efetivo o princípio da isonomia **tributária**, não pode o Poder Judiciário estender **benefício fiscal** sem que haja previsão legal específica”. Porém, essa foi a manifestação expressa apenas pelos ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli e, em uma medida muito superficial, por Cezar Peluso. Isso significa, no meu ponto de vista, que o ativismo judicial nesse campo é ainda uma questão à espera de uma definição pela Corte.

5.2.4 As decisões maximalistas

Na conhecida e já citada fórmula de Cass Sunstein (Capítulo III, 4.1.4, *supra*), o juiz minimalista não diz mais do que o necessário para justificar suas decisões bem como deixa, enquanto possível, questões sem decidir. De outra parte, o juiz maximalista “procura decidir casos de um modo que estabeleça amplas regras para o futuro e também dá justificações teóricas ambiciosas para seus resultados”.⁹³⁰ Essas justificações não são apenas jurídicas, mas também morais, filosóficas, científicas, econômicas, etc. Em suas decisões mais recentes, o Supremo resolveu enfrentar até o desafio de quando *começa a vida*. As decisões são amplas e profundas, restringindo as ações futuras dos legisladores e diminuindo a margem de liberdade decisória dos juízes de instâncias inferiores.

Essa postura maximalista tem sido constante para muitos ministros o que acaba repercutindo negativamente nas decisões definitivas e isso porque elas são muito mais a soma de opiniões individuais do que soluções construídas “de forma *clara, objetiva, institucional* e, sempre que possível, *única*”, que reflitam uma posição do Supremo como instituição.⁹³¹ Assim, o que vincula são as complexas posições particulares e maximalistas dos ministros. Acredito que o momento de *liderança intelectual difusa* na Corte seja um importante fator desse problema: como não há, desde a aposentadoria de Moreira Alves em 2003, uma liderança argumentativa muito destacada das demais, o Supremo acaba sendo um conjunto de várias intelectualidades muito autônomas, cada qual decidindo sinceramente o que acredita ser o correto entendimento da Constituição, mas sem interconexão de ideias e conclusões.

Um exemplo conhecido de decisão maximalista é o da ADPF 45/DF,⁹³² monocraticamente tomada pelo ministro Celso de Mello, ao lado de Ayres Britto, a essência do ativismo maximalista do Supremo. Nesse caso, a conclusão do julgado foi o da perda do objeto da ação, sendo assim extinta sem resolução de mérito. Ocorre que, antes de firmar essa conclusão, Celso de Mello proferiu longo voto, discorrendo sobre aspectos puramente doutrinários a respeito dos direitos sociais, da fundamentalidade destes, dos deveres prestacionais do Estado, da objeção da reserva do possível, da judicialização da política e das fronteiras de atuação do Judiciário nessa seara. Com efeito, trata-se de manifestação particular do ministro que não pode ostentar o caráter vinculante próprio das decisões da Corte, isso porque elaborada *sem ação*. Embora não possa ser tida como mais do que uma peça

⁹³⁰ SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Op. cit., pp. 3/10.

⁹³¹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo** V. 250, Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 211.

⁹³² STF, ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004, DJ 04/05/2004.

doutrinária bem redigida, o voto foi utilizado pelo ministro Eros Grau como um “precedente do Pleno”, portanto, uma decisão *vinculante*, que justificou seu voto em matéria análoga.⁹³³

No julgamento do RE 405.579/PR,⁹³⁴ citado no tópico anterior, o ministro Gilmar Mendes, para justificar a sentença aditiva que propunha, realizou uma ampla teorização sobre a jurisdição constitucional moderna e o papel contemporâneo das cortes constitucionais. Ademais, e aí reside o destaque maximalista de seu voto, ele defendeu que a proposta tradicional de declarar a nulidade absoluta do benefício fiscal, em vez de estendê-lo judicialmente aos grupos discriminados, não produziria resultados desejáveis porque repercutiria negativamente de forma bem mais ampla no consumo, na inflação e no próprio equilíbrio do mercado de reposição, importando na total debilidade dos estímulos extrafiscais buscados pelo legislador ordinário de tal forma que, “em um juízo de ponderação interna, a solução de estender o referido benefício tributário satisfaz com maior intensidade os mandamentos constitucionais que a extinção total do benefício”. A Corte, para o ministro, deveria adotar uma solução que cumprisse uma “função reparadora”, que “privilegia[sse] o sentido mais amplo da política econômica que motivou a legislação” e, ao mesmo tempo, observasse a isonomia tributária. Aula de jurisdição constitucional e de economia.

Em casos cruciais, como o “da pesquisa com células-tronco embrionárias”, o “caso Raposa Serra do Sol”, “Lei Maria da Penha” e tantos outros, o Supremo vem cada vez mais agregando, às suas decisões, fundamentos que extrapolam o campo do direito e alcançam áreas de conhecimento totalmente estranhas às que sempre foram habitadas por juízes e Tribunais. Em vez de se pautarem nas conclusões prévias dos outros poderes sobre questões sociais, antropológicas, médicas, biológicas, de impacto ambiental, econômicas, de funcionamento partidário, etc., os ministros da Corte têm procurado construir suas próprias verdades sobre esses temas e, com isso, impor decisões que *nada deixam escapar*. Essas decisões são maximalistas e, com elas, o Supremo busca *governar o futuro*.

5.3 O ativismo judicial processual

A *dimensão processual* revela-se pelo alargamento que o Supremo, por conta própria, faz do campo de aplicação e de utilidade dos processos constitucionais que estão à sua

⁹³³ STF – 2ª T., RE 595.595, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29/05/2009.

⁹³⁴ STF – Pleno. RE 405.579/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 01/12/2010, DJ 04/08/2011.

disposição, ampliando assim as hipóteses de cabimento das ações e recursos bem como os efeitos de suas decisões. O Supremo Tribunal Federal amplia sua própria participação na construção da ordem jurídica e democrática por meio da amplificação de seus instrumentos processuais. Esse comportamento ativista acaba produzindo efeitos também sobre o espaço de liberdade de atuação das instâncias judiciais ordinárias.

Um exemplo clássico de dimensão processual do ativismo judicial do Supremo foi sua *doutrina brasileira do habeas corpus*, por meio da qual a Corte ampliou o uso da ação para além de sua finalidade histórica de proteger a liberdade de locomoção e, com isso, teve um instrumento forte para enfrentar os Executivos hipertrofiados em torno de diversos direitos, como a garantia de reunião pacífica, a reintegração de funcionários, liberdade de imprensa em estado-de-sítio, liberdade de ensino e aprendizado e até para dar posse a governadores, senadores, deputados, vereadores e juízes (Capítulo IV, item 2.1., *supra*). Outro exemplo clássico foi o da *reclamação*, que surgiu como inovação jurisprudencial do Supremo, criada para assegurar a autoridade de suas decisões perante os Tribunais inferiores e fundada na ideia de *poderes implícitos*.⁹³⁵ A reclamação percorreu um longo caminho de construção jurisprudencial até adquirir, com a Constituição de 1988, *status* de ação constitucional.

Por sua vez, o grande contraponto face à extensão da jurisdição e dos instrumentos processuais do Supremo é sua preocupação com a racionalização de seu funcionamento. O Supremo sempre ponderou muito o alargamento de suas ações e recursos face aos riscos que isso poderia produzir para sua funcionalidade. Vivendo sempre *crises de funcionalidade*, por conta do absurdo número de ações e recursos que ocupam sua agenda, o Supremo é bastante adepto a medidas de *autorrestrição prudencial funcional*, notadamente àquelas que restringem seu acesso. Como visto no capítulo anterior (Capítulo IV, item 3.1, *supra*), a *pertinência temática* foi criada pelo próprio Supremo, como *requisito constitucional implícito* de legitimidade ativa para propositura de ADI, portanto, fora do alcance do legislador ordinário, com o claro propósito de proteger sua funcionalidade por meio da restrição do acesso à sua jurisdição concentrada. Tratou-se de medida ativista em sua dimensão metodológica porque criou, *via interpretação*, uma restrição subjetiva – em processo objetivo – à legitimidade processual ativa sem qualquer respaldo na Constituição. Mas, como *resultado*, foi uma providência de autorrestrição procedimental funcional (prudencial).

⁹³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., pp. 1.291/1.292.

A decisão pela impossibilidade de realizar controle concentrado de constitucionalidade da legislação pré-constitucional foi, sem dúvida, também motivada pela preocupação dos ministros, nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, com a produtividade do Supremo. Progressivamente, contudo, a Corte foi se abrindo ao exercício mais assertivo de seus instrumentos processuais, concentrando e ampliando seus poderes. O processo evolutivo no Supremo de *não estrita subjetivação* ou de *maior objetivação do recurso extraordinário*, que rompeu com dogmas processuais e permitiu o julgamento de mérito da questão constitucional por fundamento diverso do exposto e afirmado nos recursos (*causa petendi* aberta),⁹³⁶ promoveu a ampliação do papel da Corte na defesa da ordem constitucional. Essa perspectiva jurisprudencial foi consolidada com o instituto da *repercussão geral*.

A concessão de cautelar em ADC, mesmo sem expressa previsão constitucional, mas como poder “ímanente ao poder de julgar”, também foi uma prática de ativismo judicial processual.⁹³⁷ A utilização em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de expediente decisório que fixa prazo para que o legislador supra a omissão inconstitucional, sem que esse poder decorra de qualquer previsão constitucional ou legal,⁹³⁸ e o uso nada parcimonioso da modulação temporal dos efeitos de suas decisões em situações em que não se apresentam muito claros a insegurança jurídica e o excepcional interesse social,⁹³⁹ são outros exemplos de aumento de poder decisório e intervenção nas ações dos outros poderes por meio do alargamento que o próprio Supremo fez de seus instrumentos processuais.

São sinais ou pretensões da dimensão processual do ativismo judicial do Supremo que merecem destaque separado neste tópico: *(i)* as propostas de autoampliação da eficácia das decisões de inconstitucionalidade; *(ii)* a busca pela amplitude do cabimento do instrumento da reclamação, de modo que se possa realizar em seu bojo o controle incidental de constitucionalidade; *(iii)* a amplitude do uso do mandado de injunção para decidir além do caso concreto; *(iv)* a construção de súmulas vinculantes a partir de decisões que não são reiteradas; *(v)* o uso irrestrito e não criterioso da repercussão geral.

⁹³⁶ STF – Pleno, RE 172.058/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30/06/1995, DJ 13/10/1995; STF – Pleno, RE 298.694/SP, j. 06/08/2003, DJ 23/04/2004; STF – 2ª T., RE 388.830/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/02/2006, DJ 10/03/2006.

⁹³⁷ STF – Pleno, ADC – MC 4/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 11/02/1998, DJ 21/05/1999.

⁹³⁸ STF – Pleno, ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/05/2007, DJ 06/09/2007.

⁹³⁹ Exemplo de uso abusivo da modulação: STF – Pleno, RE 556.664/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/06/2008, DJ 14/11/2008.

5.3.1 Eficácia das decisões de (in)constitucionalidade

O ativismo judicial nesse ponto é algo sempre em movimento, com avanços e refluxos. Como foi apontado no capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal, nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, tinha uma postura que podia ser considerada *ultrarrestritiva* quando o assunto era o dos efeitos de suas decisões: o ex-ministro Moreira Alves, na questão de ordem suscitada a respeito da constitucionalidade da ADC, afirmou que apenas as decisões nessa espécie de ação, depois da EC 3/93, tinham eficácia vinculante. Essa posição foi seguida na maior parte das vezes pela Corte, sendo necessárias mudanças legislativas para alteração desse quadro (Capítulo IV, item 3.1, *supra*).

O fortalecimento da eficácia das decisões do Supremo deu-se então por disposição legal, mas, depois disso, a Corte passou a deliberar sobre o aumento de seu poder por conta própria. Essa evolução deliberativa teve um importante momento na questão do efeito vinculante dos *fundamentos* ou *motivos determinantes* das decisões de inconstitucionalidade. A proposta teve uma boa aceitação inicial,⁹⁴⁰ contudo, principalmente em razão da *preocupação funcional* com a multiplicação de reclamações que poderia acarretar, ela sofreu um refluxo na Corte, encontrando-se hoje aparentemente superada. O tema foi amplamente discutido na Rcl. 4.219/SP (07/03/2007),⁹⁴¹ onde cinco ministros (Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence, Ayres Britto, Carmem Lúcia e Ricardo Lewandowski) votaram contra, enquanto outros quatro a favor (Eros Grau, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso). A ex-ministra Ellen Gracie tinha vista do processo quando este foi julgado prejudicado por falecimento do reclamante. Posteriormente, em decisões do Pleno, mas com *ausências argumentativas* importantes, o Supremo negou a eficácia vinculante das razões das decisões, ou seja, a *transcendência dos motivos determinantes* da decisão.⁹⁴²

Por sua vez, a proposta mais problemática ainda está em aberto e, se aceita, representará um grande avanço do poder decisório da Corte: é a discussão em torno da extensão da eficácia vinculante também às decisões em sede de controle difuso, mesmo que sem repercussão geral reconhecida. A proposta foi feita por Gilmar Mendes com o argumento de que houve um “processo de obsolescência” do instituto da suspensão pelo Senado Federal da eficácia da lei declarada inconstitucional, previsto no art. 52, X, da Constituição. De

⁹⁴⁰ STF – Pleno, Rcl. 2.363/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01/04/2005.

⁹⁴¹ STF – Pleno, Rcl. 4.219/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Cf. Inf. STF nºs 441 e 458.

⁹⁴² STF – Pleno, AgRg. em Rcl. 4.219/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 01/08/2011, DJ 08/09/2011; STF – Pleno, AgRg. em Rcl. 9.778/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26/10/2011, DJ 11/11/2011; STF – Pleno, AgRg. em Rcl. 3.294/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03/11/2011, DJ 29/11/2011.

acordo com o ministro, ocorreu uma evolução do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro que resultou, em última análise, na equiparação dos “efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto”, e essa evolução recomendaria “uma releitura do papel do Senado Federal no processo de controle de constitucionalidade”.⁹⁴³

A suspensão pelo Senado Federal de lei declarada inconstitucional seria inspirada em uma “concepção de separação de poderes hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada”, assentada “em razão de índole exclusivamente histórica” e, por tudo isso, teria sofrido uma “notória superação”.⁹⁴⁴ O ministro defende assim a ocorrência de uma “autêntica mutação constitucional” do disposto no art. 52, X, da Constituição: a “fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade”, ou seja, “não é [mais] a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte confere essa *força normativa*”.⁹⁴⁵

Essa proposta é ativista em diversos sentidos. Primeiro, porque altera o significado possível do art. 52, X, da Constituição, mas sem que isso seja o resultado da vontade do constituinte derivado; segundo, porque afasta, por conta própria, a atuação constitucionalmente estabelecida de outra instituição da República – o Senado Federal – no controle de constitucionalidade das leis, excluindo-o da possibilidade de diálogo com a Corte sobre a decisão de inconstitucionalidade; terceiro, porque amplia, por conta própria, seu poder político-normativo sobre a Jurisdição ordinária e sobre a sociedade, sem respaldo do Texto Constitucional. Essa questão encontra-se em aberto, sendo ainda discutida na Rcl. 4.335/AC.⁹⁴⁶ O resultado ainda é imprevisível⁹⁴⁷ e, sem dúvida, sua procedência enfrenta a objeção de índole prudencial funcional do aumento de propositura de reclamações que seria proporcionado. De qualquer forma, com o largo uso do instituto da repercussão geral, a solução vem gradativamente perdendo importância prática.

⁹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa** Ano 41, nº 162, Brasília: Senado Federal, 2004, p. 157.

⁹⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil: Balanço e perspectivas. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). **1988 – 1998: Uma década de Constituição**. Op. cit., p. 206.

⁹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa** Ano 41, nº 162, Brasília: Senado Federal, 2004, p. 165.

⁹⁴⁶ STF – Pleno, Rcl. 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes.

⁹⁴⁷ A decisão em STF – Pleno, Rcl. 6.078/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 08/04/2010, DJ 30/04/2010, pode ser considerada um indício de que o resultado será de improcedência.

5.3.2 Reclamação

Criada jurisprudencialmente, a reclamação recebeu uma aplicação inicial restrita pelo Supremo Tribunal Federal.⁹⁴⁸ Progressivamente, porém, o instituto passou a ganhar mais atenção e hoje possui inclusive *status* constitucional. De acordo com o art. 102, I, *l*, da Constituição de 1988, a reclamação tem por finalidade a preservação da competência do Supremo e a garantia da autoridade de suas decisões. Diante dessas funções, a ampliação de seu uso significará sempre aumento do poder político-normativo do Supremo, haja vista a simbiose necessária entre “reclamação” e “tamanho da Corte”: maior o campo de utilidade da reclamação, mais expandida a competência e mais forte a autoridade decisória do Tribunal; maior sua competência e mais forte o caráter obrigatório de suas decisões, mais significativa a participação do Supremo no arranjo político-institucional brasileiro.

A amplitude da reclamação representa assim, devido à função processo-institucional que cumpre, um sintoma da expansão do poder político e jurisdicional da Corte. Diante dessa simbiose ontológica, não é de se estranhar então que a evolução do ativismo judicial do Supremo tem tido a companhia da evolução funcional da reclamação. Com efeito, a decisão sobre a abrangência do uso da reclamação passa necessariamente pela concepção do *tamanho* que o Supremo pretende ter no arranjo institucional brasileiro. Claro, devidamente balanceada com as preocupações de manter sua funcionalidade.

No entanto, elementos estatísticos falam por si só. De acordo com informações do próprio Supremo Tribunal Federal⁹⁴⁹ – no ano de 1995, 49 reclamações foram distribuídas e 44 foram julgadas; em 2000, 522 distribuídas e 416 julgadas; em 2005, 933 distribuídas e 1.091 julgadas; em 2010, 1.259 distribuídas e 2.094 julgadas; em 2011, 1.801 distribuídas e 2.360 julgadas. O aumento de incidência de uso da reclamação tem relação direta com o avanço do ativismo judicial, isto é, com o avanço do poder político-normativo do Supremo.

O ministro Gilmar Mendes – mais uma vez – tem apresentado um ambicioso projeto de amplificação do campo de atuação da reclamação. Coerente com sua doutrina de ampla extensão da eficácia vinculante das decisões do Supremo, Gilmar Mendes há tempos já propunha “utilizar-se com mais frequência da *reclamação*”⁹⁵⁰ o que reforçaria a autoridade da

⁹⁴⁸ Cf. STF – Pleno, Rcl. 208/SP, Rel. Min. Oscar Corrêa, DJ 06/12/1991.

⁹⁴⁹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>. <Acesso em 26/04/2012>.

⁹⁵⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Da Eficácia das Decisões do Supremo Tribunal Federal. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, ano 1, nº 2, 1993, p. 11.

Corte como guardião da Constituição. É de se destacar sua recente proposta de se efetuar controle de constitucionalidade incidental em sede de reclamação.

Gilmar Mendes defende uma evolução da utilidade do instituto e a possibilidade da Corte, no âmbito de reclamação proposta em face de lei análoga a diploma legal já reconhecido como inconstitucional, vir a declarar incidentalmente a inconstitucionalidade dessa lei. Essa proposta seria justificada porque a reclamação, no âmbito da jurisdição constitucional pós-88, “não mais se destina apenas a assegurar a competência e a autoridade de decisões específicas e bem delimitadas do Supremo Tribunal Federal, mas também constitui-se como ação voltada à proteção da ordem constitucional como um todo”.⁹⁵¹

Teria ocorrido, portanto, uma evolução das finalidades da reclamação previstas no art. 102, I, *l*, da Constituição, sendo incluída interpretativamente mais uma, a de proteção da própria ordem constitucional, transformando a reclamação em processo objetivo equiparado às ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Com essa extensão sistêmico-teleológica do art. 102, I, *l*, a reclamação abrir-se-ia para viabilizar o julgamento da matéria constitucional como mérito, diretamente questionada, mas sem que fosse necessária a observância do rol de legitimados do art. 103 da Carta. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em uma oportunidade isolada, praticou tal espécie de controle.⁹⁵² Depois dessa oportunidade, apenas por meio de decisões monocráticas do ministro Gilmar Mendes.⁹⁵³ Em outras oportunidades, a Corte rechaçou expressamente a ideia.⁹⁵⁴

Em julgado de 10/03/2010, a proposta foi seriamente discutida na Rcl 3.014/SP,⁹⁵⁵ e a Corte se dividiu com cinco ministros declarando-se amplamente favoráveis (Gilmar Mendes, autor da proposta, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Celso de Mello). Carmem Lúcia, em atitude minimalista, preferiu apreciar a proposta em momento posterior, haja vista entender que as circunstâncias do caso concreto não permitiram sua aplicação, mas demonstrou simpatia à proposta. Enfim, os debates desenvolvidos nesse julgamento apontam que a questão ainda está em aberto e, caso haja um desfecho favorável à proposta, a reclamação gozará de um prestígio impensável para os padrões de desimportância que

⁹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1.302.

⁹⁵² STF – Pleno, Rcl. 595/SE, Rel. Min. Sidney Sanches, j. 28/08/2002, DJ 23/05/2003.

⁹⁵³ Cf. principalmente STF, MC em Rcl. 4.987/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 13/03/2007.

⁹⁵⁴ STF – Pleno, QO em MC em Rcl. 5.310/MT, Rel. Min.^a Ellen Gracie, DJ 05/09/2003; STF – Pleno, Rcl. 5.310/MT, Rel. Min.^a Carmem Lúcia, DJ 16/05/2008

⁹⁵⁵ STF – Pleno, Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 10/03/2010, DJ 21/05/2010,

inicialmente experimentou no Supremo pós-88 e, conseqüentemente, será produzida uma expansão ainda mais forte do poder político-normativo e das fronteiras de atuação da Corte.

5.3.3 Mandado de injunção

No tocante ao mandado de injunção, como já anotado neste capítulo (item 1.3.1, *supra*), depois de um longo período de quase inutilidade, ele passou a ser um instrumento relevante na solução das omissões legislativas inconstitucionais depois dos julgamentos de 2007 (MI(s) 670, 708 e 712). A condução desses julgados fez com que o Supremo transformasse o mandado de injunção naquilo que poderia ter sido a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO), não fossem os limites semânticos impostos pela expressão literal inequívoca do art. 103, §2º, da Constituição. O mandado de injunção, de inútil, tornou-se ferramenta do Supremo para o suprimento das lacunas legislativas inconstitucionais por meio de normas com eficácia geral e abstrata, alcançando todos e vinculando tudo.

A ADO, como instrumento de controle abstrato e concentrado, tem efeitos gerais e vinculantes, porém não se presta, por ordem de expressa disposição constitucional, à formulação direta pelo Supremo da norma faltante, devendo a Corte limitar-se a dar “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias” para suprir a lacuna inconstitucional. O mandado de injunção, por sua vez, é instrumento do controle concreto e, em princípio, só poderia vincular as partes. Na medida em que a Corte decidiu os referidos mandados de injunção com eficácia *erga omnes*, determinando que a solução preconizada fosse aproveitada não apenas aos autores das ações, mas sim a todos os que se encontrassem em situação análoga, ela acabou criando para si própria a “ADO” que a Constituição havia lhe negado. O avanço na utilidade do mandado de injunção foi muito comemorado, porém, como tudo na vida, o problema aqui foi com a calibragem.

5.3.4 Súmula vinculante

A introdução da súmula vinculante na Constituição pela EC 45/04 (art. 103-A), por si só, foi uma atribuição de significativo poder político-normativo ao Supremo (Capítulo IV, item 3.1, *supra*). Contudo, a forma como a Corte tem utilizado esse instrumento tem sido um

fator de ampliação ainda maior de seu poder, haja vista ela estar passando por cima das condições impostas pelo constituinte derivado para a edição das súmulas e, dessa forma, tem criado normas gerais e abstratas em hipóteses além do que foi autorizado pela Constituição.

De acordo com o constituinte derivado, o Supremo pode aprovar súmulas, cujo conteúdo normativo vinculará as decisões dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas três esferas de governo, desde que a matéria constitucional sumulada seja precedida de reiteradas decisões e, claro, que o sentido normativo das súmulas seja igual ao dessas decisões. Parece óbvio que, tendo em vista as particularidades decisórias do Supremo, o constituinte impôs que apenas as matérias dotadas de um substancial amadurecimento cognitivo autorizam a edição de normas gerais e abstratas dessa natureza, vedando-se, portanto, “a possibilidade da edição de uma súmula vinculante com fundamento em decisão judicial isolada”⁹⁵⁶ e que o conteúdo da súmula disponha de modo diverso do que fora exaustivamente deliberado e reiteradamente decidido.

Ocorre que, esses requisitos não têm sido sempre observados. Algumas súmulas vinculantes foram editadas sem reiteradas decisões anteriores e com conteúdo normativo que extrapola o que decidido anteriormente. Ou seja, algumas súmulas têm servido para construções normativas totalmente inovadoras o que representa o exercício de poder político pelo Supremo além da autorização constitucional. Patrícia Perrone, atenta a essa dimensão do ativismo judicial, cita as Súmulas Vinculantes nº 3⁹⁵⁷ e nº 11,⁹⁵⁸ como exemplos de súmulas construídas sem a observância de reiteradas decisões anteriores e com sentidos que não podem ser inteiramente reconduzidos às decisões precedentes. Segundo seu pensamento, que retrata bem o conteúdo desse ativismo processual, essa conduta do Supremo “demonstra uma postura altamente ativista, *flexibilizando-se metodologicamente a exigência de reiteradas decisões em prol de viabilizar uma maior interferência no conteúdo do direito.*”⁹⁵⁹

⁹⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1.302.

⁹⁵⁷ “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”. (DOU 06/06/2007).

⁹⁵⁸ “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. (DOU 22/08/2008).

⁹⁵⁹ MELLO, Patrícia Perroni de Campos. Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito do Estado** V. 19/20, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 202. A professora Jane Reis, Retrospectiva 2008: Direito Constitucional, **Revista de Direito do Estado** V. 13, 2009, p. 16, cita também a Súmula Vinculante nº 13 – do nepotismo (item 1.1, *supra*) – como exemplo dessa prática ativista. Para ela, “ficou claro, a partir desse

5.3.5 Repercussão geral

Além da súmula vinculante, outro instrumento relevante introduzido pela EC 45/2004 foi o da “Repercussão Geral” (art. 102, §3º): requisito autônomo de cabimento de recurso extraordinário, que uma vez reconhecida e julgado o respectivo recurso, a decisão deverá ser seguida pelos juízes e Tribunais de todo o país. Portanto, o novo instituto viabiliza a racionalidade decisória do sistema como mais um meio, além das ações de controle concentrado e da súmula vinculante, de ampliação e concentração do poder decisório do Supremo. O instrumento deve ser comemorado porque corrige o defeito estrutural do controle difuso, que era a falta de força vinculante do juízo de constitucionalidade da Corte (Capítulo IV, item 2.1). Porém, como vem sendo empregado, ele também tem se revelado excludente de boa parte da competência e autonomia interpretativa e decisória dos outros Tribunais.

Sem embargo, a falta de rigor com que o Supremo tem avaliado a existência de repercussão geral da matéria – a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassam os interesses subjetivos – está fazendo com que ele julgue, sob essa sistemática, diversas questões que não são relevantes a ponto de se caracterizarem como típicas de cortes constitucionais, mas sim questões que deveriam ser de competência dos outros Tribunais. Apenas alguns exemplos servem para dar conta dessa situação: promoção de professor à classe superior a que pertence; fixação de anuidade por conselhos de fiscalização profissional; cobrança, por parte de associação, de taxas de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado; aplicação de multa de trânsito por sociedade de economia mista; desistência em mandado de segurança, sem aquiescência da parte contrária, após prolação de sentença de mérito, ainda que favorável ao impetrante, dentre muitas outras, revelam o quanto o Supremo, na prática do instituto, está invadindo a área de atuação das instâncias inferiores.

A *constitucionalização abrangente* da Constituição de 1988 e o quórum de 2/3 de ministros para a recusa da repercussão geral têm sido decisivos para esse quadro, no qual o Supremo reconhece três vezes mais do que recusa a repercussão geral. A Corte decide cada vez mais e sobre cada vez mais matérias, e muitas sem relevância constitucional, sobrando cada vez menos para os demais Tribunais. Como disse Ellen Gracie, “a partir da Emenda

julgamento, que o ativismo diagnosticado nos anos anteriores está em franca expansão, e que as súmulas vinculantes, idealizadas para servir ao propósito de desafogar tribunais e agilizar processos, tornaram-se potentes ferramentas a serviço do ativismo.”

Constitucional nº 45, é o Supremo Tribunal Federal quem diz o que é o direito no País”.⁹⁶⁰ Não só o direito constitucional, diz o que é o direito. Contudo, não são apenas fatores institucionais que estão fazendo a diferença. Eles são facilitadores, mas têm jogado muito forte também um componente endógeno: os ministros parecem realmente dispostos a julgar, de forma concentrada, mais e mais matérias. Em sede de repercussão geral, a estratégia de autorrestrrição prudencial funcional cedeu espaço à vontade de decidir muito e por todos.

A preocupação é com os *efeitos intrainstitucionais* da dimensão processual do ativismo. Quando expande sua competência, o Supremo, como órgão de cúpula, atua em detrimento da jurisdição das instâncias inferiores, que possui capacidades institucionais que devem ser prestigiadas. Criticando uma das muitas propostas de Gilmar Mendes de concentração de poderes decisórios do Supremo, Sepúlveda Pertence desabafou e demonstrou bem o conteúdo dessa preocupação: “estamos à beira de acabar com as outras instâncias”.⁹⁶¹

5.4 O ativismo judicial estrutural ou horizontal

Da mesma forma que não são encontrados hoje, no Supremo, ministros que possam ser categorizados como defensores incondicionais de uma autorrestrrição judicial em sentido metodológico, também não é possível essa categorização na defesa de uma autorrestrrição judicial estrutural, como definida por Richard Posner e descrita no Capítulo III (item 4.1, *supra*). Na autorrestrrição estrutural, o juiz decide com deferência aos demais poderes como uma exigência de valor institucional e político dentro de um governo de poderes separados, ou seja, como uma decorrência do princípio da separação de poderes. O juiz é deferente porque acredita que deve dar maior peso ou à capacidade legal do outro poder, ou à sua capacidade epistêmica. É a autorrestrrição que tem no *Justice* Felix Frankfurter um modelo clássico. No Supremo de hoje, contudo, argumentos institucionais de deferência à capacidade jurídica ou epistêmica dos outros poderes não fazem parte de sua gramática decisória, quando muito, constam de alguns votos vencidos, mas não como *profissão de fé* de seus autores, e sim como o argumento orientado ao resultado que desejam alcançar.

É raro uma maioria do Supremo de hoje deixar de decidir um caso, ou decidí-lo sem base em suas próprias razões, com o propósito de respeitar ou adotar as razões de outro poder.

⁹⁶⁰ STF – Pleno, Rcl. 10.793/SP, Rel. Min.^a Ellen Gracie, j. 13/04/2011, DJ 06/06/2011.

⁹⁶¹ STF – Pleno, Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 21/05/2010, p. 416.

É raro o Supremo concluir que existem espaços de decisão, ou questões relevantes, que sejam imunes à sua interferência, seja por tratar-se de *questões políticas*, seja porque ele assumiu não possuir a capacidade cognitiva específica. A verdade é que, de acordo com o avanço jurisprudencial do Supremo, todas as decisões relevantes dos outros poderes estão sujeitas ao seu controle de legitimidade constitucional, e as razões políticas ou empíricas dessas decisões relevantes estão todas inteiramente sujeitas a esse controle sem gozar de qualquer precedência normativa. Uma vez provocado o controle, *o jogo começa do zero*.

É esse quadro de atuação que defino como *dimensão estrutural do ativismo judicial*, em clara oposição à *definição posneriana* de autorrestrição judicial estrutural. Não se trata exatamente da perspectiva de como o Supremo interpreta e aplica a ordem constitucional e infraconstitucional (*dimensão metodológica*), ou de como utiliza seus instrumentos de decisão (*dimensão processual*), mas sim, de como ele se comporta diante das decisões prévias dos outros poderes, ou melhor, do quanto ele interfere nessas decisões e de como ele vem atuando livremente em áreas tradicionalmente reservadas aos demais atores políticos.

Como dito por Richard Posner,

Se o direito constitucional é farto de julgamentos políticos, um *Justice* tem uma escolha entre aceitar de todo o coração o caráter político da adjudicação constitucional e votar os casos como os legisladores aprovam as leis, ou, sentir-se embaraçado em ser um político de toga, estabelecendo para si mesmo um forte limite para declarar a inconstitucionalidade da ação dos outros poderes de governo. O primeiro, o “juiz agressivo” (“ativismo judicial”), expande a autoridade da Corte em relação àquela dos outros poderes de governo. (...) O segundo, o “juiz modesto” (“autorrestrição judicial”), requer à Corte que pense muito profundamente antes de resolver declarar a inconstitucionalidade das ações dos outros poderes de governo.⁹⁶²

Qual tem sido a escolha feita pela maioria do Supremo na maior parte das vezes? Alguma dúvida? Não se pretende afirmar que o Supremo atua exatamente como o Legislativo, livre para fazer valer suas vontades ocasionais. O Supremo, e seus ministros sempre enfatizam muito isso, busca sua independência e legitimidade em seu vínculo para com a Constituição. A Corte decide realmente de acordo com sua melhor interpretação da Constituição, porém, em fazê-lo, não tem se sentido constrangida nem pelas decisões anteriores dos outros poderes, nem pelo alto teor político ou moral das matérias que julga. Em sua interpretação da Constituição, ela tem concluído que toda e qualquer matéria tem fundamento ou implicações

⁹⁶² POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Op. cit., p. 286.

constitucionais e, por isso, está legitimada para interferir nas mais variadas escolhas políticas dos outros poderes.

É claro que, quando a lei é claramente constitucional, o Supremo a declara constitucional e, quando a lei é claramente inconstitucional, o Supremo a declara inconstitucional e isso não tem a ver com ativismo ou autorrestrição. Porém, a razão de decidir em um caso ou em outro é apenas a mais sincera interpretação que o Supremo tem da Constituição, e não argumentos de deferência à autoridade legal ou empírica do ato julgado. Ou seja, o Supremo não atua com deferência institucional ou receio de suas próprias limitações cognitivas em mente. Julgando assim, mesmo quando existem interpretações razoáveis que conduzem à afirmação de constitucionalidade de leis, mas não são as interpretações preferidas da maioria dos ministros, o Supremo decreta a inconstitucionalidade do ato controlado. O Supremo não tem qualquer embaraço em tomar decisões nessas circunstâncias e isso porque ele não se sente desconfortável em expandir seu poder a expensas dos outros poderes de governo. Isso é ativismo judicial estrutural.

Portanto, nessa dimensão de ativismo judicial, falta ao Tribunal a inclinação em dar aos outros poderes de governo o benefício da dúvida quanto ao juízo de validade constitucional de seus atos.⁹⁶³ Essa hipótese envolve de perto toda a problemática que gira em torno do tormentoso tema das relações entre *Direito* e *Política*. A dificuldade aqui é saber quando realmente estamos diante de uma dúvida razoável do juízo de validade constitucional ou da complexidade interpretativa inerente ao julgamento dos muitos *hard cases* que se colocam rotineiramente diante das modernas Cortes Constitucionais.

Com isso, pode-se até pensar em uma sobreposição entre essa dimensão e a metodológica. Contudo, acredito que há autonomia não só descritiva, mas também funcional entre elas. É comum o Supremo atuar sem qualquer deferência a outro poder e, para tanto, promover uma interpretação criativa da Constituição. Porém, essa mesma falta de deferência pode ocorrer em meio a abordagens literais ou conservadoras da Constituição, impedindo assim que o próprio legislador avance seus significados. Nos Estados Unidos, *Dred Scott* foi um exemplo da espécie (Capítulo I, item 3.2; Capítulo III, item 5.2.; *supra*). Aqui podemos citar algumas decisões em matéria tributária, em que o Supremo interpretou literalmente e conservadoramente algumas regras de competência tributária, dando-lhes os significados tradicionais do Direito Civil, Comercial e Trabalhista e, dessa forma, impedindo que o

⁹⁶³ SUNSTEIN, Cass R. **Radicals in Robes**. Op. cit., p. 44.

legislador ordinário estruturasse o sistema de contribuição mais condizente com as visões modernas dos princípios da isonomia, capacidade contributiva e solidariedade tributária.

Em caso citado no capítulo anterior, agarrado ao sentido vernacular da expressão “folha de salários” contida na regra de competência tributária do art. 195, I, da Constituição, o Supremo julgou inconstitucional o estabelecimento de contribuição previdenciária sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos, porque essa espécie de “remuneração” não poderia ser equiparada à figura do salário, grandeza econômica tributável segundo a Constituição.⁹⁶⁴ Embora o sistema tributário seja regido pelos princípios da isonomia e da capacidade contributiva e, especificamente, o sistema de custeio à seguridade social pelo princípio da solidariedade, a Corte negou deferência à capacidade do legislador ordinário de dimensionar esse sistema ao alcance desses princípios e permitiu que o “salário” de empregados fosse tributado enquanto a “remuneração” de advogados, contadores, ou o “pró-labore” de empresários estivessem fora do alcance da contribuição social. E tudo isso a partir de uma interpretação bastante literal e conservadora do significado de salário na Constituição.

Essa decisão é uma prova, dentre muitas outras, de que o Supremo pode faltar com deferência aos outros poderes sem que o seja por meio da dimensão metodológica de seu ativismo o que serve para confirmar o rigor descritivo e funcional da proposta classificatória desta dissertação. Na sequência, apresento algumas decisões que acredito representarem a dimensão estrutural e o faço dividindo entre as decisões contra o Poder Executivo e as contra o Legislativo, com destaque, no último caso, para o controle de emendas constitucionais.

5.4.1 Poder Executivo

Os avanços no controle de constitucionalidade sobre o orçamento público e os requisitos de urgência e relevância das medidas provisórias são ótimos exemplos de evolução dessa dimensão de ativismo. Como visto no capítulo anterior (item 3.2.3, *supra*), o Supremo vem superando suas decisões de incompetência para o controle concentrado e abstrato do orçamento público. Primeiramente, a Corte abandonou o critério de afastamento generalizado da possibilidade de controle da lei orçamentária e decidiu praticar uma avaliação “caso a caso” e efetivamente exercer o controle se a lei veiculasse uma norma geral e abstrata que

⁹⁶⁴ STF – Pleno, RE 166.772/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/05/1994, DJ 16/12/1994.

conflitasse frontalmente com a Constituição.⁹⁶⁵ Depois, na ADI-MC 4.048, a Corte ampliou definitivamente seu poder de controle, abandonando de uma vez a possibilidade de imunidade da lei orçamentária quando passou a entender que toda lei, mesmo que de efeitos concretos, está sujeita ao controle concentrado e abstrato, inclusive e especificamente, as normas orçamentárias.⁹⁶⁶ A expansão dos poderes da Corte se mostra aqui muito significativa em se endereçar àquela que era uma das *últimas províncias políticas imunes ao poder judicial*.

Da mesma forma, é destacado o avanço de ativismo estrutural na postura mais rígida que a Corte tem assumido em controlar efetivamente os critérios de urgência e relevância das medidas provisórias. No mesmo paradigmático julgamento da ADI-MC 4.048/DF, o Supremo avançou seu controle também sobre os requisitos constitucionais para edição de medidas provisórias. Nesse caso, a Corte considerou liminarmente inconstitucional sua edição para abertura de créditos extraordinários do orçamento da União Federal por entender não estarem presentes os requisitos de imprevisibilidade e urgência das despesas a serem cobertas pelos créditos “abertos”, tal como exigido pelo art. 167, §3º, da Constituição. O voto vencido do ministro Cezar Peluso dá a exata noção de qual é o conteúdo dessa dimensão de ativismo e os fundamentos que sustentam sua objeção:

Recorrendo a critérios pessoais, posso dizer que, em muitos ou na maioria dos casos de medida provisória, se me fosse dado, como agente constitucional, examinar se havia relevância e urgência, diria que não havia. Desse modo, posso até dizer, aqui, que não as há. Só que não me sinto autorizado, pela Constituição, a fazer esse juízo. Não foi atribuído ao Supremo Tribunal Federal dizer se há, ou não, relevância e urgência (...)”

A maioria apertada da Corte discordou de Peluso e concluiu que a Constituição deu autoridade ao Supremo para avaliar e estimar a presença de relevância e urgência das medidas provisórias, inclusive as voltadas para a abertura de créditos extraordinários. Para essa maioria e, particularmente, para o relator da ação, ministro Gilmar Mendes, não pode o intérprete debilitar o sistema de controle de constitucionalidade que a Constituição estabeleceu, isentando desse controle um número elevado de atos normativos. Medidas provisórias orçamentárias estão sim sujeitas ao pleno controle de constitucionalidade e isso porque é “papel desta Corte assegurar a força normativa da Constituição e estabelecer limites aos eventuais excessos legislativos dos demais Poderes.” Considerando esse

⁹⁶⁵ STF – Pleno, ADI 2.925/DF, Rel. p/ ac. Min. Marco Aurélio, j. 19/12/2004, DJ 04/03/2005 (trata-se do conhecido “caso CIDE-combustíveis”).

⁹⁶⁶ STF – Pleno, ADI-MC 4.048/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/05/2008, DJ 22/08/2008.

dimensionamento do papel da Corte na defesa da força normativa da Constituição, parece não mais haver fronteiras para a autoridade decisória do Supremo Tribunal Federal.

Exemplo contundente dessa dimensão de ativismo, na qual Cezar Peluso abandonou sua postura anterior de *self-restraint* estrutural, foi o rumoroso “caso Battisti”. Nesse caso “campeão de audiência”, o Supremo, para julgar o pedido de extradição do governo italiano em face de ativista político condenado por crimes de homicídio na Itália e oficialmente refugiado no Brasil, revisou as razões de mérito do Ministro da Justiça, Tarso Genro, em seu ato de concessão de refúgio político a Battisti e o declarou nulo para deferir o pedido da extradição.⁹⁶⁷ A maioria da Corte, liderada por Peluso, relator da ação, admitiu examinar preliminarmente a validade jurídica do ato de refúgio por considerá-lo um *ato administrativo vinculado* e decidiu por sua nulidade absoluta e sua consequente ineficácia jurídica, considerando inadequados os motivos expostos pelo Ministro da Justiça para sua concessão. Como o reconhecimento da condição de refúgio obsta o exame de pedido de extradição (art. 33, da Lei 9.474/97), em julgá-lo nulo, o Supremo abriu espaço para o julgamento de mérito.

O ativismo judicial estrutural do Supremo está em sua decisão de negar o caráter marcadamente político do ato de concessão de refúgio e, portanto, a autonomia do Executivo em concedê-lo e, assim, atacá-lo em sua higidez, autoproclamando-se o senhor absoluto das razões de sua concessão. Em decidir que tem competência para examinar se as condições da concessão de refúgio foram atendidas, o Supremo excluiu a competência política do Executivo de, na condução soberana das relações internacionais, excluir livremente de antemão a possibilidade de extradição. A maioria do Supremo simplesmente não admitiu que o ato administrativo do Ministro da Justiça pudesse excluir a competência da Corte para o julgamento da extradição. Ela requalificou fatos, revisou razões, mediu a conveniência e a oportunidade do ato, enfim, ignorou o poder discricionário do Executivo para afirmar o da Corte e não deixar que mais essa questão relevante escapasse à sua jurisdição. Mais uma vez, um voto vencido, da ministra Carmen Lúcia, serve para revelar a extensão de ativismo:

Não vislumbro qualquer nódoa a macular o ato decisório no recurso emitido pelo Ministro da Justiça. Não acho que seja competência jurisdicional rever, independentemente do que, na condição de cidadã, eu pudesse pensar ou deixar de pensar sobre aquilo; no entanto, na condição de juíza, não vejo no proceder do Ministro da Justiça diferença sobre o que antes decidiu reiteradamente este Supremo Tribunal na matéria, (...) [que] o reconhecimento da condição de refugiado, nos termos do artigo 33 da Lei nº 9.474/97, (...) impede o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos mesmos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio (...).

⁹⁶⁷ STF – Pleno, Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16/12/2009, DJ 16/04/2010.

A maioria da Corte, quando decidiu reavaliar as razões do ato de concessão de refúgio para afirmar sua competência para avaliar seu mérito e desconstituí-lo por considerá-lo absolutamente nulo, acabou escrevendo mais uma página de sua história de avanço político e institucional sobre os outros poderes. No final, como se sabe, embora deferida a extradição pelo Supremo, o ex-Presidente Lula, julgando que Battisti sofreria perseguição política na Itália, negou a entrega do extraditando. Esse ato também foi questionado no Supremo por meio da Reclamação nº 11.243, proposta, claro, pela República Italiana.⁹⁶⁸ Para o governo requerente da extradição, Lula havia violado a autoridade do julgamento do Supremo em que “concedera” a extradição, daí a escolha pela reclamação.

Dessa feita, porém, a maioria da Corte teve uma postura autocontida e se absteve de escrutinar o ato. Na linha do voto condutor de Luiz Fux, a maioria da Corte assentou que a extradição seria ato de soberania do Chefe de Estado e a identificação de “crime político”, a justificar a não extradição anteriormente deferida pelo Supremo, seria ele mesmo um “ato político” insindicável pelo Supremo. O Presidente da República seria o mais dotado de *capacidade institucional* para deliberar sobre política na esfera internacional, ao passo que o Supremo careceria dessa capacidade. Para a maioria da Corte, portanto, o mérito da decisão de negar a extradição tomada pelo Presidente – ato de soberania no plano internacional – não está vinculado à decisão judicial anterior “concessiva” da extradição, daí não se poder cogitar de qualquer violação à autoridade decisória do Supremo a viabilizar o trâmite da reclamação. Por esses motivos, a reclamação sequer foi conhecida.

O ministro Cezar Peluso – assim como fizeram Gilmar Mendes e Ellen Gracie – votou vencido para dizer, mais uma vez, que o ato do Executivo poderia ser revisado pelo Supremo nessa reclamação, mesmo sendo um ato do Presidente da República negando a extradição. Interessante é que se trata do mesmo Peluso que havia votado vencido na ADI 4.048/DF, dizendo não se sentir “autorizado pela Constituição” para fazer juízo de validade sobre a urgência e a relevância de medidas provisórias. Isso significa que não há no Supremo, em definitivo, juiz que adote a autorrestrrição estrutural como autêntica filosofia de adjudicação constitucional em um sistema de governo de poderes separados. Nessa seara, os ministros do Supremo Tribunal Federal são *eles e as circunstâncias dos casos*.

5.4.2 Poder Legislativo

⁹⁶⁸ STF – Pleno, Rcl. 11.243/Rep. Italiana, Red. p/ ac. Min. Luiz Fux, j. 08/06/2011, DJ 05/10/2011.

Uma manifestação de falta de deferência do Supremo em face do Legislativo, em perspectiva um pouco *thayeriana*, é quando ele decide anular leis em situações que a ilegitimidade constitucional não se apresenta clara, ao contrário, insere-se em um contexto de dúvida razoável. Luís Roberto Barroso fala em “declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”,⁹⁶⁹ e cita os casos da “verticalização”⁹⁷⁰ e da “cláusula de barreira”⁹⁷¹ como exemplos da conduta judicial que descreve. Com efeito, como argumentei acima (item 1.1, *supra*), o Supremo faltou com deferência ao legislador ordinário quanto à fixação de “cláusulas de barreira” parlamentares, restringindo a margem de conformação legislativa para concretizar princípios constitucionais muito abstratos. Entretanto, o caso da “verticalização” revela uma face muito mais aguda desse ativismo por falta de deferência ao legislador: o controle rígido de constitucionalidade das emendas constitucionais.

Afirmar no Capítulo IV (item 3.2.3, *supra*) e reafirmo agora que o controle de constitucionalidade forte de emenda constitucional é uma grande marca ativista do Supremo e se desenvolve desde o início de vigência da Constituição de 1988. Sem dúvida, o julgamento de inconstitucionalidade material dessa espécie legislativa é algo qualitativo por excelência para efeito de identificação do ativismo judicial, na medida em que é dever da Corte prestar uma deferência diferenciada ao constituinte derivado (Capítulo III, 4.2.5, *supra*). Como se sabe, poucas são as Cortes que exercem esse poder, como as Cortes Constitucionais da Colômbia, Costa Rica, Índia, Turquia (Capítulo II, itens 4 e 5; Capítulo III, item 3.2.3, *supra*), mas nenhuma delas o tem feito com a mesma disposição do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo sempre demonstrou intensa liberdade em declarar inconstitucionais ou dar interpretação conforme, com efeitos modificativos, às decisões do constituinte derivado. Como ensina Rodrigo Brandão, o Supremo não adotou a concepção minimalista do Tribunal Constitucional alemão na fixação dos limites materiais ao poder de reforma da constituição (ver Capítulo II, item 2, *supra*), mas relaciona esses limites à defesa particular de princípios materialmente fundamentais, “de maneira que, caso as emendas suprimam o núcleo essencial

⁹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado** V. 13, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 75.

⁹⁷⁰ STF – Pleno, ADI 3.685/DF, Rel. Min^a. Ellen Gracie, DJ 10/08/2006.

⁹⁷¹ STF – Pleno, ADI 1.351/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 30/03/2007.

das cláusulas pétreas isoladamente consideradas, elas devem ser declaradas inconstitucionais, ainda que não haja risco de erosão da Constituição como um todo.”⁹⁷²

O Supremo, portanto, peca pela falta de deferência à autoridade superior do constituinte derivado a partir de uma atitude metodológica de expansão das cláusulas pétreas do art. 60, §4º, da Constituição.⁹⁷³ Além do “caso da verticalização das coligações partidárias”, é também hipótese desse ativismo o julgamento do “caso do IPMF”,⁹⁷⁴ em que o Supremo superdimensionou a regra constitucional da anterioridade tributária do art. 150, III, *b*, entendendo-a como núcleo essencial da segurança jurídica, para retirar do constituinte derivado o poder de criar imposto novo que pudesse ser cobrado no mesmo ano de sua criação. Com todo acerto, para Rodrigo Brandão, a objeção fundamental que se pode fazer a essa espécie de postura é o da “pouco relevância dada [pelo Supremo] à circunstância de uma emenda constitucional ser aprovada por uma supermaioria no Congresso Nacional”, decorrendo, desse modo, de “um consenso político mais sólido do que o obtido quando da aprovação de um lei”⁹⁷⁵ o que, por si só, impõe à Corte menos ambição na hora de configurar os limites materiais que irá contrapor às decisões do legislador constituinte derivado. Para o Supremo, esse não é um *standard* válido em favor da autorrestrrição judicial.

5.5 O ativismo judicial de direitos

Os direitos fundamentais estão no centro da jurisprudência do Supremo e isso tanto sob uma perspectiva quantitativa como qualitativa. Fatores políticos e institucionais produzem essa circunstância: a superação do regime político autoritário, que sobrepujou o Supremo e não permitia a validade prática do discurso dos direitos humanos, e a própria vigência da Constituição de 1988, que tem esses direitos em seu núcleo normativo e axiológico. Ademais, o discurso dos direitos fundamentais se popularizou, passando a fazer parte da consciência e

⁹⁷² BRANDÃO, Rodrigo. A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de Emendas Constitucionais à luz da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Op. cit., p. 215.

⁹⁷³ Para os riscos de uma “interpretação radical e expansiva das normas de intangibilidade da Constituição, antes de assegurar a estabilidade institucional, (...) arrisca[r] legitimar rupturas revolucionárias ou dar pretexto fácil à tentação dos golpes de Estado”, cf. o voto de Sepúlveda Pertence em STF – Pleno, MS 23.047/DF, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 11/02/1998, DJ 14/11/2003.

⁹⁷⁴ STF – Pleno, ADI 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 15/12/1993, DJ 18/03/1994

⁹⁷⁵ BRANDÃO, Rodrigo. A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de Emendas Constitucionais à luz da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Op. cit., p. 248.

do tráfego social. A sociedade bate na porta do Judiciário e, destacadamente do Supremo, reivindicando seus direitos fundamentais e isso com uma frequência quase inacreditável.

O Supremo tem cumprido um papel destacado nesse cenário de afirmação dos direitos fundamentais. Decisões anteriormente citadas, como as que reconheceram o *status* jurídico das uniões homoafetivas e o direito ao aborto de feto anencéfalo, ou as que confirmaram a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias e das ações afirmativas raciais, compõem o núcleo nobre dessa jurisprudência de direitos. Porém, existem outras decisões muito relevantes, nas quais o Supremo, expandindo os sentidos normativos da dignidade da pessoa humana, da liberdade, igualdade, solidariedade, exigiu do Estado o respeito e a realização de direitos fundamentais, impondo-lhe deveres negativos e positivos de atuação. Ou seja, o Supremo tem sido bastante ativista em face do Estado e a favor da concretização dos direitos fundamentais.

Pode-se pensar, diante dessas circunstâncias, em uma sobreposição entre dimensões, carecendo a presente *dimensão de direitos* de autonomia descritiva e funcional diante das dimensões metodológica e estrutural. Afinal, aplicação judicial de direitos fundamentais a partir de uma compreensão literal e restrita das normas constitucionais é um exercício ordinário de poder judicial, ao passo que a resistência e a limitação aos excessos de poder pelo Estado fazem parte da própria razão de ser desses direitos. Essa acusação pode ser mesmo correta, daí a necessidade de se esclarecer que o estabelecimento de autonomia classificatória dessa dimensão não se deu, como nas dimensões anteriores, em razão de critérios rígidos de descrição de condutas judiciais, mas sim em decorrência da espetacular importância da defesa e da concretização dos direitos fundamentais dentro do quadro geral de avanço do papel sociopolítico do Supremo Tribunal Federal, principalmente neste século XXI. A *legitimação classificatória* dessa dimensão se dá então pelo *critério da relevância*.

Abandonando abordagens formalistas dos direitos fundamentais e empregando uma leitura ética desses direitos, além de jurídico-constitucional, o Supremo tem afirmado a precedência da autonomia, da dignidade do indivíduo e da garantia do mínimo existencial sobre os interesses secundários do Estado, avançando posições de liberdade e de igualdade social. Este tópico procura descrever esse avanço na tutela dos direitos pelo Supremo sob duas vertentes: a da dimensão negativa (ou de defesa) e a da dimensão positiva (ou prestacional). Na primeira, principalmente fundado na liberdade e na dignidade, a Corte interfere nas ações estatais *regulatórias*, *investigatórias* e *coercitivo-penais*; na segunda vertente, principalmente

fundada na igualdade social e na garantia do mínimo existencial, o Supremo interfere no *dever de legislar*, nas *políticas públicas* e nas *decisões alocativas de recursos* do Estado.

5.5.1 Dimensão negativa (ou de defesa)

As decisões do Supremo têm expandido os sentidos normativos das liberdades fundamentais e restringido a ação regulatória do Estado, impondo-lhe deveres de abstenção e limitando seu poder de polícia, com destaque para a proteção da liberdade de expressão e a afirmação de sua relevância especial para a democracia. O primeiro caso que merece atenção é o da “Lei de Imprensa”, em que o Supremo decidiu que a Lei nº 5.260/1967 não foi recepcionada pela Constituição de 1988.⁹⁷⁶ Ainda que não tenha sido a posição fiel da maioria que votou pela *inconstitucionalidade* da lei, a ementa e o voto do relator, ministro Ayres Britto, deixaram transparente que a ação de regulação do funcionamento da imprensa deve ser mínima, em homenagem à posição de maior relevância constitucional e democrática da liberdade de expressão e de informação, da qual a liberdade de imprensa é corolário.

A decisão consagrou um “regime de plena liberdade de atuação da imprensa” e isso porque veículo consagrador “de superiores bens de personalidade que são a mais direta emanção da dignidade da pessoa humana: a livre manifestação do pensamento e o direito à informação e à expressão artística, científica, intelectual e comunicacional”, que “estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício”. Para o Supremo, as restrições a esses direitos só podem ser aqueles estabelecidos na própria Constituição e isso porque se trata de “sobrediretos”, expressões de uma “natural forma de controle social sobre o poder do Estado.”

A ementa do julgado deixou ainda consignado que a plenitude da liberdade de imprensa (art. 220, §1º) melhor se compatibiliza com a autorregulamentação ou regulamentação social de seu exercício e isso porque, enfim, seriam “irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística”. Ao que parece da conclusão do julgado, a disciplina regulatória da liberdade de imprensa praticamente se exaure na Constituição, havendo espaço mínimo de conformação estatal. Essa posição foi reforçada no julgamento da ADI – MC 4.451/DF,⁹⁷⁷ em que o Supremo confirmou liminar para suspender a eficácia do inciso II e da segunda parte do

⁹⁷⁶ STF – Pleno, ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 30/04/2009, DJ 06/11/2009.

⁹⁷⁷ STF – Pleno, ADI-MC 4.451/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 02/09/2010, DJ 01/07/2011.

inciso III da Lei 9.504/97, que impunham restrições às emissoras de rádio e de televisão para veicularem programas humorísticos, *charges*, sátiras e similares a respeito dos candidatos, partidos políticos e coligações. O Supremo declarou inconstitucionais essas restrições e afirmou o pleno direito da imprensa “de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos do Estado”, mesmo em período eleitoral.

Expandindo ainda mais esse sentido da liberdade de imprensa, o Supremo declarou inconstitucional a exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista. Não se tratando de atividade profissional cujo exercício requeira qualificação especial (v.g. advocacia, medicina, engenharia), o Supremo definiu o jornalismo como “uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação” e por isso a exigência de diplomação prévia “constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística”.⁹⁷⁸ A decisão representa a consolidação do valor da liberdade de imprensa e o jornalismo como uma expressão profissional da liberdade de expressão, não havendo, como disse o relator Gilmar Mendes, “espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais” dos jornalistas, sob pena de caracterizar “*censura prévia* das liberdades de expressão e de informação”.

O Supremo afirmou mais uma vez a excepcionalidade da intervenção normativa do Estado em matéria de regulamentação das atividades profissionais ao lhe opor, no RE 414.425/SC,⁹⁷⁹ a “manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão” como obstáculo ao controle sobre a atividade profissional de músico. Como consta da ementa do julgado, “a regra é a liberdade”, a regulação estatal é então a exceção; ou como disse a ministra Ellen Gracie em seu voto, “o valor fundamental é a liberdade”, da qual decorre o “imperativo da mínima intervenção” do Estado. Por essa razão, a Corte declarou inconstitucional lei que exigia inscrição do músico em órgão ministerial e em conselho profissional como condição para o exercício de sua arte.

Ao que parece, o Supremo vem construindo um padrão de *escrutínio estrito*⁹⁸⁰ (Capítulo III, item 4.2.5, supra) e de mínima deferência às leis que disciplinam direitos que

⁹⁷⁸ STF – Pleno, RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/06/2009, DJ 13/11/2009.

⁹⁷⁹ STF – Pleno, RE 414.426/SC, Rel. Min.^a Ellen Gracie, j. 01/08/2011, DJ 10/10/2011.

⁹⁸⁰ Cf. BLOOM JR., Lackland H. **Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution.** Op. cit., pp. 281/285.

decorrem da liberdade de expressão, fixando uma *posição de preferência* dessa liberdade, bem ao estilo da famosa *footnote four* do *Justice Stone* em *Carolene Products* (Capítulo I, item 4.2, *supra*). O Supremo vem também opondo restrições à atividade investigatória estatal, fundando suas decisões em posições de liberdade fundamental. Também adotando a metodologia do escrutínio estrito, a maioria apertada da Corte afirmou que, da interpretação do art. 5º, inciso XII, da Constituição, deduz-se que “a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações”, de tal forma que “a quebra do sigilo” é a “exceção”, cabendo apenas ao Judiciário, “e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução penal”,⁹⁸¹ decidir pela oportunidade e conveniência de seu afastamento.

Com esse raciocínio, o Supremo julgou inconstitucional a LC 105/2001, que autoriza a obtenção de dados bancários dos contribuintes diretamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, dispensada a intervenção judicial.⁹⁸² Como manifestou Celso de Mello, a preservação do sigilo bancário é “meio expressivo de proteção do valor constitucional da intimidade”, de forma que “somente os órgãos do Poder Judiciário dispõem do poder de decretar” sua ruptura. Ainda que essa decisão não tenha sido fruto de um forte consenso como nos casos da liberdade de expressão, foi sem dúvida um passo ativista da Corte na oposição de direitos fundamentais ao poder investigatório do Estado.

O Supremo tem avançado posições de defesa principalmente para restringir a ação coercitivo-penal do Estado, reduzindo a margem de conformação do legislador penal e da ação persecutória das autoridades policiais por meio de uma jurisprudência garantista,⁹⁸³ pautada principalmente na dignidade da pessoa humana, e ampliativa do princípio da inocência (não culpabilidade) e da garantia constitucional da individualização da pena. Como anota Ingo Sarlet, a aplicação da dignidade da pessoa humana no campo penal traduz a “negação de uma redução do ser humano a objeto da ação estatal”.⁹⁸⁴ Aplicando diretamente esse princípio, o Supremo coibiu a “duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão

⁹⁸¹ A possibilidade de quebra judicial do sigilo bancário apenas nos casos de investigação criminal ou instrução processual penal, segundo os votos dos outros ministros que reconheceram a inconstitucionalidade da LC 105/2001, parece ser a posição isolada do relator, ministro Marco Aurélio. Porém, é o que consta expressamente da ementa do julgado do RE 389.808/PR, que é abordado na sequência.

⁹⁸² STF – Pleno, RE 389.808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/12/2010, DJ 10/05/2011.

⁹⁸³ Sobre o garantismo penal e seus axiomas, cf. FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale**. 8ª ed. Roma: Laterza, p. 69 et seq.

⁹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Op. cit., p. 66.

cautelar”,⁹⁸⁵ assegurou prisão domiciliar a condenado idoso por delito hediondo,⁹⁸⁶ impediu que réu em ação de investigação de paternidade fosse conduzido ao laboratório para exame de DNA “debaixo de vara”⁹⁸⁷ e, na controvertida edição da Súmula Vinculante nº 11, restringiu o uso de algemas aos “casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física” do preso ou de terceiros, ressalvada a excepcionalidade desde que justificada por escrito e suscetível de responsabilização do Estado.

As decisões da Corte têm utilizado a dignidade da pessoa humana também como vetor interpretativo para reforçar e expandir o conteúdo normativo de princípios constitucionais em matéria penal, como é o caso do princípio da inocência. Superando jurisprudência anterior e partindo da premissa de que a “execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana”,⁹⁸⁸ o Supremo, no importante julgamento do HC 84.078,⁹⁸⁹ decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória de pena restritiva de liberdade, sendo cabível o cumprimento da pena apenas a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória. Salvo as hipóteses de prisão cautelar, decisão diversa violaria o princípio da presunção de inocência. Como consta da ementa do julgado e do voto do relator, ex-ministro Eros Grau, “nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade”.

As decisões pautadas no princípio da inocência têm imposto limites também para o poder regulatório do legislador penal,⁹⁹⁰ assim como também o têm feito as decisões pautadas no princípio da individualização da pena. No conhecido e relevante caso da “progressão de regime de cumprimento de pena em crimes hediondos”, o Supremo, em decisão de maioria por um voto, assentou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei de Crimes Hediondos que exigia o cumprimento da pena aplicada para esses crimes integralmente em regime fechado, sendo então expressamente vedada a progressão do cumprimento da pena aos regimes semiaberto e aberto. Para a maioria, “o regime das execuções penais, para permanecer fiel

⁹⁸⁵ STF – Pleno, HC 85.237, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17/03/2005, DJ 29/04/2005; STF – 2ª T., HC 85.988, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/05/2010, DJ 28/05/2010.

⁹⁸⁶ STF – 1ª T., HC 83.358, Rel. Min. Carlos Britto, j. 04/05/2004, DJ 04/06/2004.

⁹⁸⁷ STF – Pleno, HC 71.373, Rel. p/ ac. Min. Marco Aurélio, j. 10/11/1994, DJ 22/11/1996.

⁹⁸⁸ STF – Pleno, HC 91.676, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/02/2009, DJ 01/07/2009 (trecho do voto do min. Gilmar Mendes, p. 236).

⁹⁸⁹ STF – Pleno, HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009, DJ 26/02/2009.

⁹⁹⁰ STF – Pleno, ADI 3.112/DF, Rel.ª Min. Ellen Gracie, j. 02/05/2007, DJ 26/10/2007 (foi declarado inconstitucional, dentre outros, dispositivo que vedava liberdade provisória nos delitos que elencou).

àquela inspiração constitucional da dignidade da pessoa humana, tem de sequenciar a conhecida garantia da **individualização da pena**”.⁹⁹¹

O Supremo também julgou inconstitucional, fundado no princípio da individualização da pena, dispositivo da Lei de Tóxicos (art. 44) que tornava aprioristicamente vedada a conversão de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos no crime de tráfico de drogas. Lembrou o relator, ministro Ayres Britto, “que mesmo a pessoa condenada pelo mais infamante dos delitos não decai jamais de sua dignidade intrínseca de ser humano”. Essa pessoa não pode ser tratada como animal ou coisa e por isso deve imperar, em matéria de aplicação das penas, a “personalização da resposta punitiva do Estado”, sendo possível a exclusão de antemão pelo legislador penal da discricionariedade do julgador, em uma avaliação caso a caso, para definir a pena a ser aplicada ao indivíduo condenado.⁹⁹²

Entre o “discurso de eficiência repressiva” e o “discurso de garantismo penal”, o Supremo – próximo da jurisprudência liberal da Corte Warren, nos anos 60, em matéria penal – tem identificado sua função jurisdicional claramente na direção do segundo, maximizando a proteção do indivíduo (de sua dignidade e liberdade), de um lado, limitando o poder coercitivo-penal e racionalizando a aplicação da lei penal, de outro lado.⁹⁹³ Emblemática dessa atuação foi o julgamento da “marcha da maconha”, em que o Supremo, em decisão unânime, garantiu que passeatas e manifestações públicas, em favor da descriminalização do consumo de drogas, não podem ser tipificadas como “apologia ao crime” ou como o delito de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga” (art. 33, §2º, da Lei de Tóxicos). Para a Corte, nas palavras do relator, Celso de Mello, “a denominada ‘*Marcha da Maconha*’, longe de pretender estimular o consumo de drogas ilícitas, busca, na realidade, **expor, de maneira organizada e pacífica**”, ideias e concepções sobre o tema da *legalização do consumo de drogas*, “**amparados pelo exercício concreto dos direitos fundamentais de reunião, de livre manifestação do pensamento e de petição**.”⁹⁹⁴

O Supremo consagra, portanto, posições de liberdade e dignidade para restringir o *poder de punir* do Estado, assim como tem feito também com os *poderes de regular e de*

⁹⁹¹ STF – Pleno, HC 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJ 01/09/2006 (trecho do voto do min. Ayres Britto, p. 707).

⁹⁹² STF – Pleno, HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, j. 01/09/2010, DJ 16/12/2010.

⁹⁹³ Sobre os discursos de eficiência repressiva e de garantismo penal, cf. CASARA, Rubens R. R. *Eficientismo Repressivo vs Garantismo Penal: onde fica a Constituição?* In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior C. de (Org.) **Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 541/551.

⁹⁹⁴ STF – Pleno, ADPF 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/11/2011.

investigar. Essas são as formas por meio das quais o Supremo tem desenvolvido a *faceta negativa* (de defesa) da *dimensão de direitos de seu ativismo judicial*. Ademais, como se vê no tópico seguinte, a Corte também tem desenvolvido uma importante *dimensão positiva* de seu ativismo judicial dirigido a expandir direitos fundamentais em face do Estado, máxime a imposição de prestações positivas em favor dos direitos sociais e econômicos.

5.5.2 Dimensão positiva (ou prestacional)

Essa dimensão revela-se na atitude judicial de exigir do Estado o cumprimento de deveres positivos, inclusive do *dever de legislar*, voltados à tutela dos direitos fundamentais. No âmbito dessa dimensão prestacional, o Supremo Tribunal Federal tem imposto ao Estado a realização de condutas positivas, corrigindo ou mesmo substituindo essas condutas em dois campos distintos embora correlacionados – a realização de deveres de proteção aos direitos fundamentais para avançar posições de igualdade e dignidade; a formulação de políticas públicas e a prestação de serviços públicos dirigidos a assegurar a validade concreta dos direitos sociais e econômicos.

No tocante ao primeiro aspecto, o Supremo tem interferido nas decisões políticas ou mesmo substituído essas decisões quando verifica um *quadro normativo de proteção insuficiente* capaz de colocar em risco a efetividade dos direitos e das liberdades fundamentais. Os direitos fundamentais em sua perspectiva objetiva – *a ordem objetiva de valores* do Tribunal Constitucional alemão (Capítulo II, item 2, *supra*) – dão origem a uma função de *imperativo de tutela* a ser cumprido pelo Estado por meio de leis e de políticas públicas,⁹⁹⁵ inclusive para “proteger um cidadão perante o outro”.⁹⁹⁶ Ou seja, o Estado tem um *dever de legislar* de modo *suficiente* para proteger e promover a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Contudo, caso os poderes políticos não cumpram essa ação positiva na medida adequada, o Supremo sente-se autorizado para intervir ou até para tomar o lugar do Legislativo nessa tarefa e, por conta própria, dimensionar a proteção objetiva desses direitos fundamentais de modo que julgar suficiente e eficaz.

⁹⁹⁵ Para os ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux, esse imperativo de tutela extrai-se na Constituição de 1988 diretamente do art. 5º, XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”). Cf. seus votos no caso “Lei Maria da Penha”.

⁹⁹⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Op. cit., p. 58. O autor defende, para o caso alemão, que esse direito de imperativo de tutela requer que “o direito infraconstitucional ofereça, *no seu conjunto*, uma proteção eficiente, mas deixa frequentemente diversas possibilidades de variação em aberto, quanto ao modo como esse direito deve ser *especificamente* conformado”. Ou seja, para Canaris, o legislador ordinário dispõe de “uma ampla margem de conformação” na dimensão da tutela. (p. 119)

Não obstante a liberdade política e a capacidade cognitiva do legislador para a conformação normativa dos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, o Supremo tem sido ativista no exame da eficácia e da adequação dessas medidas. O já citado julgamento sobre a Lei Maria da Penha é um exemplo relevante dessa postura.⁹⁹⁷ O Direito Penal é um dos mais importantes instrumentos para o Estado cumprir seu dever de tutela e isso foi feito pela Lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, por meio da qual o Estado procurou proteger a mulher contra o quadro histórico de agressões ocorridas contra ela no âmbito doméstico ou familiar, estabelecendo um sistema punitivo muito mais rigoroso para essas agressões. Porém, essa lei estabeleceu expressamente que as ações penais sobre todos esses casos de agressão doméstica e familiar deveriam ser *condicionadas à representação da mulher ofendida*, não podendo o Estado, sem a manifestação de vontade da mulher, seguir com ações punitivas.

A maioria do Supremo considerou que deixar a ação penal condicionada à vontade da mulher nos casos de crime de lesão corporal representava uma *proteção insuficiente* de sua dignidade e a desconsideração da desigualdade histórica de forças entre homens e mulheres. Como consta do voto do ministro Luiz Fux, “uma abordagem pós-positivista de nossa Carta Magna infere dos direitos fundamentais nela previstos deveres de proteção (*Schutzpflichten*) impostos ao Estado”, enquanto “o condicionamento da ação penal à representação da mulher se revela um obstáculo à efetivação do direito fundamental à proteção da sua inviolabilidade física e moral, atingindo, em última análise, a dignidade feminina”. Significa dizer: para Fux e para a maioria da Corte, a lei penal, nesse ponto, promoveu uma proteção insuficiente aos direitos de igualdade e dignidade da mulher.

Como apontado anteriormente neste mesmo capítulo (item 1.2, *supra*), o Supremo “corrigiu” a Lei Maria da Penha, dando-lhe “interpretação conforme a Constituição”⁹⁹⁸ para determinar que nos crimes de lesão corporal, de qualquer espécie, a ação penal deve ser tida como incondicionada à representação da mulher ofendida. O Supremo negou validade ao juízo de adequação da medida protetiva estabelecida pelo legislador ordinário, julgando-a um *exercício legislativo insuficiente* na proteção da dignidade da mulher, e adotou uma postura hermenêutica criativa para corrigir a lei na direção daquela que considerou a *proteção suficiente* e impôs ao Estado o dever positivo de tutelar a saúde física e moral da mulher agredida no âmbito doméstico e familiar independente da vontade dela. Isso é ativismo

⁹⁹⁷ STF – Pleno, ADI 4.424/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/2012. (Inf. STF nº 654).

⁹⁹⁸ Ver críticas sobre o enquadramento da decisão como “interpretação conforme a constituição”, e não declaração de nulidade parcial sem redução de texto, em nota de rodapé nº 905.

judicial na dimensão de intervenção sobre as decisões e omissões do Estado relativo aos seus deveres positivos de proteção suficiente de direitos da igualdade e da dignidade.

Essa dimensão prestacional do ativismo judicial do Supremo se manifesta também na formulação e na execução de políticas públicas em favor dos direitos sociais e econômicos, principalmente saúde e educação. Como revela o professor Daniel Sarmiento, o “Brasil é hoje certamente um dos países com o Judiciário mais ativista na proteção de tais direitos” (sociais e econômicos).⁹⁹⁹ É certo que a maior demanda dessa proteção concentra-se nas instâncias inferiores, notadamente na primeira instância, no entanto, o Supremo Tribunal Federal também tem desempenhado um papel dirigista no avanço desses direitos sociais.

O Supremo tem afirmado que a ordem constitucional de 1988, fundada nos valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana, adotou uma direção de “busca da igualdade de oportunidades e possibilidade de humanização das relações sociais”,¹⁰⁰⁰ que impõe ao Estado a adoção de políticas públicas para a redução das desigualdades e inclusão social de todas aquelas pessoas que experimentam desvantagens de ordem econômica, física, mental, cultural, etc. Para auxiliar nessa busca, o Supremo Tribunal Federal acredita que deve ter um “comportamento afirmativo”, principalmente diante da “necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição” quando “transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.”¹⁰⁰¹ Para o Supremo, portanto, ele está legitimado a atuar ativamente para fazer valer esse projeto constitucional de inclusão social e de garantia de uma vida digna sempre que a omissão institucional colocar em risco esses objetivos. Ele está legitimado para *superar os vazios de institucionalização desses direitos*.

O Supremo confirmou decisões de instâncias inferiores que obrigaram municípios “a disponibilizar vagas em ensino fundamental e educação infantil para as crianças carentes”,¹⁰⁰² em escolas e creches,¹⁰⁰³ bem como a prover professores diante de situações reais de carência de material humano.¹⁰⁰⁴ Para a Corte, segundo o art. 208, I e IV, da Constituição de 1988, a

⁹⁹⁹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; _____. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553.

¹⁰⁰⁰ Os trechos são extraídos da ementa e do voto da relatora em STF – Pleno, ADI 2.649/DF, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, j. 08/05/2008, DJ 17/10/2008.

¹⁰⁰¹ Os trechos são extraídos do voto do relator em STF – Pleno, Ag.Rg. no RE 639.337/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/08/2011, DJ 15/09/2011.

¹⁰⁰² STF – 2^a T., RE 595.595, Rel. Min. Eros Grau, j. 28/04/2009, DJ 29/05/2009.

¹⁰⁰³ STF – 1^a T., Ag.Rg. no AI 592.075/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19/05/2009, DJ 05/06/2009; STF – 2^a T., Ag.Rg. no RE 639.337/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/18/2011, DJ 15/09/2011.

¹⁰⁰⁴ STF – Presidência, STA 241/RJ, Rel. Gilmar Mendes, j. 16/10/2008.

educação infantil e básica são direitos fundamentais e por isso “não se expõem, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordinam a razões de puro pragmatismo governamental”, embora resida, “primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas”. Os ministros do Supremo destacam seu dever, “especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição”, de corrigir as omissões dos outros poderes que sejam capazes de “comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”.¹⁰⁰⁵

É na área do direito social à saúde que o avanço da dimensão prestacional do ativismo judicial se apresenta mais saliente e também suscita as mais contundentes críticas. A “judicialização excessiva” do direito à saúde¹⁰⁰⁶ – com decisões ordenando o fornecimento gratuito de medicamentos, alguns até importados, tratamentos médicos urgentes, muitos de alto custo e alguns até no exterior, inclusive sequestro de verbas públicas para o custeio dessas necessidades¹⁰⁰⁷ – é uma rotina dos Fóruns, Tribunais, das Secretarias de Saúde, das Procuradorias. E, sem dúvida, o Supremo, fundado principalmente na proteção ao mínimo existencial, teve uma participação importante nesse estágio de coisas.

A Corte legitimou essas demandas e as respostas judiciais ativistas ao afirmar que todo cidadão carente tem o direito subjetivo à obtenção gratuita de medicamentos de que realmente necessita e que o Estado tem o dever de fornecê-los,¹⁰⁰⁸ com destaque para as decisões que determinaram a distribuição gratuita de medicamentos para o tratamento do HIV¹⁰⁰⁹ que, no final, motivaram políticas públicas no tratamento da doença. A Corte também tem imposto o dever de disponibilidade de vaga de internação em UTI, mesmo em hospital não conveniado

¹⁰⁰⁵ STF – 2ª T., Ag.Rg. no RE 410.715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22/11/2005, DJ 03/02/2006.

¹⁰⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 875/903.

¹⁰⁰⁷ STF – 2ª T., Ag. Rg. no AI 597.182-AgR/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 06/11/2006.

¹⁰⁰⁸ STF – 1ª T., RE 195.192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000, DJ 31/03/2000; STF – 2ª T., Ag.Rg no RE 273.042/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 28/08/2001, DJ 21/09/2001; STF – 2ª T., Ag.Rg. no RE 393.175/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/12/2006, DJ 02/02/2007; STF – 2ª T., Ag. Rg. no RE 534.908/PE, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 11/12/2007, DJ 22/02/2008.

¹⁰⁰⁹ STF – 1ª T., RE 242.859/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 29/06/1999; STF – 2ª T., Ag. Rg. no AI 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16/11/1999, DJ 18/02/2000; STF – 2ª T., Ag. Rg. no RE 271.286, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/2000.

ao SUS;¹⁰¹⁰ tratamento médico de alto custo no exterior.¹⁰¹¹ Dessa forma, ela tem relativizado, “em favor da vida e da dignidade, limitações de ordem organizacional, orçamentária, etc.”.¹⁰¹²

Essas decisões, interferindo na estrutura administrativa e financeira dos diferentes níveis de governo, levantam problemas de ordem prática que requerem a fixação de parâmetros empíricos e normativos a fim de racionalizar a atuação judicial.¹⁰¹³ O Pleno do Supremo buscou essa parametrização no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175.¹⁰¹⁴ A conclusão do julgado, no entanto, reforçou a plena justiciabilidade do direito à saúde. Para a Corte, embora devam ser privilegiados os medicamentos e os tratamentos médicos fornecidos pelo SUS, essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário decidir que medicamentos e tratamentos diferentes devam ser fornecidos a determinada pessoa, conforme as circunstâncias do caso. Diante dessa abertura decisória e da complexidade fática que as demandas judiciais de saúde naturalmente apresentam, é de se esperar que os problemas práticos continuem e o ativismo judicial no campo do direito à saúde, inclusive o do Supremo Tribunal Federal, mantenha o rumo.¹⁰¹⁵

5.6 O ativismo judicial antidialógico

A interpretação constitucional não pode ser encarada como uma tarefa exclusiva do Supremo Tribunal Federal. A Corte pode ter a última palavra sobre um caso particular, mas não necessariamente acerca da questão constitucional mais ampla que governa o caso. A definição dessa questão mais ampla deve ser o resultado de uma “construção coordenada”

¹⁰¹⁰ STF – 2ª T., AI 527.135/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 08/04/2005, DJ 21/06/2005.

¹⁰¹¹ STF – 1ª T., RE 368.564/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 13/04/2011, DJ 10/08/2011.

¹⁰¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Op. cit., p. 67.

¹⁰¹³ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: _____.; SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Op. cit. pp. 515/551; BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado** V. 3, Rio de Janeiro: Renovar, pp. 17/54.

¹⁰¹⁴ STF – Pleno, Ag. Rg. na STA 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/03/2010, DJ 30/04/2010.

¹⁰¹⁵ Para uma crítica inteligente a esse ativismo em matéria de direitos sociais, considerando a jurisprudência liberal da Corte em relação às contribuições sociais, cf. TORRES, Ricardo Lobo. A Constituição Financeira nos seus 20 Anos. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Op. cit., pp. 847/848: “Não se pode simultaneamente adotar o positivismo na vertente da receita e o pós-positivismo na da despesa pública; nem é possível se aderir à interpretação legal e à restrição ao trabalho do juiz no que concerne aos tributos e à interpretação generosa e ao ativismo judicial nos gastos públicos; muito menos é sustentável a prática do liberalismo radical na tributação e do paternalismo e do intervencionismo estatal nas benesses e na entrega de bens públicos.”

entre os poderes, *i.e.*, de um processo dialógico.¹⁰¹⁶ O respeito ao espaço dos demais poderes torna a atuação do Tribunal mais legítima e agrega valor ao processo de construção dos significados da Constituição. Comportamento diverso representará uma forma de ativismo aprioristicamente ilegítimo: o *ativismo judicial antidialógico*.

Foi um exemplo contundente de ativismo judicial antidialógico o julgamento da ADI 2.797/DF,¹⁰¹⁷ em que a maioria do Supremo negou a possibilidade de uma lei ordinária realizar uma interpretação de dispositivo da Constituição contrária à sua interpretação constitucional anterior. No caso, estava em jogo a pretensão do legislador ordinário, por meio da Lei nº 10.628/2002, de desafiar a interpretação anterior do Supremo sobre o tema da “extensão do foro especial por prerrogativa de função para depois do exercício da função pública”.

Em um primeiro momento, o Supremo entendia que o foro especial por prerrogativa de função seria aplicável em relação aos atos praticados durante o exercício da função pública, inclusive se o acusado tiver deixado o cargo público antes do início do inquérito ou da ação penal. Essa posição constava da Súmula nº 384.¹⁰¹⁸ Em um segundo momento, julgando o Inquérito nº 687,¹⁰¹⁹ o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, concluiu que essa solução não estava de acordo com a interpretação mais restritiva que o princípio da isonomia impunha e, desse modo, cancelou a referida Súmula e passou a recusar o foro privilegiado para ex-exercentes de funções públicas.

Em um terceiro momento, o legislador federal tentou reverter a situação constituída pela nova decisão do Supremo e, com isso, restaurar o *status quo* da Súmula nº 384. A Lei 10.628/2002 introduziu o §1º ao art. 84 do Código de Processo Penal, estabelecendo expressamente que “a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece, ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”. Tratou-se de tentativa de “correção legislativa” em sentido estrito da interpretação constitucional do Supremo.

¹⁰¹⁶ FISHER, Louis; DEVINS, Neal. **Political Dynamics of Constitutional Law**. St. Paul: West Publishing, 1992, p. 10; SILVA, Vírgilio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo** V. 250, Rio de Janeiro: FGV, 2009, pp. 220/221.

¹⁰¹⁷ STF – Pleno. ADI 2.797/DF, Rel Min. Sepúlveda Pertence, j. 15/09/2005, DJ 19/12/2006.

¹⁰¹⁸ Súmula nº 384 (editada sob a égide da CF/46): “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

¹⁰¹⁹ STF – Pleno, Inq nº 687 – QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25/08/1999, DJ 09/11/2001.

A maioria da Corte não admitiu esse desafio, tendo julgada a lei inconstitucional por vício formal. O ex-ministro Pertence, relator da ação, qualificou tal postura do legislador como sendo a de um “desconcerto institucional” e defendeu a inconstitucionalidade *formal* da lei, o que significa a absoluta falta de *autoridade política* do legislador infraconstitucional *para legislar* (!!!). Afirmou Sepúlveda Pertence que, além de fundamentos puramente dogmáticos, “razões de alta política institucional” são impostas à Corte para “repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental”. Exercício legislativo dessa espécie, argumentou, deve ser encarado como pretensão de inverter a leitura da Constituição feita pelo órgão da jurisdição constitucional, uma usurpação do papel institucional da Corte de “guarda da Constituição”. As razões de seu voto, mais do que colocarem o Supremo na condição de titular da palavra final sobre o que diz a Carta, promoveram-no ao *posto de seu único intérprete*.¹⁰²⁰

A decisão, como justificada, ignora qualquer legitimidade de uma interpretação da Constituição como diálogo entre as instituições.¹⁰²¹ O papel institucional do Supremo Tribunal Federal, como descrito por Sepúlveda Pertence, não seria o de “guarda da Constituição”, mas o de *senhor da Constituição*. Seu comportamento não é o de proteger a Constituição, mas o de tomá-la apenas para si. Vale aqui dizer que a Corte foi só *Supremo* e nada *Tribunal*.¹⁰²² A maioria da Corte concordou com o voto do relator. Contudo, essa atitude de *arrogância institucional* foi denunciada pelos votos dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. Ambos os juízes discordaram da conclusão pela inconstitucionalidade formal da lei e da fundamentação desenvolvida por Sepúlveda Pertence para defender que o legislador ordinário não pode ter sua capacidade de interpretação da Constituição excluída pelas decisões de (in)constitucionalidade do Supremo.

Para Eros Grau, não faz qualquer sentido o argumento de Pertence sobre a inadmissibilidade da interpretação da Constituição por lei ordinária e isso porque “todo ato

¹⁰²⁰ KRAMER, Larry D. We the Court. **Harvard Law Review** V. 115 (1), 2001, p. 13: “Existe, não obstante, um mundo de diferença entre ter a *última* palavra e ter a *única* palavra: entre supremacia judicial e soberania judicial.” (...) daí não segue que a Corte deva exercer sua autoridade sobre toda e qualquer questão ou que, quando o faça, a Corte possa repudiar ou muito rapidamente suplantará os pontos de vista dos outros, ainda mais de instituições democráticas”.

¹⁰²¹ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review** V. 91 (4), 1993, pp. 577/658: “o processo de interpretar a constituição é interativo. É dialógico. Cortes cumprem um papel proeminente, mas seguramente não são a única voz no diálogo.”

¹⁰²² BARKOW, Rachel E. More Supreme than Court? **Columbia Law Review** V. 102 (1), 2002, p. 336. Fundamento semelhante pode ser encontrada na ADI 3.345/DF (Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/08/2005, DJ 20/08/2010). Nesta ação, em seu voto como relator, o ministro Celso de Mello falou em “singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”.

legislativo envolve a interpretação da Constituição por parte de quem legisla”. Ainda que uma matéria tenha sido já julgada pelo Supremo, o legislador tem o poder de dar uma “nova interpretação à Constituição”. Para o ex-ministro, “é certo que o Poder Legislativo não fica vinculado por um dever de não legislar em razão [de o Supremo] ter conferido esta ou aquela interpretação à Constituição”. Por essa razão, Eros Grau rechaçou a decisão por inconstitucionalidade formal.

Forte na premissa de que o efeito vinculante das decisões de inconstitucionalidade do Supremo não abrange o legislador, o ministro Gilmar Mendes defendeu que o exercício da liberdade de conformação legislativa não pode, em qualquer hipótese, ser considerado uma “ofensa”, um “desaforo”, um “ato injurioso” em face da Corte. Assim como Eros Grau, ele reafirmou o papel próprio do Legislativo em interpretar a Constituição, do qual decorre a possibilidade de, “eventualmente, superar o entendimento anterior ou provocar um novo pronunciamento da Corte via nova proposta”.

Gilmar Mendes ofereceu, com seu voto, lição precisa contra essa dimensão antidialógica e a favor de o Supremo estar aberto às novas interpretações da Constituição promovidas pelo legislador “à luz de inovações ou alterações sociais, históricas e culturais”:

Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a “última palavra” conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o “diálogo”, o debate institucional deve continuar.

Considerando esse voto de Gilmar Mendes, tem-se que a abordagem multidimensional é também útil para mostrar que não se pode rotular um juiz de absolutamente ativista – embora arquétipo das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial, Gilmar Mendes fixa uma oposição relevante contra o ativismo antidialógico. Entretanto, não se pode ignorar também que a maioria do Supremo, em outras oportunidades, já operou no sentido dialógico defendido pelos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. Como bem notado por Rodrigo Brandão, “a questão relativa à possibilidade de aprovação de leis que revertem decisões constitucionais do STF tem ensejado decisões aparentemente contraditórias em sua jurisprudência.”¹⁰²³ O professor carioca cita o julgamento da ADI 3.772¹⁰²⁴ como exemplo em

¹⁰²³ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Op. cit., p. 300.

¹⁰²⁴ STF – Pleno, ADI 3.772/DF, Rel. p/ ac. Min. Ricardo Lewandowski, j. 29/10/2008, DJ 29/10/2009.

que o Supremo, em sentido diametralmente oposto ao que decidido na ADI 2.797, não só admitiu a possibilidade de o legislador alterar sua interpretação constitucional anterior, mas julgou constitucional esse exercício concreto.¹⁰²⁵

Em diversos julgamentos,¹⁰²⁶ o Supremo havia fixado a interpretação de que a expressão “funções de magistério”, prevista no §5º do art. 40 da Constituição Federal de 1988, para efeito de cômputo de tempo de aposentadoria especial para a carreira de professor, deveria ser compreendida estritamente como *funções de docência exercidas em sala de aula*. A Corte chegou a sumular (Súmula 726) esse entendimento para dizer que “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora de sala de aula”.¹⁰²⁷ Com essa orientação jurisprudencial, o profissional “professor” não poderia contar, para a aposentadoria especial da carreira, seu tempo de atividade de caráter administrativo na área de educação, como a atividade de diretor de escola ou de coordenador escolar. Válido mesmo apenas seu tempo de ensino propriamente dito – em sala de aula.

Essa orientação foi posteriormente desafiada pela Lei federal nº 11.301/2006, segundo a qual, “funções de magistério”, para efeito de concessão de aposentadoria especial aos professores, deveria passar a ser compreendida como as “exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas” incluídas, “além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.” Ao expandir o sentido da expressão constitucional “funções de magistério” para alcançar *serviços educacionais prestados fora de sala de aula* – direção, coordenação e assessoramento pedagógico – o legislador ordinário, a toda evidência, procurou reverter a interpretação constitucional anteriormente sumulada pela Corte.

A constitucionalidade da lei foi impugnada por meio da ADI 3.772, citada por Rodrigo Brandão. A ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República que defendeu, entre outras coisas, que a lei violava os mencionados precedentes do Supremo, inclusive a Súmula 726, que restringiam o alcance da expressão “funções de magistério” apenas às atividades de docência propriamente ditas. O Supremo recusou os argumentos do Procurador-Geral e

¹⁰²⁵ Esse caso também não se confunde com o que chamei, anteriormente, de “adequação normativa” à interpretação constitucional do Supremo (Capítulo IV, item 4, *supra*). Diferente, na hipótese ora tratada, há uma reincidência legislativa procurando superar declaração de inconstitucionalidade anterior. Tanto em um caso como em outro, o diálogo institucional é mais adequado, do ponto de vista normativo, do que posturas de soberania judicial.

¹⁰²⁶ Entre outros, STF – Pleno. ADI 152/MG, Rel Min. Ilmar Galvão, j. 18/03/1992, DJ 24/04/1992; STF – Pleno. ADI 122/DF, Rel Min. Paulo Brossad, j. 18/03/1992, DJ 16/06/1992; STF – Pleno. ADI 2.253/ES, Rel Min. Maurício Corrêa, j. 25/03/2004, DJ 07/05/2004.

¹⁰²⁷ STF – Súmula 726, Sessão Plenária de 26/11/2003, DJ 11/12/2003.

aceitou a superação, por lei ordinária, de sua interpretação do art. 40, §5º da Constituição, mudando, ele mesmo, sua orientação quanto ao tema.¹⁰²⁸ O Supremo aceitou o diálogo, entrou no debate sobre os significados constitucionais com o legislador ordinário e permitiu que a Constituição fosse desenvolvida também fora de sua arena, exatamente como deve ocorrer em uma democracia que funciona.

Sem embargo, essa última postura mais dialógica e, portanto, menos autoritária do Supremo, autocompreendendo-se como uma das peças importantes na construção da ordem jurídica, e não como único intérprete da Constituição, titular da única palavra sobre os significados constitucionais, responde a exigências do próprio equilíbrio fundamental entre constitucionalismo e democracia. Como disse Louis Fisher, em relação ao sistema constitucional norte-americano, mas que serve para a prática constitucional em geral,

Judicial review se ajusta ao nosso sistema constitucional porque gostamos de fragmentar o poder. Sentimo-nos mais seguros com *checks and balances*, mesmo quando uma Corte não eleita diz a um legislador eleito ou a um Presidente eleito que eles têm se excedido. Essa mesma preferência por poder fragmentado nega à Suprema Corte a autoridade final e a última palavra para decidir questões constitucionais. Nós não aceitamos a concentração de poder legislativo no Congresso ou de poder executivo no Presidente. Pela mesma razão, não podemos permitir que o poder judicial e a interpretação constitucional residam exclusivamente nas cortes. Nós rejeitamos supremacia em todos os três poderes em razão do valor superior da liberdade, do discurso, da democracia e do governo limitado.¹⁰²⁹

O professor Laurence Tribe disse que é “bastante possível endossar o poder da *judicial review* e ao mesmo tempo repudiar a noção de supremacia judicial”.¹⁰³⁰ Nesse mesmo sentido, é possível defender um Supremo ativista, determinado a expandir os significados da Constituição em face do poder político para avançar posições de liberdade e igualdade e, ao mesmo tempo, repudiar suas posturas de *soberania judicial*.¹⁰³¹ Isso significa que a *dimensão antidialógica é a única manifestação aprioristicamente ilegítima de ativismo judicial*.

5.7 Conclusão

¹⁰²⁸ Em sede de interpretação conforme, o Supremo julgou parcialmente procedente a ação apenas para excluir a figura do “especialista em educação” da possibilidade do benefício de aposentadoria especial, para deixar apenas a do “professor”, como consta textualmente na Constituição. Em seu voto, de total improcedência da ação, a ex-ministra Ellen Gracie fez uma observação interessante sobre essa ressalva da maioria: “Vai ser difícil encontrar um especialista em educação que não seja professor”. Vale o registro.

¹⁰²⁹ FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**. Op. cit., p. 279.

¹⁰³⁰ TRIBE, Laurence. **The Invisible Constitution**. Op. cit., p. 47.

¹⁰³¹ Para uma proposta sofisticada e muito bem elaborada dessa ideia, cf. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Op. cit., p. 213 et seq.

Toda essa diversidade do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal pode ser adequadamente identificada por meio da proposta desta dissertação – categorizar as diferentes dimensões das decisões por meio das quais a Corte igualmente avança seu poder político-normativo sobre os demais poderes. O Supremo tem ampliado sua presença normativa na vida pública e privada brasileira e o tem feito por meio de diferentes dimensões decisórias ativistas: interpretações criativas e inovadoras da Constituição e dos textos legais; amplificação, por conta própria, de seu espaço de jurisdição e de seus poderes de decisão; falta de deferência à capacidade normativa e epistêmica dos outros poderes; imposição de direitos fundamentais e sociais, estabelecidos em normas vagas e imprecisas, sobre os poderes políticos, restringindo sua liberdade de ação ou impondo-lhes deveres positivos; em algumas oportunidades, a afirmação da titularidade absoluta da Constituição e de seus significados.

A abordagem multidimensional não cria essas faces do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Essa é sua realidade decisória. A proposta desta dissertação apenas procura melhor viabilizar o conhecimento e a compreensão dessa realidade – ela procura oferecer uma *facilidade cognitiva*. Este estudo buscou, a todo custo, ser “teoreticamente convincente” e “metodologicamente útil” para explicar e identificar a riqueza multifacetada do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.

6 CONCLUSÃO

Proposições objetivas

Para efeito de encerramento deste trabalho, se apresenta oportuna a elaboração, na ordem de disposição dos capítulos, de um resumo dos mais relevantes objetivos, premissas, ideias, conceitos e propostas desenvolvidas nesta dissertação.

Introdução

1. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal é uma realidade incontestável, do ponto de vista descritivo, da vida política contemporânea brasileira. Nos últimos anos do século XX e mais destacadamente neste século XXI, houve uma significativa ampliação *quantitativa* e *qualitativa* da participação decisória do Supremo em nosso cenário sociopolítico. A Corte tem decidido sobre os temas mais fundamentais do país e o tem feito de maneira bastante criativa e assertiva de seu poder político-normativo sobre os outros poderes de governo. Os propósitos desta dissertação são apresentar e explicar essa ascensão do ativismo judicial do Supremo e, principalmente, identificar e categorizar as diferentes dimensões desse ativismo.

2. Para cumprir esses objetivos, foram, primeiramente, investigados diferentes países, miaxime os Estados Unidos, onde se verifica igualmente a relevância institucional de suas cortes constitucionais ou cortes supremas (Capítulos I e II). A observação das práticas de ativismo judicial nesses diferentes cenários político-constitucionais produziu as lições que permitiram a elaboração de uma definição abrangente do ativismo judicial. Destaques para as seguintes premissas metodológicas: o avanço do ativismo judicial requer uma explicação multifacetada; sua identificação adequada só é possível por meio de uma abordagem multidimensional (Capítulo III). Operando essas premissas metodológicas, foram realizadas a explicação da ascensão ativista do Supremo no Capítulo IV e a categorização de suas decisões ativistas em diferentes dimensões no Capítulo V.

I

3. Os Estados Unidos são o berço do tema e do termo “ativismo judicial”. O debate sobre o papel que sua Suprema Corte pode exercer em seu sistema político é de uma importância única para o tema do ativismo judicial.

4. A origem terminológica do ativismo judicial coube ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr., que o utilizou publicamente, pela primeira vez, em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista *Fortune*, v. XXXV, nº 1, no mês de Janeiro de 1947. Em avaliar a Suprema Corte de 1947 – a *Vinson Court* – o autor dividiu seus juízes em “campeões do ativismo judicial” e “campeões da autorrestrrição judicial”: juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos; ao contrário, juízes “campeões da autorrestrrição judicial” entendem que a Suprema Corte, em razão de sua natureza judicial, não deve intervir no campo da política e, por isso, deve agir com a máxima deferência à vontade do legislador.

5. Segundo a formulação de Schlesinger, decidir sobre ativismo ou autorrestrrição judicial é decidir sobre o espaço decisório da Suprema Corte no sistema político dos Estados Unidos. Para ele, como regra geral, a escolha deve ser pela autorrestrrição judicial, porém, o ativismo judicial justificar-se-ia caso fossem ameaçadas as liberdades que garantem a própria participação política dos indivíduos. Schlesinger não negou o ativismo judicial em absoluto, apenas não o aceitou como uma rotina institucional da democracia norte-americana.

6. Não obstante o termo ter surgido em 1947, se pode falar de casos de ativismo judicial antes mesmo dessa data – a *pré-história do ativismo judicial*. São eles, principalmente, *Marbury v. Madison*; *Dred Scott v. Sandford*; *Lochner v. New York*.

7. Em *Marbury v. Madison* (1803), a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei federal pela primeira vez em sua história. Sua face de ativismo judicial está justamente na afirmação desse espetacular poder da *judicial review* sem que a Constituição de 1787 nada dissesse especificamente sobre ele. Contudo, a decisão também revela uma faceta acentuada de autorrestrrição judicial – a declaração de inconstitucionalidade serviu ao propósito da Corte em recusar a julgar o *mandamus* proposto por Marbury em face de James Madison, Secretário de Estado do Governo de Thomas Jefferson. Diante do contexto político em que se desenvolveu o caso, o *Chief Justice* Marshall temia reações adversas do Presidente Jefferson caso o *mandamus* fosse concedido, daí a decisão ter sido também uma estratégia de não enfrentamento ao Governo Federal para a preservação institucional da Suprema Corte.

8. Em *Dred Scott* (1857), a Suprema Corte decidiu que negros não tinham legitimidade para discutir sua liberdade nas cortes federais haja vista o significado constitucional “original” de “cidadão” não alcançar essa “classe subordinada e inferior de

seres humanos”. A Corte também julgou inconstitucional lei federal que tornava livres os negros que residissem em territórios federais. Para a maioria da Corte, os negros eram “propriedades” e “artigos de mercancia” da raça branca e, dessa forma, o legislador federal não poderia restringir esses direitos sem violar a cláusula do devido processo legal da V Emenda. Seu ativismo judicial está em interferir sobre o conflito mais tormentoso da época, negando deferência à solução dada pelo Congresso Nacional. Entretanto, *Dred Scott* também foi motivada por *fatores políticos*: a Corte juridicizou um tema hipercontroverso para preservar o Presidente Buchanan de decidir em um país dividido sobre a escravidão.

9. Em *Lochner* (1903), a Suprema Corte julgou inconstitucional lei de Nova Iorque que limitou a jornada de trabalho de padeiros com o propósito de proteger a saúde e o bem-estar dessa classe de trabalhadores e da população em geral. Para a Corte, a lei teria restringido, sem fundamento razoável, o direito de contrato entre o empregador e o empregado o que violou o princípio do devido processo legal substantivo da XIV Emenda. O ativismo judicial de *Lochner* manifestou-se tanto na imposição de um direito absoluto de contratar sem previsão clara no texto constitucional, como na falta de deferência à capacidade constitucional e epistêmica do legislador na formulação de políticas públicas. Ela também sinalizou a então incipiente disputa entre conservadores e progressistas em torno da Suprema Corte.

10. A história do ativismo judicial nos Estados Unidos tem sido marcada por um duelo entre conservadores e liberais. Os partidos políticos – o Partido Republicano, normalmente do lado conservador; o Democrata, do lado liberal – procuram utilizar a variável ideológica dos juízes para avançar na Suprema Corte suas agendas por meio dos mecanismos institucionais de nomeação (Presidente) e confirmação (Senado) de juízes (Robert Dahl). Trata-se da implicação do processo de interpretação constitucional com o sistema político.

11. A Corte que decidiu *Lochner* (Corte *Lochner*) tem suas raízes mais profundas na estratégia conjunta do Governo Federal e das grandes corporações econômicas, máxime as empresas ferroviárias, em formar uma Suprema Corte que superasse *Hepburn v. Griswold* (1870) – decisão contrária aos propósitos monetários pós-Guerra Civil do Governo Federal e das ferrovias. Houve sucessivas nomeações de advogados de companhias ferroviárias e de outros setores econômicos, todos defensores do *laissez faire*. No médio prazo, essa estratégia resultou uma Suprema Corte hostil a toda e a qualquer intervenção do Estado sobre as

atividades econômicas em geral o que foi conveniente para aquele período de extraordinário crescimento da economia estadunidense, conhecido como a “Era Dourada” (*Gilded Age*).

12. Com esse perfil interventivo, a Suprema Corte viria a desafiar o *New Deal*, pacote de medidas socioeconômicas, estabelecido pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt, com o propósito de recuperar a economia norte-americana e de proteger as classes sociais mais pobres e prejudicadas pela “Grande Depressão” dos anos 30. A maioria conservadora da Corte (*Old Court*) negou validade a três dessas importantes medidas e ameaçou a política de Roosevelt (1934). O Presidente então investiu contra a estrutura conservadora e ativista da Suprema Corte, o que ficou conhecido como *Court-Packing Plan*. Diante dessa ameaça, o juiz Owen Roberts mudou sua posição (“the switch in time that saved nine”) e formou uma maioria a favor do *New Deal* e deferente às políticas públicas de Roosevelt (1937). No final, o ativismo judicial da Era Lochner foi superado em definitivo pela mesma mão que o originou: a política.

13. Nos anos seguintes, houve várias aposentadorias e mortes dos membros da *Old Court* e Roosevelt, com suas nomeações, formou uma Suprema Corte – conhecida como *New Deal Court* – que atuou sob a doutrina de deferência à ação do governo sobre a economia, mas que lançou as bases teóricas e práticas para o ativismo judicial dirigido à promoção de direitos e liberdades básicas, fundado, principalmente, na *equal protection of the laws*. A *New Deal Court* deu início ao *ativismo judicial liberal* da Corte Warren dos anos 50 e 60.

14. A Corte Warren foi o grande momento jurisprudencial norte-americano dos direitos e liberdades civis do século XX. Ela enxergava a Constituição como um “documento vivo” (*living document*) e procurava, assim, avançar seus significados na direção das importantes mudanças sociais do pós-Segunda Guerra. O seu ativismo judicial desafiou, principalmente, os estados e caracterizou-se pela interpretação criativa dos princípios constitucionais, expandindo os seus sentidos e afirmando direitos implícitos ou apenas vagamente definidos para promover a igualdade, notadamente na questão racial; e a nacionalização das liberdades civis e a equidade do processo democrático, superando o *status* da Suprema Corte como reduto do conservadorismo antidemocrático e anti-igualitário.

15. A Corte do *Chief Justice* Earl Warren impôs a dessegregação racial nas escolas públicas (*Brown v. Board of Education*); determinou novas delimitações dos distritos eleitorais e redistribuição proporcional dos assentos legislativos federais, estaduais e locais (*Reapportionment Cases*); afirmou o direito constitucional de privacidade (*Griswold v.*

Connecticut); garantiu o direito de todo cidadão criticar o governo (*New York Times v. Sullivan*); ampliou direitos dos acusados de crimes (*Mapp v. Ohio*; *Miranda v. Arizona*).

16. Essa jurisprudência ativista e liberal da Corte Warren fez com que ela fosse acusada de usurpar o poder das instituições políticas e de decidir apenas orientada aos resultados favorecidos pelos intelectuais de esquerda e pela coalizão liberal que, na época, dominavam a política do país. O Partido Republicano e os Presidentes Richard Nixon e Ronald Reagan realizaram uma cruzada para superar o legado liberal da Corte Warren e pôr fim na prática de ativismo judicial. Por meio de sucessivas nomeações, procuraram tornar a Corte mais conservadora e voltada à “strict construction” da Constituição e à “filosofia de restrição judicial”. Formaram, respectivamente, as Cortes Burger e Rehnquist.

17. A Corte Burger minimizou alguns precedentes liberais da Corte Warren em matéria de procedimentos criminais, mas foi bem menos conservadora do que esperavam Nixon e os Republicanos. Ademais, foi bastante ativista e liberal em decidir *Roe v. Wade*, quando se opôs aos estados e reconheceu o direito constitucional ao aborto com fundamento no *direito de privacidade* elaborado pela Corte Warren em *Griswold*.

18. A Corte Rehnquist foi mais conservadora que sua antecessora. Entretanto, pautada em sua proposta de leitura original da Constituição (originalismo), julgou dezenas de leis federais inconstitucionais com uma frequência única na história. Com esse ativismo judicial conservador, a Corte superou a concepção de federalismo consolidada desde o triunfo do *New Deal* e impôs limites aos poderes do Congresso em face dos estados. A Corte ainda julgou *Bush v. Gore*, intervindo diretamente no resultado da eleição presidencial do ano de 2000 em favor do candidato Republicano. Essa nova direção ideológica de ativismo judicial tem sido muito combatida, notadamente pelos acadêmicos da esquerda liberal.

19. Com o fim da Corte Rehnquist (2005), emergiu a “Corte Roberts”, que tem sido apontada por alguns como a mais conservadora desde a *Old Court* dos anos 30. Sua decisão mais criticada é *Citizens United v. Federal Election Commission*, cujo ativismo judicial se revelou tanto na interpretação amplíssima da liberdade de expressão para assegurar às empresas e aos sindicatos o direito constitucional de gastarem recursos ilimitados no financiamento de campanhas eleitorais, como na falta de deferência ao Congresso Nacional para controlar esses gastos em favor da equidade do processo democrático-eleitoral. O resultado do caso *Obamacare* foi surpreendente e lançou novas cores sobre o debate contemporâneo acerca do ativismo judicial da Suprema Corte.

20. Toda a acidentada história da Suprema Corte norte-americana ilumina as premissas fundamentais desta dissertação – o ativismo judicial se manifesta por diferentes dimensões (interpretação constitucional e legal criativa; autoexpansão de poder decisório; avanço de direitos indeterminados; falta de deferência aos outros poderes); ele não pode ser considerado puro e simplesmente uma atitude deliberada dos juízes, mas responde a diferentes fatores exógenos e endógenos, mais destacadamente a variáveis políticas.

II

21. O ativismo judicial tem sido uma tendência verificada em várias outras partes do mundo além do universo norte-americano. Em todos esses países, como ocorre nos Estados Unidos, suas cortes constitucionais ou supremas têm cumprido um papel relevante e seu ativismo judicial tem se manifestado por diferentes dimensões e sofrido influência de múltiplos fatores de natureza política, institucional, social e jurídico-cultural. Por tudo isso, essas outras realidades políticas também têm muito que oferecer ao estudo do ativismo judicial. Destaques para a Alemanha, Itália, Colômbia, Costa Rica, Canadá e África do Sul.

22. O ativismo judicial do Tribunal Constitucional alemão é manifestado principalmente pelo modo como interpreta e realiza os direitos fundamentais da Constituição alemã. Ele é o principal intérprete da nova ordem constitucional e participa direta e indiretamente da construção do sistema normativo infraconstitucional. Destaque para sua sofisticada concepção do sistema de direitos fundamentais como uma ordem axiológica e hierárquica de princípios objetivos que vincula as ações de todas as esferas de poder do Estado, a criação, interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico. Destaques também para o uso da ponderação e da proporcionalidade. Sua ascensão política responde à relevante variável histórica de absoluta desconfiança para com as instituições políticas e de condenação à passividade judicial diante das atrocidades do nacional-socialismo.

23. A postura decisória criativa da Corte Constitucional italiana, desde sua instalação em 1956, foi imprescindível para dar vida concreta à Constituição de 1947. O Parlamento manteve-se inerte na tarefa de reformar a legislação fascista e a Corte de Cassação se mostrou passiva em opor os direitos fundamentais a essa legislação pré-constitucional. Desse modo, a Corte Constitucional precisou assumir o papel político de *reforma* e *democratização* do ordenamento jurídico italiano. Para suprir a omissão do Parlamento, a Corte desenvolveu uma jurisprudência ativista de manipulação dos sentidos das leis, adicionando novos significados normativos ou substituindo os já existentes. Trata-se do uso das chamadas sentenças

manipulativas, destacadamente as sentenças aditivas, por meio das quais a Corte reconhece a inconstitucionalidade de lacunas axiológicas e adiciona os significados normativos faltantes.

24. Na América Latina, figura uma das cortes mais ativistas do mundo – a Corte Constitucional da Colômbia. Com amplo acesso à sua jurisdição e significativos poderes de decisão, a Corte tem sido hiperativista no controle dos outros poderes e no avanço de direitos fundamentais e sociais. Ela restringiu a capacidade do Presidente de declarar “estado de exceção”. No campo dos direitos fundamentais e sociais, por meio de uma interpretação muito criativa da Constituição, a Corte avançou um incrível *ativismo judicial progressista*: descriminalização do consumo de drogas e da eutanásia; direito de matrimônio dos homossexuais; licitude do trabalho sexual e direitos trabalhistas das prostitutas; aborto; interferência sobre as políticas públicas de saúde; seguridade social; proteção do idoso; salários dos servidores públicos e a situação precária das penitenciárias.

25. A Corte Constitucional da Costa Rica é outra campeã de ativismo judicial na América Latina. Conhecida como *Sala IV*, ela foi introduzida na Corte Suprema do país em 1989 por meio de uma reforma da Constituição, e recebeu amplo acesso à sua jurisdição e significativos poderes de decisão com a *Ley 7.128/1989*. Com esse novo desenho institucional, a *Sala Constitucional* reformulou diversas políticas públicas em favor das pessoas com incapacidades físicas, dos idosos, dos pacientes de HIV, dos prisioneiros. No entanto, sua principal marca ativista é a interferência sobre os processos políticos. Destaque para sua decisão, de 2003, em que declarou a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, vigente desde 1969, que proibia a reeleição presidencial. A Corte ainda proibiu a adesão do país à “guerra contra o terror” conduzida pelos Estados Unidos.

26. O início do ativismo judicial da Suprema Corte do Canadá é ligado às transformações operadas pela *Canadian Charter of Rights and Freedom* (“*Charter*”) de 1982. Com a *Charter*, a Corte passou a exercer o controle de constitucionalidade com uma frequência impressionante, deixando para trás o formalismo interpretativo, o passivismo judicial e a deferência à supremacia parlamentar que marcaram sua atuação pré-*Charter*. Alguns autores canadenses, contudo, defendem que o ativismo judicial não é algo que merece preocupação tendo em vista a possibilidade do uso pelo legislador, federal ou das províncias, de dispositivos constitucionais que permitem sejam promulgadas novas leis superando as ou se adequando às decisões de inconstitucionalidade da Corte. Fala-se assim em um *diálogo institucional* entre a Suprema Corte e o Legislativo.

27. No continente africano, a Corte Constitucional da África do Sul é a que possui principal destaque. Ela foi e ainda é peça fundamental no processo de transformação social pós-Apartheid, dirigindo seus esforços para superar as graves injustiças e violações de direitos que caracterizaram o regime político-social anterior. Para tanto, a Corte tem interpretado criativa e progressivamente as normas sobre direitos fundamentais da Constituição de 1996 (CRSA) e decidido sobre as questões mais cruciais da atualidade como pena de morte, união homoafetiva e alocação de recursos estatais em favor de direitos sociais. Não obstante, a Corte tem sabido cumprir um papel *equilibrado* na afirmação desses direitos, buscando estabelecer *diálogos* com os outros poderes em torno da melhor forma de realizar as esperanças e as pretensões transformativas da nova ordem constitucional e democrática.

28. As práticas decisórias ativistas de todos esses países examinados têm implicações normativas sobre o ativismo judicial: sobre como deve ser definido o ativismo judicial; sobre como explicar o avanço do ativismo judicial; sobre como devem ser mais bem identificadas e categorizadas as decisões ativistas do Supremo Tribunal Federal.

III

29. Todas essas realidades políticas examinadas produzem, portanto, lições úteis para a explicação e a identificação do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, principalmente porque elas fornecem os elementos necessários para a superação de um grave problema em torno desse debate: a *indefinição conceitual*. Resumidamente, essas são as principais lições que as realidades políticas examinadas ofereceram sobre o ativismo judicial:

(1) O núcleo comportamental do ativismo judicial é a autoexpansão do papel político-institucional de juízes e cortes em face de outros atores e instituições relevantes de uma dada ordem constitucional.

(2) As decisões ativistas, normalmente, versam sobre os casos de mais elevada temperatura moral ou política, ou envolvem as normas constitucionais de mais alta indeterminação semântica e de elevada carga axiológica (*hard cases*).

(3) Com a expansão de poder sobre os demais atores relevantes e no âmbito de solução das grandes questões morais e políticas, as cortes tornam-se, inevitavelmente, personagens centrais dos sistemas de governo e suas decisões interferem sobre os mais importantes processos políticos desses sistemas, de modo que não há como enxergá-las, de outra forma,

senão como autênticos *atores políticos*, ainda que com singularidades e fundamentos diversos em relação ao Legislativo e ao Executivo.

(4) Essa perspectiva das cortes como atores políticos remete ao tema contemporâneo da *judicialização da política* – a transferência para as cortes das decisões fundamentais que deveriam ser tomadas pelas instâncias políticas conduzidas por agentes eleitos pelo voto popular – e de como o ativismo judicial se desenvolve em meio a esse fenômeno: o ativismo judicial tem na judicialização da política uma oportunidade para seu desenvolvimento.

(5) As relações institucionais compõem o centro do debate e não o acerto ou o erro de mérito constitucional ou moral das decisões judiciais. O ativismo judicial “é necessariamente uma noção relacional” (Wojciech Sadurski).

(6) O ativismo judicial nada diz sobre a legitimidade ou ilegitimidade *a priori* das decisões judiciais. Ativismo judicial não é sinônimo de ilegitimidade, e essa correlação simplesmente não pode ser feita de modo apriorístico e em nível puramente conceitual.

(7) Diante da relevância, da complexidade hermenêutica e da alta sensibilidade das decisões cruciais que compõem o quadro de decisões ativistas, o ativismo judicial deve ser identificado e “medido” principalmente por critérios qualitativos.

(8) Para a construção de uma definição adequada de ativismo judicial, deve-se ter presente a ideia que não se está diante de um comportamento que se possa identificar nem mesmo avaliar partindo de *parâmetros estáticos* (Bradley Canon). A identificação e avaliação do ativismo judicial devem ser vinculadas às estruturas constitucionais que, em lugares e épocas distintas, disciplinam a dinâmica de funcionamento dos poderes e as relações entre indivíduos e Estado.

(9) Diferentes condições e variáveis, necessárias e suficientes, exógenas e endógenas, de natureza institucional, política, social e jurídico-cultural favorecem, restringem, enfim moldam o ativismo judicial. O ativismo judicial responde a múltiplos fatores – sua ascensão requer uma explicação multifacetada.

(10) A última e mais importante lição, para este estudo, é a da multidimensionalidade das decisões ativistas – as decisões ativistas apresentam diferentes dimensões, e não apenas uma única forma de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em

práticas decisórias que são, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação.

30. Considerando essas diretrizes, defino o *ativismo judicial* como o *exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.*

31. Observando as diferentes experiências ativistas das cortes constitucionais e supremas dos países investigados, foram reveladas diferentes dimensões de decisões ativistas:

(1) Ativismo judicial e interpretação da Constituição – interpretação ampliativa das normas e princípios constitucionais, com a afirmação de direitos e poderes implícitos ou não claramente previstos nas constituições.

(2) Ativismo judicial e “criação judicial do direito” – as cortes assumem *competências legiferantes* reservadas *a priori* pela constituição aos outros poderes, em especial ao Legislativo (*legislador positivo*).

(3) Ativismo judicial e deferência aos demais poderes – há ativismo judicial quando juízes decidem com falta de deferência à autoridade política, legal e empírica dos outros poderes e instituições.

(4) Ativismo judicial e afirmação de direitos – ativismo judicial como institucionalização de intensas e controversas questões morais e políticas envolvendo direitos fundamentais.

(5) Ativismo judicial e políticas públicas e sociais – a prática moderna de cortes e juízes avançarem o controle das políticas públicas dos Poderes Legislativo e Executivo, indo além de puro e simplesmente anular as leis, para por si definirem essas políticas públicas no lugar desses outros poderes.

(6) Ativismo judicial e autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios – cortes e juízes ativistas expandem seu papel institucional por intermédio da ampliação jurisprudencial do acesso à sua jurisdição; de seu espaço de atuação; de seus poderes de decisão.

(7) Ativismo judicial e superação de precedentes – juízes ativistas, para avançar suas agendas e os propósitos que identificam nas constituições, não se colocam como atores restringidos por precedentes.

(8) Ativismo judicial e maximalismo – juízes ativistas justificam suas decisões em formulações teóricas ambiciosas, extensas e profundas, além do necessário para justificar o resultado das decisões concretas.

(9) Ativismo judicial e partidarismo – decisões judiciais que não são fundadas em razões jurídicas, mas nas preferências político-partidárias dos juízes.

(10) Ativismo judicial e soberania judicial – exemplo mais extremado, irremediavelmente antidemocrático e aprioristicamente ilegítimo de ativismo judicial. A corte se coloca como titular da *palavra final* ou mesmo da *única palavra* sobre o que significa a Constituição.

32. Também é possível falar-se em dimensões da autorrestrrição judicial, o que significa que as cortes praticam variadas condutas que são igualmente autorrestritivas de seus poderes decisórios:

(1) Segundo o critério da *natureza da restrição* utilizada, as medidas de autorrestrrição judicial podem ser classificadas em (a) *procedimentais* (controle da agenda de casos; rigidez e formalismo nos requisitos de legitimidade de acesso às cortes; uso parcimonioso dos instrumentos processuais de decisão) e (b) *substantivas* (mais aderência ao sentido literal dos textos constitucionais; mais deferência às decisões prévias dos outros poderes, principalmente as que exigem expertise diferenciada; mais valor à presunção de constitucionalidade das leis; evitar ampla teorização dos direitos constitucionais; não interferir em políticas públicas e sociais; respeito aos precedentes).

(2) Segundo o critério do *propósito da conduta judicial autocontida*, as medidas de autorrestrrição podem ser tomadas por *deferência* – juízes devem evitar contradizer as decisões dos outros poderes de governo; ou por *prudência* – juízes devem evitar tomar decisões que enfraquecerão sua capacidade de tomar outras decisões.

(2.1) Em relação às medidas de autorrestrrição judicial por *deferência* (aqui reconhecida como valor político de um governo de poderes separados), elas são denominadas de *autorrestrrição estrutural* (*structural self-restraint*) e subdivididas em: (i) *autorrestrrição*

estrutural em razão da capacidade legal – dever de deferência judicial às decisões prévias do Poder Legislativo em razão de sua autoridade política; *(ii) autorrestrrição estrutural em razão da capacidade epistêmica* – dever de deferência em favor da maior capacidade cognitiva de outra instituição sobre a matéria julgada. (Richard Posner).

(2.2) Em relação às medidas de autorrestrrição judicial por *prudência* (preservação institucional das cortes), elas são chamadas de *autorrestrrição prudencial* (*prudential self-restraint*) e subdivididas, segundo dois motivos distintos, em: *(i) autorrestrrição prudencial política* – “deferência” aos outros poderes como meio estratégico de proteger a integridade da corte em razão do temor de possíveis reações adversas desses órgãos às suas decisões; *(ii) autorrestrrição prudencial funcional* – o juiz evita tomar decisões que favoreçam o aumento da litigância a ponto de não permitir que as cortes funcionem efetivamente; ele se preocupa com os efeitos sistêmicos e negativos de suas decisões sobre a própria funcionalidade da corte (Richard Posner).

33. Toda essa realidade complexa e multifacetada das decisões ativistas e das propostas de autorrestrrição judicial justifica a maior utilidade da abordagem multidimensional. Ela fornece maiores vantagens e utilidades para a tarefa de identificação e também de avaliação das decisões ativistas. Todavia, para serem aplicadas ao caso brasileiro e, particularmente, ao Supremo Tribunal Federal, toda a construção da abordagem multidimensional, até aqui feita, deve ser devidamente contextualizada e filtrada por nossas particularidades, daí a importância de se ter cautela na afirmação integral da incidência de todos esses elementos para o caso brasileiro.

IV

34. O Brasil tem sido palco do ativismo judicial, mais destacadamente do ativismo do Supremo Tribunal Federal. O início desse debate está ligado à ascensão institucional do Poder Judiciário e, destacadamente do próprio Supremo, fenômenos vinculados à promulgação da Constituição de 1988 e que ganharam grande envergadura mesmo nos últimos anos do século XX. O ativismo judicial tem evoluído nas 1ª e 2ª instâncias judiciais, assim como no Superior Tribunal de Justiça, porém, é o Supremo Tribunal Federal a instituição judicial que, desde o início da vigência da Constituição de 1988, tem mais gradativa e destacadamente ampliado sua participação na vida pública brasileira e concentrado poderes de decisão. É nesse sentido que já se fala em “Supremocracia” (Oscar Vilhena Vieira).

35. Contudo, essa realidade do Supremo é mesmo um evento pós-88. Na verdade, para antes da vigência da Constituição de 1988, pode-se afirmar a debilidade institucional do Supremo Tribunal Federal e dos poderes de controle de constitucionalidade, assim como da hostilidade vitoriosa da política em face da Corte, onde Executivos hipertrofiados e Presidentes autoritários subjugaram o Supremo, impuseram-lhe humilhações e não deixaram espaço para outra postura senão a de passivismo judicial.

36. A investigação sobre a evolução dos desenhos institucionais de nossa jurisdição constitucional e do Supremo, até antes da entrada em vigor da Constituição de 1988, mostra: fragilidade das regras sobre o *(i)* número, *(ii)* o mandato, e *(iii)* os mecanismos de nomeação dos juízes da Corte, que foram livremente manipuladas pelo Poder Executivo; e insuficiência das regras sobre *(iv)* o acesso ao Supremo, *(v)* os efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade, e *(vi)* o sistema de controle escolhido – difuso sem *stare decisis*; concentrado sem eficácia vinculante e de acesso limitadíssimo. Foi com toda essa fraqueza decisória, que o Supremo encarou os nossos piores momentos de crise político-institucional.

37. O Supremo, desde sua criação em 1890, enfrentou momentos de muita instabilidade política e crises institucionais, principalmente durante os governos de exceção e ditatoriais. Destaques para os anos conturbados da República Velha, para o Governo Provisório e o Estado Novo de Vargas como também para a Ditadura Militar, épocas políticas em que direitos e garantias individuais foram violadas e o Supremo foi chamado para remover e reparar essas violações. Em um balanço geral, a Corte até mostrou disposição inicial para enfrentar os governos autoritários, mas, no final, acabou sucumbindo às pressões políticas – Executivos hipertrofiados e seus Presidentes autoritários não obedeceram as decisões da Corte; ameaçaram ministros de prisão; aposentaram compulsoriamente vários juízes; alteraram constantemente sua estrutura e organização; reduziram seus poderes decisórios. Nesses ambientes problematicamente autoritários, o Supremo apanhou mais do que bateu e teve que recuar sempre diante da força política autoritária.

38. Essa situação, tanto sob o aspecto institucional quanto sob a perspectiva político-comportamental, modificou-se, profundamente, com a nova ordem democrática e político-constitucional pós-1988.

39. Com a Constituição de 1988, houve uma virada institucional do Supremo. A Constituição outorgou à Corte um número impressionante de competências e instrumentos decisórios, fortalecendo sobremaneira seu sistema de controle concentrado e abstrato e dando

início a um amplo e contínuo processo de concentração de poderes de decisão em sua jurisdição. Destaque para a extraordinária ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) (art. 103).

40. Posteriormente, a EC 03/93 criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Depois, vieram as Leis nºs 9.868, de 10/11/1999, e 9.882, de 03/12/1999, que disciplinam, respectivamente, as ADI e ADC, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Essas leis revelaram um dimensionamento de poderes de decisão para o Supremo além do estabelecido na própria Constituição de 1988 e até de poderes que a Corte havia recusado anteriormente para si.

41. Finalmente, a EC 45/04 deu sequência ao processo político formal de *empowerment* do Supremo Tribunal Federal e promoveu uma minirreforma constitucional do controle de constitucionalidade: ampliou o rol de legitimados para a propositura de ADC; constitucionalizou a eficácia vinculante das decisões em ADI; criou a súmula vinculante; previu o instituto da repercussão geral como requisito autônomo de admissibilidade de recurso extraordinário no âmbito do controle difuso. Todas essas alterações promoveram uma concentração ainda mais significativa de poder decisório no Supremo Tribunal Federal, oferecendo os momentos de maiores oportunidades formais para a judicialização da política e para o ativismo judicial da história do Supremo.

42. Não obstante, as primeiras decisões do Supremo pós-1988 deram a impressão de que a Corte manteria o seu recente passado de passivismo judicial. A Corte restringiu alguns de seus poderes decisórios bem como o acesso à sua jurisdição: limitou o uso do mandado de injunção; incluiu restrições objetivas à legitimidade ativa para propositura de ADI (o requisito da *pertinência temática*). O Supremo evitou enfrentar o Poder Executivo em relação aos planos econômicos; à absurda proliferação de medidas provisórias; ao controle das leis orçamentárias. Ele também se mostrou restritivo na interpretação de alguns direitos constitucionais, como nos casos dos “limites de juros reais”, das “restrições à concessão de liminares e tutelas antecipadas contra o Poder Público”, da “prisão civil de depositário infiel”.

43. As explicações para essa postura passiva são todas relacionadas à forma como se desenvolveu nosso processo de reabertura política e de transição do autoritarismo para a democracia e ao papel que o Supremo cumpriu nesse processo: o processo de redemocratização foi lento e gradual, conduzido pelo próprio Governo Militar, de modo que o Supremo se comportou de acordo com o definido pelo Executivo autoritário e conforme o

relacionamento institucional de submissão que mantinham; esse processo foi também marcado pelo continuísmo nas instituições, inclusive no Supremo Tribunal Federal, onde foram mantidos todos os ministros nomeados pela Ditadura Militar. Com essa dinâmica continuísta de transição, o Supremo, mesmo depois de entrar em vigor a nova ordem constitucional, se comportou como vinha fazendo, até por cautela em face do novo regime político ainda em fase de afirmação.

44. Contudo, à medida que o novo milênio se aproximava, teve início a *era do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Não há como precisar o momento exato dessa mudança, pois, todo o processo foi gradual. Mas, aos poucos, a Corte abandonou suas *ortodoxias de autorrestrição judicial*: flexibilizou os requisitos de legitimidade para a propositura de ADI em favor das entidades de classe; intensificou o controle de constitucionalidade dos pressupostos de urgência e de relevância das medidas provisórias; passou a escrutinar a constitucionalidade das leis orçamentárias; utilizou o mandado de injunção para suprir lacunas inconstitucionais, inclusive com eficácia *erga omnes*. Por sua vez, é de se observar que o Supremo, desde o início da vigência da Constituição de 1988, sempre demonstrou uma disposição incomum em declarar inconstitucionais emendas constitucionais.

45. Nos temas de alta sensibilidade e de repercussão político-partidário-eleitoral, a Corte decidiu: sobre o número de vereadores que os municípios poderiam ter; impôs a verticalização das coligações partidário-eleitorais para o ano de 2006, embora emenda constitucional dispusesse em sentido contrário; julgou inconstitucionais as chamadas “cláusulas de barreira” da Lei nº 9.096/95, por considerá-las particularmente excessivas e desproporcionais; impôs aos parlamentares a “fidelidade partidária”, sob pena de perda do mandato; decidiu o destino dos mandatos entre os partidos e as coligações partidárias nos casos de vacância, renúncia ou licença do candidato eleito; decidiu a validade e a aplicabilidade da “Lei da Ficha-Limpa”.

46. No campo das questões morais mais cruciais da atualidade, pautado, principalmente, nos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e da igualdade, o Supremo: julgou a constitucionalidade da autorização legal de pesquisas e tratamentos médicos com células-tronco embrionárias (“Lei de Biossegurança”); legitimou a união homoafetiva como união estável; descriminalizou o aborto de fetos anencéfalos; validou as políticas de reserva de cotas étnico-raciais (ações afirmativas raciais) e de cotas socioeconômicas no ensino público. A Corte também tem interferido sobre a demarcação

contínua de terras indígenas e de terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.

47. Sobre os outros poderes, o Supremo tem imposto a vedação da prática de nepotismo; o dever de boa-fé objetiva na nomeação de candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas previstas no Edital do concurso. Contra os Executivos e Legislativos estaduais, o Supremo julgou inconstitucional a criação de novos municípios até que fosse editada a lei complementar exigida pelo § 4º do art. 18 da Constituição; atacou a “Guerra Fiscal” entre estados e Distrito Federal.

48. Ademais, a Corte tem cuidado de casos de impressionante repercussão midiática: o julgamento da Lei da Anistia; o “caso Battisti”; a definição da competência concorrente (originária) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para investigar magistrados. Mas, sem dúvida, nenhum julgamento midiático supera o “caso Mensalão”, ação penal contra os interesses do Governo federal e de seu partido político.

49. A seleção acima de casos relevantes deixa claro o *protagonismo institucional* do Supremo Tribunal Federal. E a Corte tem respondido a essas questões cruciais, fundado principalmente no discurso dos direitos fundamentais e na ideia de democracia inclusiva, com interpretações criativas e expansivas de normas constitucionais, interferências nas escolhas políticas do Executivo e do Legislativo e preenchendo vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes. Isso se chama ativismo judicial.

50. Essa expansão extraordinária do espaço institucional do Supremo requer uma explicação multifacetada (Kurt Weyland). Fatores institucionais, sociopolíticos e jurídico-culturais, em conjunto, servem para explicar o contemporâneo avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.

51. Com relação ao conjunto de fatores institucionais, os novos desenhos da estrutura e do funcionamento da Corte, seus novos poderes de controle e o acesso amplo à sua jurisdição concentrada e abstrata, estabelecidos pelo Texto Constitucional originário de 1988, e ampliados por emendas constitucionais (principalmente, a EC 45/2004) e por leis ordinárias (destacadamente, as Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99), oportunizaram a ascensão de seu ativismo judicial. Somados a esses elementos procedimentais e orgânicos, a constitucionalização abrangente e compromissória, promovida pela Constituição de 1988, e seu amplo catálogo de direitos fundamentais, veiculados principalmente por meio de enunciados normativos vagos e

indeterminados (princípios), criaram um quadro muito generoso de oportunidades para a litigância, no nível do Supremo, de temas com conteúdo e relevância sortidos.

52. No que se refere aos fatores políticos, trata-se da ideia firme que toda ascensão institucional de cortes e tribunais é, necessariamente, politicamente construída: sem a disposição de políticos em delegar a resolução de conflitos às cortes, o ativismo judicial careceria da base institucional para de outro jeito avançar (Dieter Grimm). Porém, não só as escolhas político-legislativas formais são importantes, mas também o ambiente político é determinante.

53. No Brasil, os acontecimentos pré-1988 revelaram um ambiente político hostil que constrangeu o Supremo e implicou seu passivismo judicial. Contudo, aos poucos, o ambiente político pós-88, tanto no Congresso Nacional como no âmbito do Poder Executivo federal, tornou-se marcado por um discurso e por uma postura de respeito e de tolerância com as decisões do Supremo, o que tem favorecido, sem dúvida, sua liberdade e assertividade decisórias. A principal explicação, para tanto, é a inexistência de uma força política hegemônica contemporânea. Há, na política brasileira de hoje, uma fragmentação real do poder político-legislativo-partidário (presidencialismo de coalizão), o que repercute positivamente para a estabilidade democrática e para a segurança institucional e, dentro da lógica de implicações entre difusão de poder político e independência judicial, cria um ambiente político que permite a atuação mais ativista do Supremo Tribunal Federal.

54. Em meio a esse arranjo político competitivo e de abertura à alternância de titularidade do governo (incerteza eleitoral), o Supremo tem atuado, com boa dose de liberdade, tanto em favor dos partidos de oposição, que fazem do Supremo um fator de equilíbrio do poder, como em favor do próprio governo, quando decide sobre questões muito controvertidas, envolvidas em desacordos razoáveis e de alto custo político, que o governo gostaria de avançar, mas encontra bloqueios e impasses (*deadlock*) nos processos legislativos do Congresso e até dentro de seu partido ou coalizão. Questões como aborto de fetos anencéfalos e união homoafetiva são exemplos dessas circunstâncias em que a ação ativista do Supremo torna-se uma *necessidade sistêmica*.

55. O ambiente favorável à ascensão do Supremo também responde a fatores sociológicos. Muitas das recentes decisões cruciais da Corte atendem anseios sociais antigos, inclusive alguns que jamais tiveram condição de se articular formalmente (Luís Roberto Barroso e Edurado Mendonça). Esse alinhamento popular das decisões acaba inibindo reações

hostis por parte dos poderes políticos. Ademais, a própria expansão do poder dos tribunais, ou seja, do ativismo judicial, tem origem na forte pressão e mobilização política da sociedade (Gisele Cittadino), que demanda o Supremo diante do déficit de confiança no Parlamento.

56. Por fim, a ascensão do ativismo judicial do Supremo também é marcada pela transformação dos métodos adjudicatórios da maioria contemporânea de seus membros. A maioria dos ministros da Corte abandonou a cultura jurisprudencial ligada ao positivismo legalista, de deferência aos poderes políticos e de interpretação e aplicação ortodoxa da Constituição e dos direitos constitucionais. Com a renovação dos ministros, máxime a partir da aposentadoria daqueles nomeados durante a Ditadura Militar, o conservadorismo jurisprudencial foi, aos poucos, substituído pela prática discursiva de ideias neoconstitucionalistas, todas favoráveis ao avanço do papel da Corte sobre a realidade social. Nos dias de hoje, essas novas reflexões e premissas teórico-filosóficas, que favorecem o avanço político e institucional da Corte, são aplicadas, em alguma e diferente medida, por todos os membros do Supremo. Essa transformação jurídico-cultural de práticas decisórias consiste em uma variável endógena que *fecha o ciclo de fatores* do ativismo judicial (Lawrence Baum).

57. Essa conjunção de fatores explicativos não deixa dúvida que tudo tem conspirado em favor do ativismo judicial do Supremo. Se o diagnóstico do passado é o de uma *Corte constrangida*, o do presente é de uma *Corte ativista*. Todos esses fatores têm oferecido uma estrutura ampla de oportunidades para o avanço do ativismo judicial do Supremo e ele tem, ultimamente, aceitado essas oportunidades e ampliado seu papel institucional com uma independência nunca antes experimentada. Pode-se falar em uma riqueza multidimensional de decisões ativistas.

V

58. O propósito principal da pesquisa foi sistematizar essas diferentes dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Conforme a investigação realizada, a Corte tem avançado sua presença na vida pública e privada brasileira através de cinco diferentes dimensões decisórias ativistas: a dimensão metodológica ou interpretativa; a dimensão processual; a dimensão estrutural ou horizontal; a dimensão de direitos; a dimensão antidialógica.

59. Por *dimensão metodológica* do ativismo judicial se quer dizer do modo de interpretar e aplicar os dispositivos constitucionais ou legais, expandindo ou reduzindo seus significados para além ou aquém dos sentidos mais imediatos e compreensíveis e, às vezes, até mesmo contra esses sentidos. O Tribunal não se confina à aplicação passiva de normas preestabelecidas, mas se lança à tarefa de participar ativa e criativamente da construção da ordem jurídica, expandindo, restringindo, corrigindo, enfim, modificando essa mesma ordem. Essa dimensão revela-se, portanto, por meio de uma acentuada *criação judicial do direito* e, em muitos de seus debates, envolve a disputa em torno da superação do dogma kelseniano do juiz constitucional apenas como *legislador negativo* e do avanço da figura desse juiz como *legislador positivo*.

60. Na prática decisória do Supremo, essa dimensão pode ser verificada por meio de quatro principais comportamentos adjudicatórios: *(i)* interpretação e aplicação das normas constitucionais (v.g. “caso do nepotismo”, “caso das cláusulas de barreira parlamentar”, “caso da fidelidade partidária”, “caso Mira-Estrela”; “caso da união homoafetiva”); *(ii)* interpretação conforme a constituição e declaração de nulidade parcial (v.g. “caso Lei Maria da Penha”, “caso Raposa Serra do Sol”, “caso do aborto de fetos anencéfalos”); *(iii)* controle da omissão legislativa inconstitucional (v.g. “caso da greve dos servidores públicos”); *(iv)* decisões maximalistas (v.g. a ADPF 45/DF).

61. A *dimensão processual* revela-se pelo alargamento que o Supremo, por conta própria, faz do campo de aplicação e de utilidade dos processos constitucionais que estão à sua disposição, ampliando assim as hipóteses de cabimento das ações e dos recursos bem como os efeitos de suas decisões. O Supremo Tribunal Federal amplia sua própria participação na construção da ordem jurídica e democrática por meio da amplificação de seus instrumentos processuais. Esse comportamento ativista acaba produzindo efeitos negativos sobre o espaço de liberdade de atuação das instâncias judiciais ordinárias.

62. No passado, a *doutrina brasileira do habeas corpus* foi exemplo dessa dimensão. Outro exemplo clássico foi o da inovação jurisprudencial da *reclamação*, fundada na ideia de *poderes implícitos* do Supremo. O grande contraponto dessa dimensão sempre foi a preocupação da Corte com a racionalização de seu funcionamento. Hodiernamente, os exemplos mais destacados dessa dimensão são a utilização do mandado de injunção para a tomada de decisões com eficácia *erga omnes*; as tentativas de ampliação do uso da reclamação para efetuar controle incidental de constitucionalidade; o uso da súmula

vinculante sem observância dos requisitos postos na Constituição; a falta de critérios rigorosos para o reconhecimento da repercussão geral.

63. Por *dimensão estrutural do ativismo judicial*, trata-se de como o Supremo se comporta diante das decisões prévias dos outros poderes, ou melhor, do quanto ele interfere nessas decisões e atua livremente em áreas tradicionalmente reservadas aos demais atores políticos. Argumentos institucionais de deferência à capacidade constitucional ou epistêmica dos outros poderes não fazem parte da gramática decisória do Supremo e é isso o que caracteriza essa dimensão. O Supremo decide de acordo com sua melhor interpretação da Constituição, porém, em fazê-lo, não se sente constrangido nem pelas decisões anteriores dos outros poderes, nem pelo alto teor político ou moral das matérias que julga. A Corte tem concluído que toda e qualquer matéria tem fundamento ou implicações constitucionais e, por isso, ela está legitimada para interferir nas mais variadas escolhas políticas ou morais dos outros poderes.

64. O Supremo tem avançado essa dimensão de ativismo judicial em face do Poder Executivo, interferindo em suas decisões de emente caráter político – v.g. controle de constitucionalidade da lei orçamentária; controle de constitucionalidade dos critérios de urgência e relevância das medidas provisórias; o rumoroso “caso Battisti”; bem como em face do Poder Legislativo, faltando com deferência às suas estimativas empíricas e a seu maior pedigree democrático – v.g. “caso da cláusula de barreira”; o controle rígido de constitucionalidade das emendas constitucionais (“verticalização”, “caso IPMF”, “benefícios de Previdência” da EC 20/98; “número de vereadores” da EC 58/09).

65. Por *dimensão de direitos do ativismo judicial* se pretende descrever a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, tanto sob uma perspectiva quantitativa como qualitativa, tem expandido os sentidos normativos da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade material, da solidariedade, para exigir do Estado o respeito e a realização de direitos fundamentais, impondo-lhe deveres negativos e positivos de atuação. Essa dimensão pode ser subdividida em dimensão negativa (ou de defesa) e dimensão positiva (ou prestacional).

66. Em sua dimensão negativa, o ativismo judicial de direitos revela-se pela expansão dos sentidos normativos das liberdades fundamentais e da dignidade da pessoa humana para impor restrições: à ação regulatória do Estado – v.g. proteção da liberdade de expressão nos casos da “Lei de Imprensa”, do “uso do humor, *charges* e sátiras em face de políticos”, do

“diploma de jornalista”; à atividade investigatória estatal – v.g. casos de “quebra de sigilo bancário”; à ação coercitivo-penal do Estado – reduzindo a margem de conformação do legislador penal e da ação persecutória das autoridades policiais em casos como “da execução provisória de pena restritiva de liberdade”, do “uso de algemas”, da “progressão de regime de cumprimento de pena em crimes hediondos”, da “conversão de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos no crime de tráfico de drogas”, da “*Marcha da Maconha*”.

67. Em sua perspectiva positiva, essa dimensão de ativismo judicial revela-se pela atitude judicial de exigir do Estado o cumprimento de deveres positivos: o *dever de legislar*, quando o Supremo interfere nas decisões políticas em verificar um *quadro de proteção insuficiente*, capaz de colocar em risco os direitos e as liberdades fundamentais – caso “Lei Maria da Penha”; formulação e execução de *políticas públicas* e *decisões alocativas de recursos*, quando o Supremo interfere em ações estatais para assegurar a validade concreta de direitos sociais e econômicos – exigência que municípios disponibilizem vagas de ensino fundamental e de educação infantil para crianças em escolas e creches; ordem para fornecimento gratuito de medicamentos; para tratamentos médicos urgentes, até o sequestro de verbas públicas para o custeio dessas necessidades.

68. Com a *dimensão antidialógica* se quer acusar a interpretação constitucional como tarefa exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Trata-se da postura do Supremo em se autoproclamar não apenas titular da palavra final sobre o que diz a Constituição, mas *seu único intérprete*. Com efeito, é possível defender um Supremo ativista na tarefa de expandir os significados da Constituição, em face do poder político, para avançar posições de liberdade e igualdade e, ao mesmo tempo, repudiar suas posturas de *soberania judicial*: a *dimensão antidialógica* é a *única manifestação aprioristicamente ilegítima de ativismo judicial*.

Palavras finais

O professor Mark Tushnet, um dos mais importantes observadores e críticos da *judicial review* nos Estados Unidos, disse que “escrever sobre a Suprema Corte é como atirar em um alvo em movimento”.¹⁰³² Novas decisões ameaçam fazer piada das análises anteriores.

¹⁰³² TUSHNET, Mark. **A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law**. Op. cit., p. 347.

O julgamento do *Obamacare* está aí para provar isso. Por esse motivo, parece que prognósticos devem ser evitados ou, ao menos, temperados.

Esta pesquisa não se ocupou primariamente em defender prognósticos, embora tenha arriscado alguns poucos. Seu propósito central foi descrever o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. A dissertação mostra que ele existe e não é pouca coisa. Ele tem volume, atua em áreas políticas e sociais da mais alta relevância e possui múltiplas faces. O ativismo judicial do Supremo é uma realidade que não pode ser negada. No entanto, se o Supremo deve ou com que intensidade pode continuar a avançar esse papel de proeminência institucional é outra história..., não menos relevante, por sinal.

Apesar da cautela sugerida por Mark Tushnet, é possível arriscar um prognóstico tendo em conta as variáveis explicativas do ativismo judicial do Supremo desenvolvidas no Capítulo IV (item 4, *supra*) – mantidas as coisas exatamente no estado em que se encontram, essa situação se expandirá, tanto para o bem quanto para o mal de nosso sistema democrático. O Supremo tem estado motivado pela nossa dinâmica político-democrática a interferir nos processos decisórios cruciais, no governo e na sociedade com intensidade e profundidade. Por sua vez, quanto mais crescer esse papel da Corte, maior será sua tendência a adotar visões livres, expansivas e inovadoras da Constituição e dos direitos constitucionais. Nossa política democrática vem alimentando o ativismo judicial e o ativismo judicial alimenta o ativismo judicial. A política dá a oportunidade e a Corte aproveita-a e avança sua posição e amplia seu poder no arranjo institucional brasileiro.

Se o melhor for retroceder essa posição político-institucional da Corte, então é imprescindível que se saiba que a deflagração e a condução desse processo não cabem apenas nem principalmente ao Supremo Tribunal Federal. Essa é uma questão, acima de tudo, política. Ou seja, é uma questão de vontade política.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ALEXY, Robert. Justification and Application of Norms. *Ratio Juris*, Nova Iorque, v. 6, n. 2, p. 157-170, 1993.

_____. Epílogo a la *Teoría de los Derechos Fundamentales*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, v.. 66, p. 13-14, 2002.

_____. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, Nova Iorque, V. 23, n. 2, p. 167-182, 2010.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

AMORIM NETO, Octavio. O Poder Executivo, centro de gravidade do Sistema Político Brasileiro. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2007, p. 131-140.

ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Org.). **The Judicialization of Politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2005, p. 231-262.

_____. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. 2 ed. São Paulo: Unesp, 2007, p. 81-116.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo *na* política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, V. 250, FGV, p. 5-12, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BAAR, Carl. Social Action Litigation in India: The Operation and Limits of the World's Most Active Judiciary. In: JACKSON, Donald W.; TATE, C. Neal TATE (Ed.). **Comparative Judicial Review and Public Policy**. Westport: Greenwood Press, 1992, p. 77-87.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. C. da Costa. Lisboa: Almedina, 1994.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal: Esse Outro Desconhecido.** Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BALKIN, Jack M. **Living Originalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2011.

BARAK, Aharon. **The Judge in a Democracy.** New Jersey: Princeton University Press, 2006.

_____. **Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations.** New York: Cambridge University Press, 2012.

BARKER, Robert S. Stability, Activism and Tradition: The Jurisprudence of Costa Rica's Constitutional Chamber. *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, V. 45, n.3, p. 523-556, 2007.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil. *Revista de Direito Público*, São Paulo, V. 4, p. 34-43, 1968.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARILE, Paolo. **Corso di Diritto Costituzionale**, Padova: CEDAM, 1962.

BARNETT, Randy. Constitutional Clichés. *Capital University Law Review*, Columbus, V. 36, n. 3, p. 493-510, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?). In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). **1988 – 1998: Uma década de Constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 37-73.

_____. Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido. Uma proposta de reformulação. In: _____. **Temas de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 189-198, Tomo I.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 309-345.

_____. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, V. 13, p. 71-91, 2009.

_____. MENDONÇA, Eduardo. STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente. São Paulo: Consultor Jurídico, 03/01/2012. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 06. jan. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, Nova Iorque, V. 71, n. 3, p. 1.109-1.180, 2006.

BAUM, Lawrence. Understanding Courts as Policy Makers. *American Bar Foundation Research Journal*, Nova Iorque, V. 8, n. 1, p. 241-250, 1983.

_____. **The Puzzle of Judicial Behavior.** Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997.

_____. The Supreme Court in American Politics. *Annual Review of Political Science*, Nova Iorque, V. 6, p. 241-250, 2003.

_____. **American Courts. Process and Policy.** 6. ed. Boston: Wadsworth, 2008

_____. **The Supreme Court.** 10. ed., Washington: CQ Press, 2010.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the Limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism.** Dordrecht: Springer, 2010.

BERNSTEIN, David E. **Rehabilitating Lochner. Defending Individual Rights against Progressive Reform.** Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

BHAGWATI, P. N. Judicial Activism and Public Interest Litigation. *Columbia Journal of Transnational Law*, Nova Iorque, V. 23, n. 3, p. 561-577, 1985.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99. In: _____. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 145-166.

BICKEL, Alexander M. **The Supreme Court and the Idea of Progress.** New Haven: Yale University Press, 1978.

_____. The Passive Virtues. *Harvard Law Review*, Cambridge, V. 75, n. 1, p. 40-79, 1961.

BITTENCOURT, C.A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BLACK, Hugo. The Bill of Rights. *New York University Law Review*, New York, V. 35, n. 4, p. 865-881, 1960.

BLACK JR., Charles L. **The People and the Court. Judicial Review in a Democracy.** New York: Macmillan, 1960.

BLASI, Vincent (Ed.) **The Burger Court: The Counter-revolution that wasn't.** New Haven: The Yale University Press, 1983.

BLOOM JR., Lackland H. **Methods of Interpretation. How the Supreme Court Reads the Constitution.** New York: Oxford University Press, 2009.

BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, V. 3, p. 82-93, 2008.

BORK, Robert. **The Tempting of America. The political seduction of the law.** New York: Touchstone, 1990.

_____. **Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges.** Washington: The AEI, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Stato, Costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale.** Milão: Giuffrè, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de Emendas Constitucionais à luz da jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 207-252.

_____. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BREYER, Stephen. **Making Our Democracy Work. A Judge's View**. New York: Alfred A. Knopf, 2010.

BURGOA, Ignacio. **El Juicio de Amparo**. México: Porrúa, 1997.

BURNS, James MacGrecor. **Packing The Court. The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court**. New York: Penguin Press, 2009.

BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CALAMANDREI, Piero. L'Inadempimento Costituzionale. In: _____. **La Costituzione e le Leggi per Attuarla**. Milão: Giuffrè, 2000, pp. 21/84.

CAMERON, Alex M. **Power Without Law. The Supreme Court of Canada, the Marshall Decisions, and the Failure of Judicial Activism**. Montreal: McGill-Queen's, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2003.

CANON, Bradley C. Defining the dimensions of Judicial Activism. *Judicature*, Iowa, V. 66, n. 6, p. 236-247, 1982-1983.

_____. A Framework for the Analysis of Judicial Activism. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. (Ed.) **Supreme Court Activism and Restraint**. Lexington: Lexington Books, 1982, p. 385-419.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CARTER, John Denton. **The Warren Court and the Constitution. A Critical Vision of Judicial Activism.** Gretna: Pelican Publishing Company, 1973.

CASARA, Rubens R. R. Eficientismo Repressivo vs Garantismo Penal: onde fica a Constituição? In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior C. de (Org.) **Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 541-552.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.) **Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 39-99.

_____. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, V. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do Controle da Constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CELOTTO, Alfonso. **El Derecho Juzga a la Política. La Corte Constitucional de Italia.** Buenos Aires: Ediar, 2005.

CERRI, Augusto. **Corso di Giustizia Costituzionale.** 4. ed. Milano: Giuffrè, 2004.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, Washington, V. 3, p. 529-691, 2004.

CHEMERINSKY, Erwin. The Roberts Court at Age Three. *Wayne Law Review*, Detroit, V. 54, n. 3, p. 947-982, 2008.

_____. **The Conservative Assault on the Constitution.** New York: Simon & Schuster, 2010.

_____. The Roberts Court and Freedom of Speech. *Federal Communications Law Journal*, Indiana, V. 63, n. 3, p. 579-590, 2011.

_____. Conservative Judicial Activism. *Loyola of Los Angeles Law Review*, Los Angeles, V. 44, n. 3, p. 863-888, 2011.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU*, Rio de Janeiro, V. 5, n. 9, p. 105-113, 2004.

_____. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLARK, Tom S. **The Limits of Judicial Independence.** New York: Cambridge University Press, 2011.

CORDER, Hugh. Judicial Activism of a Special Type: South Africa's Top Courts Since 1994. In: DICKSON, Brice (Ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts.** New York: Oxford University Press, 2007, p. 323-362.

COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania.** 2. ed. São Paulo: Ieje, 2007.

CONTINETINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, V. 19/20, p. 105-134, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. (Org.). **Constituição, Ativismo Judicial e Défis Democráticos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COVER, Robert M. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. *Yale Law Journal*, New Haven, V. 91, n. 7, p. 1.287-1.316, 1982.

CRISAFULLI, Vezio. **Manuale dei diritti del cittadino.** Roma: Edizioni di Cultura Sociale, 1950.

_____. **La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio.** Milão: Giuffrè, 1952.

_____. **Lezioni di Diritto Costituzionale.** 4. ed. Padova: CEDAM, 1976.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, V. 91, n. 6, p. 1.752-1.784, 2007.

_____. **Measuring Judicial Activism**. New York: Oxford University Press, 2009.

DAHL, Robert A. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, Nova Iorque, V. 6, n. 2, p. 279-295, 1997.

DALEY, John. Defining Judicial Restraint. In: CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.) **Judicial Power, Democracy and Legal Positivism**. Aldershot: Ashgate, 2000, p. 279-314.

DA ROS, Luciano. Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, São Paulo, V. 31, p. 86-105, 2007.

DICKSON, Brice (Ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007.

DORF, Michael C. **No Litmus Test: Law versus Politics in the Twenty-First Century**. Lanham: Rowman & Littlefield, 2006.

DOW, David R. **America's Prophets. How Judicial Activism makes America Great**. Westport: Praeger, 2009.

DUVERGER, Maurice. **Instituciones Políticas y Derecho Constitucional**. Tradução de Jesús Ferrero. Barcelona: Ariel, 1962.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
_____. **Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. **A Badly Flawed Election**. New York: New Press, 2002.

_____. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. **The Supreme Court Phalanx. The Court's New Right-Wing Bloc**. New York: The New York Review of Books, 2008.

_____. A Bigger Victory Than We Knew. Nova Iorque: **The New York Review of Books**, 2012.

EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism? *Colorado Law Review*, Colorado, V. 73, n. 4, p. 1.401-1.416, 2002.

EBERLE, Edward J. **Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States.** Westport: Praeger, 2002.

ELIA, Leopoldo. Constitucionalismo Cooperativo: “Racionalidad” y “Sentencias Aditivas” en la Jurisprudencia Italiana sobre Control de Normas. In: LÓPEZ PINA, Antonio (Ed.) **División de Poderes e Interpretación.** Madrid: Tecnos, 1987, p. 77-80.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review.** Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ENGELMANN, Fabiano. Internacionalização e Ativismo Judicial: causas políticas e causas jurídicas nas décadas de 1990 e 2000. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, V. 29, n. 1, p. 39-62, 2004.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make.** Washington: CQ Press, 1998.

EPP, Charles R. **The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective.** Chicago: The Chicago University Press, 1998.

ESPOSITO, Carlo. Il Controllo Giurisdizionale sulla Costituzionalità delle Leggi in Italia. In: **La Costituzione Italiana. Saggi.** Padova: CEDAM, 1954.

FALLON JR., Richard H. Strict Judicial Scrutiny. *University of California Law Review*, California, V. 54, n. 5, p. 1.267-1.337, 2007.

FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial.** Salvador: JusPodivm, 2011.

FERNANDEZ, Eusebio. Fundamento de los derechos humanos. In: **Anuário de Direitos Humanos.** Madrid: Universidad Complutense, 1981, V. 1.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. **La Justicia Constitucional Europea ante El Siglo XXI.** 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.

FERNÁNDEZ SEGADO, Franciso. **La Justicia Constitucional: Una Visión de Derecho Comparado**. Madrid: Dickinson, 2009, Tomo I.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale**. 8. ed. Roma: Laterza, 2004.

_____. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 13-29.

FERRERES COMELLA, Víctor. **Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective**. New Haven: Yale University Press, 2009.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; SALLES, Denise Lopes; VIEIRA, Marcelo Martins. Political and Institutional Determinants of the Executive's Legislative Success in Latin America. *Brazilian Political Science Review*, Rio de Janeiro, V. 3, n. 2, p. 155-171, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno**. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2004.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FISS, Owen. A Life Lived Twice. *Yale Law Journal*, New Haven, V. 100, n. 5, p. 1.117-1.130, 1991.

_____. Between Supremacy and Exclusivity. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed.). **The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 452-467.

FRANKFURTER, Felix. Some Reflections on the Reading of Statues. In: O'BRIEN, David M. (Ed.) **Judges on Judging. Views from the Bench**. Washington: CQ Press, 2009, p. 281-290.

FRIED, Charles. **Saying What the Law Is. The Constitution in the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, Michigan, V. 91, n. 4, p. 577-682, 1993.

_____. The Birth of an American Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five. *Yale Law Journal*, New Haven, V. 112, n. 2, p. 153-259, 2002.

_____. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, Texas, V. 84, n. 2, p. 257-337, 2005.

_____. **The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution.** New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). **Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?** Aldershot: Ashgate, 2006.

GARRIDO DA SILVA, Alexandre. Minimalismo, Democracia e *Expertise*: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, V. 12, p. 107-142, 2008.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GINSBURG, Tom. **Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases.** New York: Cambridge University Press, 2003.

_____.; KAGAN, Robert. A. (Ed.) **Institutions & Public Law. Comparative Approaches.** New York: Peter Lang, 2005.

_____. The Global Spread of Constitutional Review. In: WITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Ed.) **The Oxford Handbook of Law and Politics.** New York: Oxford University Press, 2008, p. 81-98.

GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.). **Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies.** Londres: Frank Cass, 2004.

_____. *et al.* (ed.) **Courts and Power in Latin America and Africa.** New York: Palgrave Macmillan, 2010.

GOLDSTEIN, Joel K. Leading the Court: Studies in Influence as Chief Justice. *Stetson Law Review*, Florida, V. 40, n. 3, p. 717-761, 2011.

GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel. **El Tribunal Constitucional Alemán en la Construcción del Espacio Europeo de los Derechos.** Navarra: Civitas, 2010.

GRABER, Mark A. Constructing Judicial Review. *Annual Review of Political Science*, Nova Iorque, V. 8, p. 425-451, 2008.

GRAGLIA, Lino A. It's not Constitutionalism, It's Judicial Activism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, V. 19, n. 2, p. 293-299, 1995.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, V. 58, n. 5, p. 1.195-1.263, 2009.

GREENE, Jamal. The anticanon. *Harvard Law Review*, Cambridge, V. 125, n. 2, p. 379-475, 2011.

GRIMM, Dieter. Judicial Activism. In: BADINTER, Robert; BREYER, Stephen (Ed.). **Judges in Contemporary Democracy**. New York: New York University Press, 2004, p.17-65.

GROPPI, Tania. A Justiça Constitucional em Itália. *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, Lisboa, Vols. 20/21, p. 71-77, 2001.

GUASTINI, Riccardo. **Le Fonti del Diritto e L'Interpretazione**. Milão: Giuffrè, 1993.

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. **The Power of Judges. A Comparative Study of Courts and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.) **Direito & Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 68-82.

_____. **Facticidad y Validez**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005.

HAND, Learned. **The Bill of Rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1958.

HAGE, Jorge. Controle judicial sobre as omissões normativas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, Andre Rufino do (Org.). **A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 165-169.

HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. (Ed.) **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011.

HESSE, Konrad. Significado de los Derechos Fundamentales. In: BENDA, Ernesto et al. (Org.) **Manual de Derecho Constitucional**, Madrid: Marcial Pons, 1996, p.83-116.

HILBINK, Lisa. **Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship. Lessons from Chile**. New York: Cambridge University, 2007.

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

_____. **Constitutional Theocracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

HOGG, Peter H.; BUSHELL, Allison A. The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, V. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

HOLLAND, Kenneth M. (Ed.) **Judicial Activism in Comparative Perspective**. New York: St. Martin, 1991.

HOQUE, Ridwanul. **Judicial Activism in Bangladesh: A Golden Mean Approach**. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2011.

HOROWITZ, Donald. L. **The Courts and Social Policy**. Washington: The Brookings Institution, 1977.

HORWITZ, Paul. Three Faces of Deference. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, V. 83, n. 3, p. 1.061-1.146, 2008.

HORWITZ, Morton J. **The Warren Court and the Pursuit of Justice**. New York: Hill and Wang, 1998.

HUNTINGTON, Samuel. **The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century**. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

JACKSON, Donald W.; TATE, C. Neal (Ed.). **Comparative Judicial Review and Public Policy**. Westport: Greenwood Press, 1992.

JUSTICE, William Wayne. The two faces of judicial activism. In: O'BRIEN, David M. (Ed.) **Judges on Judging. Views from the Bench**. Washington: CQ Press, 2009, p. 259-271.

KAPISZEWSKI, Diana. Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. *Law & Society Review*, Nova Iorque, V. 42, n. 2, p. 471-506, 2011.

_____. Power Broker, Policy Maker, or Rights Protection? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. (Ed.) **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 154-186.

KECK, Thomas M. **The Most Activist Supreme Court in History. The road to modern judicial conservatism**. Chicago: The University of Chicago Press, 2004.

KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione: La Giustizia Costituzionale. In: **La Giustizia Costituzionale**. Milão: Giuffrè, 1981.

KLARE, Karl E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, Johannesburg, V. 14, n. 1, p. 146-188, 1998.

KLUG, Heinz. South Africa: From Constitutional Promise to Social Transformations. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.) **Interpreting Constitutions. A Comparative Study**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 266-320.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". *California Law Review*, California, V. 92, n. 5, p. 1.441-1.477, 2004.

KOMMERS, Donald P. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 2. ed. Durham: Duke University Press, 1997.

_____. Germany: Balancing Rights and Duties. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.) **Interpreting Constitutions. A Comparative Study**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 161-214.

KOOPMANS, Tim. **Courts and Political Institutions. A Comparative View.** New York: Cambridge University Press, 2003.

KRAMER, Larry D. We the Court. *Harvard Law Review*, Cambridge, V. 115, n. 1, p. 5-69, 2001.

_____. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review.** New York: Oxford University Press, 2004.

LANDAU, David. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, V. 51, n. 2, p. 319/377, 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3. ed. Trad. de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Victor Nunes. Representação de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado. *Revista de Direito Público*, São Paulo, V. 53/54, p. 25-37, 1980.

LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Henning (Org.). **Ativismo Judicial e Déficit Democráticos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez? O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

LEISHMAN, Rory. **Against Judicial Activism. The Decline of Freedom and Democracy in Canada.** Montreal: McGill-Queen's, 2009.

LEVIN, Mark. **Men in Black. How the Supreme Court is destroying America.** Washington: Regnery, 2005.

LEWIS, Frederick P. **The Context of Judicial Activism. The Endurance of the Warren Court in a Conservative Age.** Lanham: Rowman & Littlefield Publ., 1999.

LIJPHART, Arend. **Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries.** New Haven: Yale University Press, 1999.

LIMONGI, Fernando. Presidencialismo e Governo de Coalizão. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. (Org.) **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 237-257.

LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1996.

LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.) **O Supremo Tribunal de Justiça do Império. 1828-1889**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LUBAN, David. Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint. *Duke Law Journal*, Durhan, V. 44, n. 3, p. 449-523, 1994.

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. **Giustizia Costituzionale**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2007.

MANGIAMELI, Stelio. Il Contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali. In: PACE, Alessandro (Ed.) **Corte Costituzionale e Processo Costituzionale**. Milão: Giuffrè, 2006, p. 472-528.

MARSHALL. William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. *Colorado Law Review*, Colorado, V. 73, n. 4, p. 1.217-1.256, 2002.

MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. **La Sentencia Constitucional em Italia**. Madrid: CEPC, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Da Eficácia das Decisões do Supremo Tribunal Federal. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, Ano 1, n. 2, p. 8-20, 1993.

MATHEWS, Jud; SWEET, Stone. All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing. *Emory Law Journal*, Atlanta, V. 60, n. 4, p. 797-875, 2011.

McCLOSKEY, Robert M. **The American Supreme Court**. 5. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2010.

McWHINNEY, Edward. **Judicial Review in the English-Speaking World**. Toronto: University of Toronto Press, 1956.

MEESE III, Edwin. The Law of the Constitution. *Tulane Law Review*, Nova Orleans, V. 61, n. 5, p. 979-990, 1987.

_____. Toward a Jurisprudence of Original Intent. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, V. 11, n. 1, p. 6-12, 1988.

MELLO FILHO, José Celso de. O Supremo Tribunal Federal e a defesa das liberdades públicas sob a Constituição de 1988: alguns tópicos relevantes. In: PAULSEN, Leandro (Coord.) **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 16-17

MELLO, Patrícia Perroni de Campos. **Precedentes. O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, V. 19/20, p. 183-213, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do Direito Constitucional brasileiro e a constitucionalidade da lei. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 32, n. 126, 1995.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 41, n. 162, p. 149-168, 2004.

_____. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDELSON, Wallace. The Orthodox, or Anti-Activist, View – Mr. Justice Frankfurter. In: FORTE, David F. (Ed.) **The Supreme Court in American Politics. Judicial Activism v. Judicial Restraint**. Lexington: D.C. Heath and Co., 1972, p. 23-27.

_____. The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter. *Vanderbilt Law Review*, Columbia, V. 31, n. 1, p. 71-87, 1978.

_____. Was Chief Justice Marshall an Activist? In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. **Supreme Court Activism and Restraint**. Lexington: Lexington Books, 1982, p. 57-76.

MILLER, Arthur S. In Defense of Judicial Activism. In: HALPERN, Stephen C. LAMB, Charles M. **Supreme Court Activism and Restraint**. Lexington: Lexington Books, 1982, p. 167-199.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Tomo II.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Mandado de injunção – A auto-aplicação do inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. In: LAFER, Celso; FERRAZ Jr., TÉRCIO SAMPAIO (Coord.). **Direito, Política, Filosofia e Poesia. Estudos em homenagem ao Professor MIGUEL REALE no seu octogésimo aniversário**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 507-522.

_____. O Controle de Constitucionalidade no Brasil. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, Brasília, V. 9, p. 127-140, 1996.

MOUSTAFA, Tamir; GINSBURG, Tom. (Ed.) **Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes**. New York: Cambridge University Press, 2008.

MONKS, Robert A.G.; MURRAY, Peter L. Conservative Activist Judges Endanger America. In: BERLATSKY, Noah (Ed.) **Judicial Activism**. Detroit: Greenhaven Press, 2012, p. 25-37.

NAGEL, Robert. F. Principle, Prudence, and Judicial Power. In: WARD, Kenneth D.; CASTILLO, Cecilia R. (Ed.) **The Judiciary and American Democracy. Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory**. Albany: State University of New York Press, 2005, p. 9-22.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003.

O'BRIEN, David M. **Storm Center. The Supreme Court in American Politics**. 8. ed. New York: W.W. Norton & Company, 2008.

O'DONNELL, Guilherme. Horizontal Accountability in New Democracies. *Journal of Democracy*, Washington, V. 9, n. 3, p. 112-126, 1998.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O Supremo Tribunal Federal no Processo de Transição Democrática: Uma Análise de Conteúdo dos Jornais *Folha de S. Paulo* e o *Estado de S. Paulo*. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, V. 22, p. 101-118, 2004.

OLIVEIRA, Maria Angela Jardim de Santa Cruz; GAROUPA, Nuno. Choosing Judges in Brazil: Reassessing Legal Transplants from the United States. *The American Journal of Comparative Law*, Nova Iorque, V. 59, n. 2, p. 529-562, 2011.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Poder Judiciário: Árbitro dos Conflitos Constitucionais entre Estados e União. *Lua Nova*, São Paulo, V. 78, p. 223-250, 2009.

OSIEL, Mark. J. Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil. *Law and Social Inquiry*, Nova Iorque, V. 20, n. 2, p. 481-560, 1995.

PEREIRA, Anthony W. **Political (In) Justice. Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina.** Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PETERS, Christopher J.; DEVINS, Neal. Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism. In: WARD, Kenneth D.; CASTILLO, Cecilia R. (Ed.) **The Judiciary and American Democracy. Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory.** Albany: State University of New York Press, 2005, p. 45-70.

PETTYS, Todd E. Judicial Discretion in Constitutional Cases. *Journal of Law & Politics*, Nova Iorque, V. 26, n. 2, p. 123-178, 2011.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, V. 17, 2000.

_____. Democracia Pragmática: Pressupostos de uma Teoria Normativa Empiricamente Orientada. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, V. 53, n. 3, p. 657-693, 2010.

_____. Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POLLICINIO, Oreste. Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint. *German Law Journal*, Toronyo, V. 5, n. 3, p. 283-317, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda nº 1, de 1969.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, Tomo IV: Arts. 118-153, §1º.

POSNER, Richard A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, Indiana, V. 59, n. 1, p. 1-24, 1983.

_____. **The Federal Courts, Challenge and Reform.** Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. **Law, Pragmatism, Law and Democracy.** Cambridge: Harvard University Press, 2003.

_____. **How Judges Think.** Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. *Fordham Law Review*, Nova Iorque, V. 75, n. 2, p. 545-575, 2006.

_____. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Cambridge, V. 42, p. 373-433, 2007.

_____. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, California, V. 100, n. 3, p. 519-556, 2012.

POWE JR, Lucas A. **The Warren Court and American Politics.** Cambridge: Harvard University Press, 2000.

POWER, Timonhy J. Brazilian Democracy as a Late Bloomer. Reevaluating the Regime in the Cardoso-Lula Era. *Latin American Research Review (Special Issue)*, Maryland, p. 218-247, 2011.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel; CAMPIONE, Roger. **Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano. Estudio de una jurisdicción de la libertad.** Madrid: CEPC, 2010.

PROVINE, Doris Marie. Judicial Activism and American Democracy. In: HALL, Kermit L.; McGUIRE, Kevin T. **The Judicial Branch.** New York: Oxford University Press, 2005.

PURDY, Jedediah. The Roberts Court v. America. **Democracy. A Journal of Ideas**. V. 23, Inverno de 2012. Disponível em <<http://democracyjournal.org/>>. Acesso em: 20. Abr. 2012.

RADBRUCH, Gustav. Five Minutes of Legal Philosophy (1945). *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, V. 26, n. 1, p. 13-15, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RINGHAND, Lori A. Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court. *Constitutional Commentary*, Minneapolis, V. 24, n. 1, p. 43-102, 2007.

RIOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Matthew M. Institutional Determinants of the Judicialisation of the Policy in Brazil and Mexico. *Journal of Latin American Studies*, Cambridge, V. 38, n. 4, p. 739-766, 2006.

ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue**. Toronto: Irwin Law, 2001.

ROBERTS, Caprice L. In Search of Judicial Activism: Danger in Quantifying the Qualitative. *Tennessee Law Review*, Tennessee, V. 74, n. 4, p. 567-621, 2007.

ROBERTSON, David. **The Judges as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review**. Princeton: Princeton University Press, 2010.

ROCHE, John P. A Structural Interpretation. In: FORTE, David F. (Ed.). **The Supreme Politics. Judicial Activism v. Judicial Restraint**. Lexington: D.C. Heath and Co., 1972, p. 8-12.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, Tomo I.

_____. **História do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, Tomo II.

_____. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, Tomo III.

_____. **História do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, Tomo IV – V. I.

RODRÍGUEZ, César A.; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio; YEPES, Rodrigo Uprimny. Justice and Society in Colombia: A Sociolegal Analysis of Colombian Courts. In: FRIEDMAN, Lawrence M.; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (Ed.). **Legal Culture in the Age of Globalization. Latin America and Latin Europe.** Stanford: Stanford University Press, 2003, p. 134-183.

ROOSEVELT III, Kermit. **The Myth of Judicial Activism: making sense of Supreme Court decisions.** New Haven: Yale University Press, 2006.

ROSENBERG, Gerald N. **The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?** 2^a ed., Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

ROSENFELD, Michel. Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, V. 2, n. 4, p. 633-688, 2004.

ROUX, Theunis. Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.). **Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies.** Londres: Frank Cass, 2004, p. 92-111.

ROZNAI, Yaniv; YOLCU, Serkan. An unconstitutional constitutional amendment – The Turkish perspective: A coment on the Turkish Constitutional Court's headscarf decision. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, V. 10, n. 1, p. 175-207, 2012.

RUBIO LLORENTE, Francisco. La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación de Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, V. 22, p. 9-51, 1998.

RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonio. **Lineamenti di Giustizia Costituzionale.** Torino: Giappichelli, 2004.

SADURSKI, Wojciech. **Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe.** Dordrecht: Springer, 2008.

SALZBERGER, Eli. Judicial Activism in Israel. In: DICKSON, Brice (Ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 217-272.

SANTOS, Fabiano. Partidos no Presidencialismo de Coalizão. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, V. 45, n. 2, p. 237-264, 2002.

_____. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: _____. **Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 167-205.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; _____. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586.

_____. (Resenha de Livro) Um Novo Clássico: *O Curso de Direito Constitucional Contemporâneo* de Luís Roberto Barroso. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, V. 12, p. 395-410, 2008.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2009, p. 9-49.

_____. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SATHE, S. P. India: From Positivism to Structuralism. In: GOLDSWORTHY, Jeffrey (Ed.) **Interpreting Constitutions. A Comparative Study**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 215-265.

SCALIA, Antonin. Originalism: The Lesser Evil. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, V. 57, n. 3, p. 849-865, 1989.

SCHWARTZ, Herman. **The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe**. Chicago: The University of Chicago Press, 2000.

SCHEPPELE, Kim Lane. Declarations of Independence. Judicial Reactions to Political Pressure. In: BURBANK, Stephen B.; FRIEDMAN, Barry (Ed.). **Judicial Independence at the Crossroads. An Interdisciplinary Approach**. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002, p. 227-279.

SCHICK, Marvin. Judicial Activism on the Supreme Court. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. **Supreme Court Activism and Restraint**. Lexington Books, 1982, p. 37-56.

SCHLINK, Bernhard. German Constitutional Culture in Transition. In: ROSENFELD, Michel (Ed.) **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy. Theoretical Perspectives**. Durham: Duke University Press, 1994, p. 197-212.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. New York: Cambridge University Press, 2002.

SEIDMAN, Louis Michael. **Our Unsettled Constitution. A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review**. New Haven: Yale University Press, 2001.
_____. A contextual Judicial Review. *Cardozo Law Review*, Nova Iorque, V. 32, n. 4, p. 1.143-1.181, 2011.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, Nova Iorque, V. 35, n. 1, p. 73/212, 1947.

SHAPIRO e TRESOLINI. **American Constitutional Law**. 4. ed. New York: Macmillan Publishing, 1975.

SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Ed.). **The Judicialization of Politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, São Paulo, V. 3, p. 191-210, 2006.

_____. **Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, V. 250, p. 197-227, 2009.

SILVA, José Afonso. Controle de Constitucionalidade: Variações sobre o mesmo tema. In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, V. 6, p. 9-20, 2002.

SÓLYOM, László; BRUNNER, Georg (Ed.). **Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court**. Ann Arbor: The University of Michigan, 2000.

SONGER, Donald R. **The Transformation of the Supreme Court of Canada: An Empirical Examination**. Toronto: University of Toronto Press, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. _____. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

STOTZKY, Irwin P. (Ed.) **Transition to Democracy in Latin American: The Role of the Judiciary**. Boulder: Westview Press, 1993.

STRECK, Lênio Luiz et al. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. *Jus Navigandi*, Teresina, Ano 14, n. 2218, 28. jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/>>. Acesso em: 25. Abr. 2010.

STRAUSS, David A. Why was *Lochner* Wrong? *The University of Chicago Law Review*, Chicago, V. 70, n. 1, p. 373-386, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. **Designing Democracy: What Constitutions Do**. New York: Oxford University Press, 2001.

_____. Lawless Order and Hot Cases. In: DWORKIN, Ronald (Ed.) **A Badly Flawed Election**. New York: The New Press, 2002, p. 76-104.

_____. **The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever**. New York: Basic Books, 2004.

_____. Minimalism at War. *Law and Economic Working Paper*, Chicago, n. 231, 2004.

_____. **Radicals in Robes**. New York: Basic Books, 2005.

_____. **Are Judges Political?: An Empirical Analysis of the Federal Judiciary**. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

_____. Problems with Minimalism. *Chicago Law School John M. Olim & Economics Working Paper*, Chicago, n. 276, 2006.

_____. Beyond Judicial Minimalism. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, Chicago, n. 237, 2008.

_____. **A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. New York: Oxford University Press, 2000.

_____. **The Judicial Construction of Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power?. In: _____. VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995, p. 27-37.

TAYLOR, Matthew M. **Judging Policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Stanford: Stanford University Press, 2008.

THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, Cambridge, V. 7, n. 3, p. 129-156, 1893.

TOOBIN, Jeffrey. **The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court**. New York: Anchor Books, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. A Constituição Financeira nos seus 20 Anos. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 837-848.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America and Two Essays on America** (1835-1840). Londres: Penguin Books, 2003.

TRIBE, Laurence H. **God Save This Honorable Court: How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History**. New York: Random House, 1985.

_____. **The Invisible Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TRIDIMAS, Takis. **The General Principles of EU Law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2006.

TSEBELIS, George. **Veto Players: How Political Institutions Work**. New Jersey: Princeton University Press, 2002.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away From the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. Alternatives Forms of Judicial Review. *Michigan Law Review*, Michigan, V. 101, n. 7, p. 2.781-2.802, 2007.

_____. **Arguing Marbury v. Madison**. Standford: Standford University Press, 2005.

_____. **A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law**, New York: W.W. Norton, 2005.

_____. The Supreme Court and the National Political Order. In: KAHN, Ronald; Kersch, Ken I. (Ed.) **The Supreme Court & American Political Development**. Lawrence: Kansas, 2006, p. 117-137.

_____. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University, 2008.

_____. **Why the Constitution Matters**. New Haven: Yale University Press, 2010.

VALE, Osvaldo Trigueiro do. **O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

VALLE, Rubén Hernández. Costa Rica. In: VALLE, Rubén Hernández; PÉREZ TREMPES, Pablo (Coords.). **La Justicia Constitucional como Elemento de Consolidación de la Democracia en Centroamérica**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 19-56.

VALLE, Vanice Regina Lório do (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

VANVERG, Georg. **The Politics of Constitutional Review in Germany**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, V. 8, p. 407-440, 2008.

VERMEULE, Adrian. Judicial Review and Institutional Choice. *William and Mary Law Review*, Virginia, V. 43, n. 4, p. 1.557-1.567, 2002.

_____. **Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. System Effects and the Constitution. *Harvard Law Review*, Cambridge, V. 123, n. 4, p. 4-72, 2009.

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

_____. BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, São Paulo, V. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política**. São Paulo: RT, 1994.

_____. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, V. 12, p. 55-76, 2008.

VILLA, Marco Antonio. **A História das Constituições Brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. São Paulo: Leya, 2011.

VITALE, Ermanno (Ed.) **Luigi Ferrajoli: Diritti fondamentali. Um dibattito teorico**. Bari: Laterza, 2001.

VOLCANSEK, Mary L. Bargaining Constitutional Design in Italy: Judicial Review as Political Insurance. *West European Politics*, Oxford, V. 33, n. 2, p. 280-296, 2010.

WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, V. 13, n. 1, p. 1-17, 1993.

_____. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, New Haven, V. 115, n. 6, p. 1.346-1.406, 2006.

WEYLAND, Kurt. The Growing Sustainability of Brazil's Low-Quality Democracy. In: HAGOPIAN, Frances. MAINWARING, Scott P. (Ed.) **The Third of Democratization in Latin America. Advances and Setbacks**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 90-120.

WHITTINGTON, Keith E. **Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History**. Princeton: Princeton University Press, 2007.

WILSON, Bruce M. Changing Dynamics: The Political Impact of Costa Rica's Constitutional Court. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Ed.). **The Judicialization of Politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2005, p. 47-65.

_____. Claiming individual rights through a constitutional court: The example of gays in Costa Rica. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, V. 5, n. 2), p. 242-257, 2008.

_____. Enforcing Rights and Exercising an Accountability Function. *Costa Rica's Constitutional Chamber of the Supreme Court*. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. (ed.) **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University, 2011, p. 55-80.

YEPES, Rodrigo Uprimny. The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.) **Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies**. Londres: Frank Cass, 2004, p. 46-69.

_____. A Judicialização da Política na Colômbia: Casos, Potencialidades e Riscos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, V. 6, p. 53-69, 2007.

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. *Colorado Law Review*, Colorado, V. 73, n. 4, p. 1.139-1.143, 2002.

YUNG, Corey Rayburn. Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts. *Northwestern University Law Review*, Illinois, V. 105, n. 1, p. 1-60, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. 2 ed. Bologna: Il Mulino, 1988.
_____. **Il diritto mite**. Torino: Einaudi, 1992.