

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Lucas Pessoa Moreira

**A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO E O ESPAÇO DE SUA
AUTORRESTRICÇÃO FUNDADA NA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM
SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS E PLURAIS.**

Mestrado em Direito

São Paulo
2016

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Lucas Pessoa Moreira

**A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO E O ESPAÇO DE SUA
AUTORRESTRICÇÃO FUNDADA NA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM
SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS E PLURAIS.**

Dissertação de Mestrado apresentado à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor André Ramos Tavares.

São Paulo
2016

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Lucas Pessôa Moreira

**A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO E O ESPAÇO DE SUA
AUTORRESTRICÇÃO FUNDADA NA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM
SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS E PLURAIS.**

Aprovada em: __ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Aos meus pais, Omar e Miriam, pelas mais importantes lições e o amor incondicional.

À minha irmã, Luiza, pela amizade sincera.

À minha esposa, Paula, pelo amor, carinho e compreensão em todas as jornadas.

*“O cavalo é preparado para o dia da batalha,
mas do Senhor vem a vitória.” Provérbios
21:31*

RESUMO

Está em curso uma era de expansão global do Poder Judiciário. Contudo, é questionável se tal expansão se harmoniza com a separação dos poderes, a garantia de direitos individuais e a necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, pela via da democracia representativa, os três pilares da contenção do poder dos governantes no constitucionalismo moderno. O trabalho abordará a tensão existente entre a democracia e a jurisdição constitucional, pois o exercício da jurisdição constitucional impõe bloqueios para a deliberação coletiva ao extrair respostas diretamente da Constituição, por intermédio da interpretação judicial, sendo que tais tensões podem ser observadas por meio das relações entre os poderes. O tema envolve a compreensão e distinção da politização da justiça e do ativismo judicial, sendo que o segundo possui múltiplas faces, pelo que é necessária sua delimitação mais precisa. O trabalho trabalha, assim na delimitação de um espaço no qual a postura do Poder Judiciário legítima deve ser autorrestritiva, na forma de uma deferência aos poderes eleitos fundada na separação dos poderes em uma sociedade democrática e plural, para que dessa maneira possa ser analisada a recente expansão do Poder Judiciário ocorrida no Brasil.

Palavras-chave: Separação dos poderes. Constitucionalismo. Democracia. Expansão do Judiciário. Autorrestrição judicial.

ABSTRACT

An era of global expansion of the Judiciary is underway. However, it is questionable whether such expansion harmonizes with the separation of powers, the guarantee of individual rights and the need to legitimize government by the consent of the governed, through representative democracy, the three pillars in order to restrain the power of rulers in modern constitutionalism. The study will address the tension between democracy and judicial review, since the exercise of judicial review imposes problems for collective deliberation by extracting responses directly from the Constitution, through judicial interpretation, considering that such tensions can be observed through relations between the branches of government. The theme involves the understanding and distinction of the politicization of justice and judicial activism. The judicial activism has multiple faces, so its more precise delimitation is necessary. The study thus works in the delimitation of a space in which the position of the legitimate Judiciary should be one of self-restraint, in the form of a deference to the elected branches based on the separation of powers in a democratic and plural society, in order to analyze the recent expansion of the Judiciary in Brazil.

Keywords: Separation of powers. Constitutionalism. Democracy. Expansion of the Judiciary. Judicial self-restraint.

SUMÁRIO

Introdução.....	9
1. FUNDAMENTOS	14
1.1. A origem da separação dos poderes.....	14
1.2. Constitucionalismo, soberania popular e os poderes do Estado.....	30
1.3. A Separação dos Poderes em transformação	45
1.4. Separação dos poderes, Poder Judiciário e jurisdição constitucional nas constituições brasileiras	57
2. EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL	69
2.1. A tensão inerente ao exercício da jurisdição constitucional em democracias	69
2.2. A expansão da jurisdição constitucional no mundo	74
2.3. A soberania popular obscurecida	81
2.4. A judicialização e o ativismo/autorrestrrição judicial	88
2.4.1. A judicialização da política e sua relação com o ativismo judicial	89
2.4.2. As origens do termo ativismo judicial	95
2.4.3. Um breve histórico do ativismo judicial norte-americano	98
2.4.4. As diferentes faces do ativismo/autorrestrrição judicial.....	108
2.4.5. Um breve histórico da autorrestrrição judicial norte-americana	122
3. A AUTORRESTRICÇÃO JUDICIAL FUNDADA NA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS E PLURAIS	132
4. A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988	139
5. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E SUAS COMPLEXIDADES: DELIMITANDO O ESPAÇO DO ATIVISMO/AUTOCONTENÇÃO	154
6. O ESPAÇO DA AUTORRESTRICÇÃO JUDICIAL E ALGUNS PARÂMETROS PARA SUA DELIMITAÇÃO	168
CONCLUSÃO	187

Referências bibliográficas.....	187
----------------------------------------	------------

Introdução

Não é mais surpresa a amplitude da cobertura midiática da atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Raros são os dias em que suas decisões não são manchetes dos jornais. Oscar Vilhena Vieira destacava em 2008, que tais manchetes aparecem nos cadernos de política, economia, legislação, polícia, e eventualmente nas páginas de ciências, educação e cultura¹. Oito anos depois é possível afirmar, com certa surpresa, que se tornou comum ver notícias relacionadas a ministros e ex-ministros até em páginas de fofoca.

Está em curso uma era de expansão global do Poder Judiciário. Fala-se no século XXI como o século do Judiciário. Ocorre que parte desse progressivo avanço também ocorre sobre áreas que tradicionalmente eram ocupadas pelos poderes políticos majoritários – Legislativo e Executivo.

Este trabalho buscará desenvolver às seguintes questões: esta nova configuração do Poder Judiciário, encarada em seu viés mais radical, denominada por parte respeitável da doutrina como ativismo judicial, conflita com a cláusula da separação dos poderes? E com a democracia? E com a pluralidade das visões de vida existentes na sociedade?

Ora, a atuação harmônica dos Poderes, preconizada pelo constituinte², depende, em grande medida, do exercício das competências constitucionalmente assinaladas de forma sábia e prudente.

Definir o papel que determina as funções de cada um dos poderes em um Estado Democrático de Direito é uma tarefa árdua mas dá bons frutos. Desde a idealização da teoria da separação dos poderes sua concretização foi marcada pela dificuldade em que seja alcançado um equilíbrio ideal que proporcione a estabilidade e prosperidade à nação que delimita o modelo a ser aplicado em sua Constituição. O que se vivenciou foi, em geral, a alternância da supremacia de um dos poderes sobre demais em diferentes ciclos temporais.

¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. in: São Paulo:Revista Direito GV, 2009, vol. 8, p. 442.

² “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Pensando na contemporaneidade, o grande problema que envolve o tema deste trabalho está na contraposição entre constitucionalismo e democracia, pois a harmonia entre Estado Constitucional de Direito e Estado Democrático de Direito possui diversos obstáculos para ser plenamente concretizada.

A discussão sobre a boa forma de governo é ininterrupta na história. Teorias jurídicas, políticas, filosóficas e mesmo econômicas se embrenharam em tentativas de fornecer respostas às questões relacionadas ao tema. As respostas foram variadas e conflitantes. Continuam a ser. Pretende-se dar alguns passos na compreensão de algumas delas.

O constitucionalismo contemporâneo exige que se garantam direitos e deveres, sendo a jurisdição, em muitos casos, a via mais eficaz e efetiva para tanto. O relevante papel da jurisdição constitucional como guardiã e garantidora destes é imprescindível à concretização das diversas determinações previstas nas constituições.

Contudo, embora se reconheça que a instituição da jurisdição constitucional foi em geral exitosa na delimitação de espaços de observância obrigatória pelas maiorias eventuais, é certo que o questionamento sobre a legitimidade da atuação a acompanha desde sua origem. A polêmica se intensifica em algumas circunstâncias, e especialmente em se tratando do exercício da jurisdição constitucional em sentido estrito³ – este será o sentido empregado deste trabalho –, em movimento pendular que se renova constantemente, em cujos extremos quando são tomadas decisões marcadas pelo ativismo ou autorrestrrição das cortes competentes para realizar o controle de constitucionalidade.

A situação teórica sob a qual se debruça pode ser observada na prática quando o Supremo Tribunal Federal, de forma concentrada, e os demais magistrados brasileiros, difusamente, exercem o controle dos atos normativos, inclusive os emanados do Poder Legislativo e da chefia do Poder Executivo. No desempenho de tal atribuição, podem invalidar atos do Congresso Nacional –

³ “Para nós, a jurisdição constitucional, em sentido estrito, consiste na entrega, aos órgãos do poder judiciário, da missão de solucionar os conflitos entre as normas jurídicas ordinárias (e complementares) e a constituição. E, mais amplamente (sentido próprio), é a entrega ao poder judiciário da missão de solucionar conflitos constitucionais.” SILVA, José Afonso da. *Jurisdição Constitucional da Liberdade no Brasil*. Revista do Centro de Estudos Políticos y Constitucionales. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976148.pdf> > Acesso em 15 de nov. de 2016, p. 1.

composto por representantes eleitos pelo povo – e do Presidente da República – Dilma Rousseff foi eleita com mais de cinquenta e quatro milhões de votos. O Poder Judiciário, que jamais recebeu um voto popular, pode sobrepor sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática.

Demonstrada, assim, a tensão que a jurisdição constitucional mantém com a própria ideia de democracia, não obstante suas virtudes e utilidade para o próprio funcionamento de tal regime. O exercício da jurisdição constitucional impõe bloqueios para a deliberação coletiva ao extrair respostas diretamente da Constituição, através da interpretação judicial. Chegou-se à situação na qual a difusão e o desenvolvimento do controle jurisdicional de constitucionalidade, somados a outros fatores, culminaram em situações nas quais os magistrados competentes para seu exercício passaram a desempenhar um protagonismo considerado excessivo na definição de temas controversos na sociedade.

O que se questiona, assim, é se o argumento da defesa a esses direitos tem servido para legitimar o „governo dos juízes“. Não se questiona a existência da jurisdição constitucional, mas sim a extensão de sua atividade e a (falta de) legitimidade democrática no que tange a algumas de suas intervenções. Considera-se que a absorção de novas competências pelo Poder Judiciário precisa estar vinculada ao estabelecimento de limites para sua atuação legítima.

Há, hoje em dia, uma grande preocupação quanto ao papel que o Poder Judiciário vem assumindo, com a supervalorização de suas funções, mas não se atém, em geral, para a causa disso e se essa proatividade é permitida ou até mesmo exigida por nosso sistema jurídico.

As influências recíprocas entre o constitucionalismo, separação dos poderes, a democracia, servirão, então, como base para o estudo da expansão do Poder Judiciário, sendo dispensada atenção especial para a análise do ativismo/autorrestrição judicial, com o fito de verificar os critérios que pautam a utilização dos termos e, posteriormente, delimitar um significado que se relacione com os demais objetos deste trabalho.

O estudo que se segue está dividido em seis partes.

No primeiro capítulo, parte-se da análise dos fundamentos teóricos que irão orientar o restante da análise.

De início será estudada a teoria da separação dos poderes em sua gênese e desenvolvimento histórico, a fim de reafirmar sua importância e delimitar seu significado original.

Em seguida, serão estudadas outras noções basilares dos sistemas de governos atuais: o constitucionalismo e a democracia, que tiveram sua concepção praticamente em conjunto com a separação dos poderes e com ela se relacionam intimamente.

Firmados os conceitos fundamentais, serão, então, abordadas as incompatibilidades da formulação clássica da separação dos poderes na sociedade contemporânea, bem como algumas tentativas de delimitar o núcleo de seu significado atualizado, de forma a ser definido um conceito que poderá orientar a análise que se seguirá.

O segundo capítulo partirá da exposição do fenômeno da expansão da jurisdição constitucional ao redor do mundo, bem como as principais teorias que pretendem explicar essa situação.

Será, então, questionada a relação atualmente dominante entre a separação dos poderes, o controle de constitucionalidade, e o ideal de soberania popular, de forma a questionar se o último está sendo obscurecido pelas opções constitucionais e pela atuação dos órgãos encarregados de exercer o controle de constitucionalidade.

Serão apresentadas, então, as situações descritas como „judicialização da política“ e „ativismo judicial“, para que, analisando as principais obras que tratam de tais temas, possa se chegar a uma conclusão a respeito da identidade ou diferença dos termos, a partir da delimitação de suas características específicas.

O terceiro capítulo tentará definir a autorrestrrição judicial, e o ativismo por contraposição, a partir de uma delimitação adequada aos limites com que se trabalha, quais sejam, a separação dos poderes em uma sociedade democrática e plural. Trabalha-se com a noção de que tais definições apenas possuem valor se conseguirem delimitar a alteração qualitativa da atividade desempenhada pelo Poder Judiciário.

Baseando-se nas delimitações que já terão sido realizadas, o quarto capítulo analisará a expansão do poder judiciário após a Constituição de 1988, a fim de delimitar as alterações sofridas, suas causas, e, principalmente, se a expansão verificada pode ser genericamente atribuída ao ativismo judicial.

No quinto capítulo trabalha-se, então, com a questão da interpretação jurídica criativa, a fim de iniciar a delimitação do espaço que se entende reservado à autorrestrrição judicial fundada na separação dos poderes em sociedades democráticas e plurais.

Ao chegar-se no sexto capítulo, será utilizado todo o conhecimento agragado durante o trabalho para que sejam delimitada a margem de discricionariedade judicial atribuída a quem exerce a jurisdição constitucional, bem como o espaço no qual ele deverá agir de forma deferente, por se tratar de zona na qual a autorrestrrição é a postura legítima a ser adotada para lidar com os problemas do dissenso em uma sociedade democrática e plural.

Por fim, serão sintetizadas a que se chegará no desenvolvimento deste trabalho, com o fito de acrescer algo a tão importante debate.

1. FUNDAMENTOS

O Estado de Direito, marcado pela juridicização do poder, se tornou, dado o êxito do constitucionalismo, sinônimo de Estado Constitucional, que tem na separação dos poderes uma de suas noções fundantes.

A teoria da separação de poderes possui suas origens na busca da melhor maneira para lidar com as disputas entre grupos humanos, e desenvolve-se por meio da reflexão sobre essa prática tendo em vista aperfeiçoá-la ou modificá-la.

Sendo o fundamento do constitucionalismo moderno a limitação do poder, pode-se afirmar que a teoria da separação de poderes foi a principal ferramenta concebida pelos pensadores do Direito Constitucional e da Teoria Política como forma de realização deste fim maior.

Por meio da identificação e distribuição das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado para a consecução de seus fins foram desenhados os contornos de organização estatal consagrados nas constituições democráticas contemporâneas.

Posto isto, para aprofundar qualquer estudo constitucional, na qual adquirem relevância as relações entre os poderes estatais, torna-se imprescindível o estudo prévio do tema.

1.1. A origem da separação dos poderes

A divisão do poder apresenta-se como uma velha solução das teorias das formas de governo. A reflexão a respeito do poder dividido remonta à Grécia antiga, assumindo destaque o conceito de constituição mista desenvolvido por Aristóteles. O filósofo grego, que viveu de 384 a.C. a 322 a.C., escreveu sobre muitos assuntos, das ciências à lógica. Sua obra *Constituições* teve como objeto um estudo histórico e político de todas as formas de governo e de poder existentes na época. O trabalho foi a base a elaboração de sua obra mais completa, *Política*, na qual estuda não apenas os poderes políticos, mas também a estrutura e o comportamento das autoridades administrativas e judiciárias.

No Livro III, Capítulo X, de *Política*, Aristóteles afirma que “existem em qualquer governo três poderes essenciais”⁴, cabendo ao legislador prudente acomodá-los, da forma mais conveniente, sendo que quando essas três partes estiverem bem ordenadas é que o governo será bem-sucedido.

O primeiro poder é o deliberativo, ou seja, aquele que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo envolve todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de as realizar. O terceiro abrange as tarefas de jurisdição.⁵

Aristóteles chama atenção sobre a existência de muitas constituições diferentes, concentrando-se em discorrer a respeito de seis formas clássicas de governo. Com base no critério de número, as constituições que preveem formas justas de governo podem ser distinguidas conforme o poder resida numa só pessoa (monarquia), em poucas pessoas (aristocracia) e em muitas (democracia) – formas justas. Contudo, haveria uma natural tendência de degeneração de tais espécies, as quais seriam transformadas, respectivamente, em tirania, oligarquia e demagogia – formas injustas de governo.

Por meio do princípio da mediação, fundamentado no valor eminentemente positivo do que está no meio, situado entre dois extremos, Aristóteles desenvolve a *politia*, uma mistura de democracia e oligarquia inclinada para a democracia, na qual os governantes são uma miscigenação entre ricos e pobres.

Nuno Piçarra extrai do pensamento aristotélico a ideia de equilíbrio ou balanceamento das classes sociais que virá a ser associada à doutrina da separação de poderes. O autor português afirma que:

“(…) constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo,

⁴ ARISTÓTELES, *A Política, Livro III, Capítulo XI*. In: SALDANHA, Nelson. *Separação de poderes*. 1981, p. 45.

⁵ Desponta clara a diferença entre os poderes vislumbrados na antiguidade e a tripartição posterior no executivo, legislativo e judiciário que conhecemos. Importa salientar, contudo, que a diferença apontada tem raízes no fato de os gregos antigos não trabalhavam com a ideia de contínua ou mesmo frequente criação de novas leis. A lei, uma vez criada por um legislador com inspiração divina, era estabelecida como fundamento de um sistema legal que poderia até ser modificado para se adequar às novas condições, mas tais alterações não podiam ser usuais, sob pena de a população deixar de respeitá-las. (VILE. M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 24).

em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político.”⁶

Segundo M. J. C. Vile, o governo misto era baseado na crença de que deveria ser permitido que os principais interesses existentes na sociedade tomassem parte conjuntamente das funções de governo, de forma a prevenir que um desses interesses pudesse impor sua vontade sobre os demais⁷.

Aristóteles propõe um governo com elementos de cada forma de governo. Um governo misto, portanto, sendo que os controles colocados à natural tendência de abuso de poder tinham por escopo a manutenção dos regimes virtuosos. A noção de „equilíbrio” existente no governo misto está, portanto, muito vinculada à ideia de manutenção de um regime, de evitar a sua degeneração.

A ideia de governo misto continua a ser desenvolvida por Políbio, geógrafo e historiador de origem grega, especialmente em sua obra intitulada *História*, dedicada ao estudo da política em Roma. Partindo da premissa de que “deve-se considerar a constituição de um povo como a causa primordial do êxito ou do insucesso de todas as ações”⁸, o autor acrescenta, às seis clássicas tipologias das formas de governo, uma sétima, melhor que as três formas de governo justas. Seria uma mistura da monarquia, da aristocracia e da democracia, ou seja, uma mescla das formas boas de governo.

Segundo o pensamento dominante na antiguidade, havia uma alternância entre as formas boas e más de governo. Essa teoria cíclica das formas de governo expôs o incomodo de Políbio com falta de estabilidade dos governos, que entende ser necessário que o governo seja ótimo, para que haja estabilidade, não bastando que o governo seja bom. Na busca por esta forma ótima de governo é que se desenvolve a famosa teoria do governo misto, mais adequada para levar o Estado

⁶ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 33.

⁷ VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 35.

⁸ POLÍBIO *apud*. BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo (1976)*. Brasília: Editora da UnB, 2001, p. 65.

ao êxito, cuja fórmula consiste em amenizar a ocorrência da ciclicidade das formas de governo.⁹

Nas lições de Norberto Bobbio, em sua obra *Teoria das Formas de Governo*, na qual dedica um capítulo a Políbio:

“A composição das três formas de governo consiste no fato de que o rei está sujeito ao controle do povo, que participa adequadamente do governo; este, por sua vez, é controlado pelo senado. Como o rei representa o princípio monárquico, o povo o princípio democrático e o senado o aristocrático, o resultado dessa combinação é uma nova forma de governo, que não coincide com as três formas simples retas – porque é composta -, nem com as três formas corrompidas – porque é reta.”¹⁰

Para Nuno Piçarra, Políbio retoma a noção da constituição mista de Aristóteles com uma ligeira diferença: enquanto o modelo aristotélico é „interno“ – todas as classes têm acesso a todos os órgãos constitucionais; o modelo polibiano é „searador“ – cada classe apenas tem acesso ao órgão constitucional que lhe é destinado¹¹.

A divisão dos poderes, a moderação, a estabilidade de governo, e o controle mútuo entre classes sociais¹², desenvolvidos na antiguidade, especialmente por Aristóteles e Políbio, lançaram as sementes da teoria da separação dos poderes e influenciaram diversos pensadores desde a Antiguidade Clássica até a Idade Contemporânea.

Há contudo, que ser ressaltado que, embora seja comum a afirmação de que o princípio tão caro ao nosso constitucionalismo tenha antecedentes remotos do período helênico, ao ver na *República* de Aristóteles um esboço da doutrina desenvolvida com maior veemência no período de revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, deve ser ponderado que não há menção expressa às obras dos pensadores mencionados nos trabalhos de John Locke, Montesquieu e outros

⁹ BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo* (1976). Brasília: Editora da UnB, 2001, p. 55 a 70.

¹⁰ Idem, p. 70.

¹¹ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 40.

¹² Por ser possível extrair da constituição mista o princípio pelo qual cada órgão constitucional, ou classe social, na medida em que tem acesso ao poder público, funciona perante as demais como limite, é possível traçar uma linha, ainda que tênue, ligando essa ideia à moderna noção da separação dos poderes. (BARCELLOS, Ana Paula de. *Separação de poderes, Maioria Democrática e Legitimidade do Controle de Constitucionalidade*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, v. 53, 2000, p. 83).

pensadores do período moderno que delinearão a separação funcional do poder tal qual concebida até os dias atuais¹³.

De fato, foram os desenvolvimentos intelectuais relacionados à Revolução Gloriosa, à Revolução Francesa, e à independência das 13 colônias americanas, que tiveram como resultado as próprias noções de Constituição e separação dos poderes.

Enquanto na Inglaterra desenvolvem-se instituições representativas e um Estado constitucional, diretamente ligados à ideia do *rule of law*, sem praticamente ter o país passado pelo absolutismo, na França desenvolveram-se as ideias absolutistas, que justificavam filosoficamente a concentração dos poderes nas mãos de um soberano limitado apenas pelo direito natural, do ponto de vista filosófico, mas, na prática, apenas pela sua vontade e não pelo direito¹⁴.

Nesse contexto histórico devem ser consideradas as contribuições sistematizadas por John Locke e Montesquieu à doutrina da separação dos poderes como técnica de limitação do poder. Na descrição de Paulo Bonavides:

“Com efeito, observava-se em quase toda a Europa continental, sobretudo em França, a fadiga resultante do poder político excessivo da monarquia absoluta, que pesava sobre todas as camadas sociais interpostas entre o monarca e a massa de súditos. Arrolavam essas camadas em seus efetivos a burguesia comercial e industrial ascendente, a par da nobreza, que por seu turno se repartia entre nobres submissos ao trono e escassa minoria de fidalgos inconformados com a rigidez e os abusos do sistema político vigente, já inclinado ao exercício de práticas semidespóticas.

(...)

Todos os pressupostos estavam formados pois na ordem social, política e econômica a fim de mudar o eixo do Estado moderno, da concepção doravante retrógrada de um rei que se confundia com o Estado no exercício do poder absoluto, para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica.”¹⁵

Importante destacar o especial relevo do *rule of law* na origem da separação dos poderes. Por considerarem que, em que pesem as referências

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 252.

¹⁴ MALDONADO, Maurílio. *Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro*. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf> Acesso em: 07 de dezembro de 2015, p. 4.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.134-136.

corriqueiras a Locke e a Montesquieu como elaboradores da doutrina da separação de poderes, e sem embargo da primazia destes pensadores, paradigmas na formulação da ideia, Lênio Luiz Streck e Fábio de Oliveira afirmam que a noção da divisão orgânico-funcional da estrutura e das atividades do Estado remonta, em especial, à Grã-Bretanha do século XVII, associada, umbilicalmente, a compreensão de *rule of law*. Sobre o tema, afirmam que:

“o conceito é, a rigor, delineado no contexto inglês caracterizado pela disputa entre a monarquia e o parlamento, notadamente a partir do reinado de Jaime I (1603-1625). Dentre os episódios, a *Petition of Rights* de 1628, o *short parliament*, logo dissolvido por Carlos I (1625-1649), e o *long parliament*, cuja tentativa de dissolução daria ensejo a uma guerra civil de sete anos, a qual opôs, então, defensores da realeza e do parlamento e que levaria à proclamação da república em 1649, a *commonwealth*, a dissolução do parlamento por Oliver Cromwell (1649-1658) em 1653, a reconvocação do parlamento em 1660 com a restauração monárquica, o *Habeas Corpus Act* de 1679, nova dissolução do parlamento por Carlos II (1660-1685) em 1683, quadro que culminou com a Revolução Gloriosa, de 1688, que depôs Jaime II (1685-1688), levou ao trono Guilherme de Orange (1689-1702) e suscitou, no ano seguinte, o *Bill of Rights*, marco da implantação da monarquia constitucional.

É nesta atmosfera conturbada, importando notar que os antagonismos entre monarquia e parlamento guardam variadas motivações (políticas, econômicas, religiosas), que é gestado o princípio da separação de poderes. É mecanismo que nasce contra o poderio absoluto, incontido, em combate ao arbítrio, a favor do controle, da limitação do poder, em salvaguarda da liberdade, técnica a bem da racionalidade estatal”¹⁶

Aproveitando a descrição histórica inglesa empreendida pelos autores, e dando-lhe seguimento, verifica-se que foi após Revolução Gloriosa inglesa, golpe de estado articulado e legitimado pelo Parlamento Inglês ocasionando a assinatura da *Bill of Rights*, limitadora do poder monárquico, que, John Locke, exilado na Holanda de 1683 a 1688, retornou à Inglaterra e publicou sua obra *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil* de 1690, que serviu de embasamento ideológico e intelectual *ex post facto* à revolução que depôs Jaime II.

Exponente da filosofia inglesa do século XVII, John Locke desenvolveu seus estudos a respeito da política em dois tratados, dentre os quais assume destaque seu *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, no qual o „estado de natureza“ é definido como uma condição em que os homens são livres e iguais. Para

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz e OLIVEIRA, Fabio de. *Comentário ao artigo 2. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 142.

o autor, tal situação produziria confusão e desordem. A solução apresentada, então, para solucionar tais problemas é o governo civil.

A teorização de Locke tem como elemento fundamental a lei. Partindo da ideia de um estado da natureza em que os homens se encontram em uma posição de liberdade e igualdade generalizadas, mas entrevendo características de uma sociedade concorrencial, em razão da existência da propriedade privada e a circunstância de todo o poder e jurisdição serem recíprocos, o autor afirma que “o fim supremo dos homens, ao entrar na sociedade, é o gozo de suas propriedades em segurança e paz, e o supremo instrumento e meio para eles são as leis em tal sociedade estabelecidas”¹⁷.

Em sua concepção, a lei fixa e estabelecida é a melhor forma de garantir a segurança dos homens e a salvaguarda da propriedade privada, de modo que a estrutura do Estado deve ser organizada para refletir esse objetivo. E “para prevenir a perda da consciência do bem comum e a possibilidade de predominância de comportamentos facciosos por parte dos indivíduos engajados na política Locke recorre a uma solução institucional: a separação dos poderes”¹⁸, como um pré-requisito do *rule of law*, por considerar que para que a lei seja imparcialmente aplicada é necessário que não seja aplicada pelos mesmos homens que a fazem, sendo, por isso, necessária a separação entre legislativo e executivo.

Três poderes são caracterizados em sua teoria: Legislativo, Executivo e Federativo. O Poder Legislativo tem a competência de fixar as leis gerais com o objetivo de preservar a sociedade política e os seus membros. As leis elaboradas têm força para se estabilizarem com o tempo, mas requerem, contudo, execução continuada. Para cuidar da execução das leis há necessidade, em muitos casos, de um Poder Executivo separado do Poder Legislativo. O Poder Federativo, por sua vez, compreende o poder de guerra e paz, de firmar ligas e promover alianças e todas as transações externas, sendo que os Poderes Executivo e Federativo estão

¹⁷ LOCKE, John. *Segundo Tratado*. Capítulo XI. In: SALDANHA, Nelson. *Separação de poderes*. 1981, p. 78.

¹⁸ CASTRO, Marcus Faro de. *Violência, medo e confiança: do governo misto à separação dos poderes*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 382, 2005, p. 165.

quase sempre unidos e raramente podem ser desempenhados por pessoas diferentes¹⁹.

Os poderes do Executivo podem ser melhor detalhados: convoca e estabelece a duração das reuniões do Legislativo; modifica a base de constituição do corpo Legislativo caso este seja eleito, incluindo novos setores ou corrigindo outros, desde que a formação societária tenha sido alterada; tem a prerrogativa de agir livremente onde a lei não exista e expedir legislação e/ou atuar contrariamente à lei vigente, independentemente da aprovação do Legislativo tendo em vista o bem público (que observa as leis da natureza). O último item evidencia a dificuldade de Locke em admitir uma rígida separação de poderes²⁰.

O Poder Legislativo é considerado o poder supremo de toda a comunidade civil, sendo a primeira atribuição da sociedade política criá-lo. Locke considera que o Poder Executivo deve estar subordinado ao Poder Legislativo e as ofensas sofridas por algum membro dessa sociedade política serão julgadas ou por magistrado designado pelo Poder Legislativo, ou pelo próprio Poder Legislativo. Ante tal afirmação, Norberto Bobbio afirma que a teoria desenvolvida não é a de separação e do equilíbrio entre os Poderes, mas de separação e de subordinação²¹, podendo ser verificado, ainda, que o Poder Judiciário não é considerado como „poder genuíno“.

É de se considerar essencial a obra de Locke para que possamos entender os antecedentes próximos que levaram ao surgimento da teoria clássica da tripartição de poderes concebida no Estado Moderno²². No entanto, segundo nos ensina Jorge Miranda “O autor fundamental é, pois, Montesquieu, cuja obra estaria presente nas Revoluções americana e francesa, marcaria todo o constitucionalismo

¹⁹ LOCKE, John. *Segundo Tratado*. Capítulo XI. In: SALDANHA, Nelson. *Separação de poderes*. 1981, p. 82 e 83.

²⁰ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. *A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada*. Revista de Sociologia e Política, Nº 17: 75-106 Nov. 2001, p. 78.

²¹ MALDONADO, Maurílio. *Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro*. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf> Acesso em: 07 de dezembro de 2015, p. 5.

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248

liberal e seus argumentos continuariam a ser, ainda hoje, sob muitos aspectos, extremamente elucidativos”²³.

Passando, então, à Europa continental, é o Barão de La Brède e de Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, o responsável pela inclusão expressa do poder de julgar dentre os poderes fundamentais do Estado. Sua obra, *O espírito das leis*, de 1748, tem por objetivo compreender como é possível proteger a liberdade, motivo pelo qual sistematiza o sistema jurídico-político inglês, o único capaz de tal proteção, por verificar que naquele país não há a unidade do poder²⁴. Para o autor, a unidade de poder possibilita a tirania, sendo que basta ao indivíduo estar exposto a essa possibilidade para instaurar-se o temor à sua segurança, redundando em falta de liberdade.

A liberdade é protegida por uma engenhosidade institucional, isto é, a liberdade só pode ser protegida por uma Constituição que propicie esta proteção. Montesquieu assevera que a fonte da opressão é o poder, e a forma para evitá-lo seria opondo-lhe o poder: “todo homem que tem poder é levado a abusar dele: vai até encontrar limites... Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”²⁵. Inspirado no modelo inglês, entende que os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial devem ser atribuídos a pessoas diferentes, sem, contudo, pontuar rigorosa separação entre as funções. A lição é clara:

“Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a

²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo I Preliminares – O Estado e os sistemas constitucionais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997, p. 337.

²⁴ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, embora a publicação do livro em 1748 tenha sido precedida por um período de viagens entre 1728 e 1731, no qual pôde ter contato com a realidade das instituições inglesas, Montesquieu parece desconhecer que na Inglaterra de então já se estabelecia a figura de um Primeiro-Ministro como figura chefe do Executivo, e não do monarca como descrito em sua obra. O Barão de La Brède parece não haver cometido equívocos casuais, mas sim descrito uma espécie de modelo ideal que deve ser considerado por seus méritos, e não observado através de divagações sobre sua correspondência exata ou não ao modelo inglês descrito. Montesquieu, tomando a Constituição inglesa como pretexto, procura “vender” uma fórmula ou receita política, tendo em vista a renovação das instituições francesas. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255).

²⁵ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis. Capítulo VI*. In: SALDANHA, Nelson. *Separação de poderes*. 1981, p. 103.I

vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.”²⁶

O autor divide em três os poderes do Estado: o poder Legislativo (fazer as leis); o poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes (paz, guerra, segurança, prevenção de invasões etc.), que é o poder Executivo do Estado; o poder Executivo das coisas que dependem do direito civil (pune os crimes, julga conflitos entre indivíduos etc.), ou seja, o poder de julgar.

Marcado pelo contexto de sua época, a distribuição desses poderes entre diferentes corpos observará os atores sócio-políticos existentes, sendo relevante no desenvolvimento do tema o fato de que, diferentemente da maioria dos teóricos dos séculos XVII e XVIII, Montesquieu não aceita a ideia do contrato social ou a da igualdade de todos os homens. O autor mantém, então, a concepção de que há uma desigualdade natural entre os homens, daí porque vai defender o papel da nobreza na estrutura do governo, como um estamento ao lado do povo e do rei²⁷.

Recebe acolhida, assim, a tese do governo misto, que permeou todo o pensamento político desde a Antiguidade, visto que os três órgãos constituem a expressão das três formas de governo: o rei (monarquia), a câmara dos lordes (aristocrático) e a câmara dos comuns (democrático). A promulgação de qualquer lei exige a anuência das três potências sociais, portanto. O Poder Legislativo, verdadeiro representante dos cidadãos, é dividido em duas câmaras: uma confiada aos nobres e outra confiada aos escolhidos para representar o „povo“. O Poder Executivo deve estar nas mãos de um monarca, porque esta parte do governo, que precisa quase sempre de uma ação mais instantânea, é mais bem administrada por um do que por vários. Menos importante que tais representações sociais resta a figura do Poder Judiciário, que deve ser nulo e invisível.

A inovação de Montesquieu, frente à Locke, diz respeito à introdução da ideia de controle de um poder sobre o outro. O poder contra poder é a possibilidade de um poder vir a impedir ou punir o abuso do outro, bem como as salvaguardas

²⁶ Idem, p. 93

²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Separação de poderes, Maioria Democrática e Legitimidade do Controle de Constitucionalidade*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, v. 53, 2000, p. 87.

para que pudessem continuar sua existência sem se subordinarem à vontade ou a abusos de outro poder. Esse arranjo forçaria os integrantes dos poderes a caminhar para um acordo, do contrário o resultado poderia ser a paralisia. Ocorre que, ao invés de considerar tal risco como um problema, Montesquieu o assumiu como um incentivo para forçar o acordo entre os poderes, concorrendo para a produção de políticas moderadas, conducentes à liberdade política²⁸.

A proeminência da obra de Montesquieu decorre de sua genialidade, mas também do momento em que foi publicada. Ao contrário de outras obras sobre o tema, o autor não pretendia utilizar a ideia de separação de poderes para a validação de uma causa determinada, mas sim como um requisito absoluto para sistemas que resguardassem as liberdades individuais. A descrição, supostamente neutra e sistemática, de um sistema de governo ideal com a separação de poderes em seu núcleo, surgiu em uma época na qual o mundo se encontrava à beira da Revolução Francesa e da Guerra de Independência norte-americana, onde as ideias de Montesquieu encontraram terreno fértil²⁹.

A obra de Montesquieu fornece, assim, os delineamentos do que hoje, entre nós, se tornou lugar comum, posto que, especialmente nas nações do ocidente, a separação e ao mesmo tempo a colaboração harmônica entre os poderes é regra consagrada³⁰.

A primeira situação real nas quais a teoria de Montesquieu foi aplicada ocorreu na elaboração das constituições de alguns dos estados americanos, em guerra com a monarquia inglesa. Nelas, a ideia de uma radical separação de poderes foi implementada antes mesmo das discussões sobre a redação da Constituição dos Estados Unidos de 1778. Contudo, tal adoção, especialmente pela Constituição da Pensilvânia de 1776, demonstrou a impraticabilidade de tal sistema, pois sua aplicação prática facilmente conduzia a uma dominação dos demais poderes pelo poder legislativo.

²⁸ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. *A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada*. Revista de Sociologia e Política, Nº 17: 75-106 Nov. 2001, p. 79.

²⁹ VILE. M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 71-72.

³⁰ ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 18.

É o temor dos americanos à tirania do legislativo, manifestado nos artigos federalistas, que inspirou James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, em especial os primeiros, a alinhavarem a construção de um modelo de separação dos poderes que mitigasse a supremacia do Poder Legislativo, conferindo maior equilíbrio à relação entre os poderes, objetivando, na realidade, o fortalecimento do Poder Executivo. Os autores aprofundaram as discussões sobre o tema e foram além, colaborando para instituir o primeiro sistema de governo republicano baseado na separação de poderes.

O *Federalista* é um conjunto de 85 artigos escritos por Alexander Hamilton, John Jay, e James Madison, e publicados anonimamente, sob o pseudônimo Publius, em New York, entre outubro de 1787 e maio de 1788, tratando de temas tratados nas reuniões ocorridas para elaborar a Constituição estadunidense. A questão da separação dos poderes foi a motivação de uma das mais severas críticas feitas à Constituição Americana no período de sua elaboração e ratificação. Alegavam que esta não havia consagrado a „separação de poderes“. O tema é tratado no *Artigo XLVII*, de autoria de Madison, para quem essa crítica só poderia ser proveniente da má-interpretação da obra de Montesquieu³¹. Afinal, o pensador francês nunca disse que os poderes não deveriam possuir qualquer ingerência parcial ou controle uns sobre os outros, mas sim que a concentração de todo o poder nas mãos de uma só pessoa caracterizaria a tirania. Analisando as constituições dos diferentes Estados, Madison afirma que “não há, no entanto, uma só em que os diferentes poderes estejam inteiramente distintos e separados”³². Nota-se o abandono da separação absoluta entre os poderes e a ênfase, assim, à ideia de governo balanceado, na forma dos freios e contrapesos, ou seja, poderes independentes, mas interligados.

O *Artigo LI*, também elaborado por Madison, se preocupou em estudar a melhor maneira de manter, na prática, a separação dos poderes que a Constituição estabelece em teoria, afirmando que “não há outro remédio possível senão traçar de tal modo a construção do governo que todas as suas respectivas partes possam

³¹ MADISON, James. *O federalista. Capítulo XLVII*. In: SALDANHA, Nelson. *Separação de poderes*. 1981, p. 65 a 70.

³² Idem, p. 67.

reter-se umas às outras nos seus lugares respectivos”³³. O autor deslocou, assim, seu foco, para promover a análise dos indivíduos encarregados do exercício dos poderes, e estabelecer que o embaraço à acumulação de poder deveria ser feito de maneira a conferir, aos que o exercitam, meios suficientes e interesse pessoal para resistir às usurpações. Falar do indivíduo era falar de interesses e ambições. Os homens não são anjos e agem em torno de seus interesses. Ambição deve frear ambição. Os meios de defesa devem ser proporcionados aos perigos do ataque. Madison não confiava nas „barreiras de papel” para conter a „índole abusiva do poder”.

Para o autor, grande desafio do governo republicano seria o de evitar que a natural supremacia do Poder Legislativo, enquanto poder mais próximo do povo, se transformasse em uma tirania da maioria ou de uma facção dominante. Então, com o fito de balancear o poder, Madison defende a repartição do Legislativo em duas câmaras, para enfraquecê-lo e equalizar seu poder com o do Executivo e do Judiciário³⁴. Nesse sentido, vale a pena a leitura da seguinte passagem:

“Mas a desgraça é que, como nos governos republicanos o Poder Legislativo há de necessariamente predominar, não é possível dar a cada um dos outros meios suficientes para a sua própria defesa. O único recurso consiste em dividir a legislatura em muitas frações e em desligá-las umas das outras, já pela diferente maneira de elegê-las, já pela diversidade dos seus princípios de ação, tanto quanto o permite a natureza das suas funções comuns e a dependência comum em que elas se acham da sociedade. Mas este mesmo meio ainda não basta para evitar todo o perigo das usurpações. Se o excesso da influência do corpo legislativo exige que ele seja assim dividido, a fraqueza do Poder Executivo, pela sua parte, pede que seja fortificado. O veto absoluto é, à primeira vista, a arma mais natural que pode dar-se ao Poder Executivo para que se defenda: mas o uso que ele pode fazer dela pode ser perigoso e mesmo insuficiente.”³⁵

Os resultados do método desenvolvido para definir os instrumentos constitucionais de defesa e controle de um poder em relação ao outro são a mistura entre as justificativas de balanceamento de forças sociais, separação de poderes e controles de um poder sobre o outro.

³³ MADISON, James. *O federalista. Capítulo LI. In: SALDANHA, Nelson. Separação de poderes.* 1981, p. 71.

³⁴ Diferentemente de Montesquieu que realiza tal repartição em razão de uma justificativa de cunho estamental.

³⁵ Idem, p. 72 e 73.

Deve, assim, ser destacada a importância do papel dos *Founding Fathers* norte-americanos na viabilização da previsão, em 1787, da divisão dos poderes na Constituição dos Estados Unidos da América, delimitando o papel de cada um dos poderes – legislativo (art. 1º), executivo (art. 2º) e judiciário (art. 3º) – na conformação das funções político-constitucionais básicas. A engenharia constitucional de relação entre poderes utilizada pelas ex-colônia se mostrou certamente bem-sucedida, podendo ser apontada como um dos principais fatores que possibilitaram a longevidade recorde da Constituição Americana.

Os acontecimentos ocorridos na França demonstram que alí a convivência entre os poderes não foi tão harmônica. Em setembro de 1791, foi promulgada a primeira Constituição da França que resumia as realizações da Revolução. Foi implantada uma monarquia constitucional. O poder legislativo foi investido à uma assembleia nacional unicameral e o poder judiciário em juízes eleito, mas manteve o poder executivo na figura do rei e seus ministros, a quem foi concedido o poder de veto, sendo-lhe negado o poder de propor atos legislativos. A separação de poderes praticamente absoluta desta Constituição, sem a presença de freios e contrapesos³⁶, por ser considerado, então, que o sistema de freios e contrapesos serviriam apenas para colocar os poderes contra os outros. Os reflexos de tal forma de separação dos poderes não tardaram a surgir. Após menos de um ano o governo passou a ser marcado pela dominação do legislativo, por intermédio da Convenção Nacional. A Constituição de 1793, que não chegou a ser de fato implementada, confirmava o desenho institucional de prevalência do legislativo. Da mesma maneira, ainda adotando a separação pura dos poderes, com a diferença de que o poder executivo, o Diretório, passou a ser escolhido pelo legislativo, a Constituição do ano III, de 1795, se desenvolveu em poder executivo tirânico, que posteriormente foi ser derrubado pelo golpe de Estado de 18 de Brumário³⁷.

O histórico apresentado deixa claro que as formulações mais antigas e menos desenvolvidas convertem-se gradualmente em um postulado jurídico adotado por quase todas as constituições ocidentais desde o século XIX. Apesar das diferentes formas de implementação, a separação dos poderes, enquanto princípio

³⁶ A jurisdição constitucional, por exemplo, era explicitamente proibida pela Constituição de 1791.

³⁷ TEN NAPEL, Hans-Martien; LOUITEN, Joost; VOERMANS, Wim. *Introduction*. In: TEN NAPEL, Hans-Martien; VOERMANS, Wim. *The Powers That Be. Rethinking the Separation of Powers. A Leiden Response to Mollers*. Leiden: Leiden University Press, 2016, p. 10-11.

organizativo do Estado Moderno em seus primórdios, ficou associada à garantia da liberdade, pela qual aos cidadãos são assegurados os direitos individuais, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal, e um dos pilares do constitucionalismo, especialmente ao ser prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 16: “toda sociedade em que a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”.³⁸

Certamente que sua adoção se deu de maneira diversa nos diferentes sistemas jurídicos, atendendo às peculiaridades locais e históricas. Desde suas primeiras formulações a teoria sofreu uma série de adaptações. Uma das mais primeiras e mais claras se refere à relevância Poder Judiciário, que deveria, para Montesquieu, ser nulo e invisível. Os juízes não poderiam ser permanentes nem profissionais, mas escolhidos dentre o povo por períodos fixos do ano, conforme critérios previstos em lei, de acordo com a necessidade.

Além da prevalência do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo, conclusão clara que se tira da doutrina desenhada por Montesquieu, é de se considerar que, embora a separação fosse tripartida, o Poder Judiciário era para o autor de *O espírito das leis* quase um „não poder“, pois Montesquieu assumiu uma concepção iluminista de lei e uma ideia mecanicista de função judicial³⁹, de maneira que não haveria, na concepção, “qualquer pretensão de equilíbrio de poderes”⁴⁰.

Os juízes eram vistos pela população francesa com uma compreensível desconfiança, haja vista serem escolhidos pelo monarca, e em regra decidirem com grande subjetividade e arbitrariedade, sempre na defesa dos interesses da coroa.

Na Revolução Francesa, opondo-se ao poder arbitrário do monarca absoluto, são implementados instrumentos que separavam completamente a

³⁸ Embora a Declaração dos Direitos da Virgínia datada de 1776, que poucos dias depois serviria de base ao nascimento da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América preceda a declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e contenha importante disposição que declara a necessária separação entre Poder Judiciário, Legislativo e Executivo, certamente a declaração francesa, por seu caráter universalizante e expresso, pode ser tida como principal marco que erigiu a separação dos poderes ao status de dogma intangível, ao menos em seu conteúdo formal, e condição sine qua non para o constitucionalismo.

³⁹ Dominava o cenário científico da época a teoria mecânica de Newton, que deixou suas marcas em toda a produção científica de então.

⁴⁰ TAVARES, André Ramos. *A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, 1999, p. 66-71.

atividade executiva da jurisdicional, de forma a colocar o Parlamento como grande epicentro do poder. Buscava-se, dessa maneira, evitar o abuso de poder dos juízes, atribuindo-lhes o papel subalterno-instrumental de julgar apenas se valendo apenas da subsunção do conteúdo normativo, levando a cabo a tão criticada afirmação, de Montesquieu, de que o juiz seria a „boca da lei“.

Tal situação só passou a ser alterada com o desenvolvimento da doutrina norte-americana, que moveu a função judicial para o centro do palco das funções estatais, conforme assinala José Luiz de Anhaia Mello:

“O Judiciário, que em Montesquieu não teve muito destaque, reagiu depois. É conhecida a polêmica a respeito de existirem apenas dois momentos no desenvolvimento do poder – o da feitura da lei e o de sua execução. Distinguiu-se, ao tempo, a função de julgar, sem, contudo, dar-se-lhe a dignidade de poder do Estado. Foi, sobretudo, na doutrina americana formada em torno das discussões havidas a respeito da Federação, que se deu ao Judiciário a sua autônoma posição.”⁴¹

O autor afirma que foi nos Estados Unidos “que o Judiciário começou realmente a assumir seu lugar ao sol entre os poderes do Estado”⁴², chegando a adquirir, posteriormente, uma posição de realce entre os poderes. Na doutrina norte americana dos *Founding Fathers* se notam as primeiras manifestações no sentido de dar ao Judiciário a sua real missão, de “julgando em geral, proteger, acima de tudo, a própria norma fundamental. Pois, do contrário, os representantes seriam maiores que os constituintes”⁴³. Assim, os juízes deveriam regular suas decisões pelas leis fundamentais, ao invés das não fundamentais.

Dessa maneira, pouco desconfiada dos magistrados, os Estados Unidos revelaram terra fértil para a revalorização do Poder Judiciário, que assume o mesmo nível político dos outros dois ramos do governo, configurando sua moderna função, delimitada especialmente por meio da célebre decisão de John Marshall, *Chief Justice* da Suprema Corte norte-americana, no caso *Marbury v. Madison*⁴⁴, de 1803, que inaugurou o poder da *judicial review*⁴⁵, atualmente presente na maioria dos países ocidentais, inclusive Inglaterra e França, e considerando as peculiaridades

⁴¹ ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 30-31.

⁴² Idem, ibidem.

⁴³ Idem, ibidem.

⁴⁴ 5 U.S. 137 (1803).

⁴⁵ *Judicial review* significa em tradução literal “revisão judicial”. Normalmente é entendida como um método ou técnica de controle de constitucionalidade das leis e demais normas inferiores vigentes no direito constitucional dos Estados Unidos.

locais, constituindo, assim, um dos núcleos centrais da teoria da separação dos Poderes no Estado Constitucional contemporâneo.

1.2. Constitucionalismo, soberania popular e os poderes do Estado

A partir do século XX, o fenômeno do constitucionalismo, definido como uma teoria “que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. [...] uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. [...] uma teoria normativa da política”⁴⁶, acarretou numa série de mudanças estruturais na caracterização dos poderes e das funções que lhes são atribuídas.

Ao constitucionalismo relacionam-se três aspectos: (a) jurídico – na pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes - a Constituição; (b) sociológico – na movimentação social que confere a base de sustentação dessa limitação do poder, impedindo que os governantes passem a fazer valer seus próprios interesses e regras na condução do Estado; (c) ideológico – no tom garantístico (como decorrência da limitação do “poder”) pregado pelo constitucionalismo.⁴⁷

O aspecto normativo, em especial, e também o sociológico e o ideológico, em menor escala, têm implicações diretas na relação entre os poderes, pelo que deve ser analisado, ainda que brevemente, o constitucionalismo, cujo desenvolvimento mais expressivo coincidiu com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, na Inglaterra, França e Estados Unidos, e o conseqüente advento do Estado Liberal⁴⁸. Nesse período é que toma força a ideia de submissão da ação estatal a uma norma positiva que deve vincular a existência mesma dos poderes e garantir a incolumidade das liberdades individuais frente ao Estado.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed, Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

⁴⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 25.

⁴⁸ O constitucionalismo teria suas origens, ainda que de forma tímida, na Antiguidade clássica, tendo sido os hebreus o primeiro povo a estabelecer limites ao poder estatal e normas de sua organização política, acompanhados posteriormente pelos gregos. (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 25-27).

Assim, a Constituição surge como exigência burguesa de limitação e racionalização do poder real, até então absoluto⁴⁹.

O constitucionalismo moderno sustenta a limitação jurídica do poder do Estado em favor da liberdade individual, e surgiu na modernidade, como forma de superação do Estado Absolutista, em que os monarcas não estavam sujeitos ao Direito. A ascensão da burguesia, o fim da unidade religiosa na Europa, e a cristalização de concepções de mundo racionalistas e antropocêntricas, legadas pelo Iluminismo, foram desenvolvimentos históricos essenciais para o surgimento do constitucionalismo moderno. Naquele contexto, passou-se a valorizar o indivíduo, concebido como um ser racional, titular de direitos, cuja dignidade independia do lugar que ocupasse no corpo coletivo. Em harmonia com essa visão, desenvolveram-se teorias de contrato social que passaram a justificar a existência do Estado em nome do interesse dos indivíduos.⁵⁰

A Inglaterra não chegou a conhecer propriamente o absolutismo, pois desde o final da Idade Média, o poder real encontrava-se limitado por determinados costumes e pactos estamentais, como a Magna Carta, de 1215. No entanto, foi século XVII que marcou o modelo constitucional inglês, que culminou na Revolução Gloriosa (1688), assentando o princípio da supremacia do Parlamento inglês, em um regime pautado em direitos individuais, garantidos especialmente por três documentos constitucionais de grande importância: a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689, que garantiram importantes liberdades para os súditos ingleses, impondo limites à Monarquia e transferindo poder ao Parlamento.

A idéia central do constitucionalismo inglês é a de respeito às tradições constitucionais, pois, apesar da existência de diversos documentos constitucionais escritos, não há um texto constitucional único que os consolide e organize. Embora o liberalismo político, a garantia de autoridade das tradições constitucionais, e a soberania do parlamento, com o respeito aos direitos individuais, tenham surgido

⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 15-16.

⁵⁰ SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 70-86.

com a Revolução Gloriosa (1688) e na obra de John Locke⁵¹, a experiência constitucional inglesa não consagrou, contudo, a supremacia de uma Constituição escrita, mas antes, do Parlamento.

Antes de voltar a tratar do constitucionalismo, cabe fazer uma pequena referência à noção de soberania popular, que fundamenta a aversão das revoluções burguesas à possibilidade de submissão sem limites ao arbítrio dos monarcas, bem como a necessidade de limitação de quaisquer poderes do Estado por uma norma formulada pelo povo, este sim real soberano.

Na obra *O contrato social*, de Jean-Jacques Rousseau, representa a retomada e consolidação do ideal democrático, constituindo um dos marcos para a delimitação ética e técnica do poder político na modernidade. Seu pensamento concorreu decisivamente para a Revolução Francesa e para o movimento que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Partindo da visão da liberdade enquanto autonomia, Rousseau concebe que os homens estariam livres apenas e na medida em que obedecessem somente à sua própria consciência. Considerando que no âmbito comunitário a liberdade individual irrestrita levaria à luta de todos contra todos, o autor chega à ideia de um „contrato social“, na qual cada cidadão abriria mão de parcela de sua liberdade natural em prol de uma nova forma de liberdade – a liberdade convencional –, que, no entanto, só seria eficaz caso houvesse coincidência entre as pessoas dos súditos e a do soberano, de maneira que os destinatários das leis fossem também seus autores. É concebida, assim, a noção da soberania popular: sendo a lei é o produto da vontade geral, quem a obedece está, na verdade, obedecendo à sua própria vontade.⁵²

O conceito iluminista de lei, dominante até princípios do século XX, resultou de uma convergência dos pensamentos de Rousseau e Kant, pois à já apontada soberania popular, desenvolvida pelo primeiro, foi acrescentada a concepção da lei também com referência à razão, desenvolvida pelo segundo. “A

⁵¹ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf>, Acesso em: 01 ago. 2016.

⁵² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>, Acesso em: 01 ago. 2016.

vontade geral, que em Rousseau parecia pouco precisa foi, por Kant, desenvolvida e clarificada em termos de vontade racional”⁵³.

O poder político do Estado, nessa concepção, é a própria lei. A vontade geral é a essência do corpo político, portanto. As leis são o único ato soberano de um Estado constitucional resume-se às próprias leis, de maneira que os demais atos do Estado são reduzidos à aplicação e execução destas. “O povo soberano é um ser colectivo unitário e homogéneo, composto pela totalidade dos cidadãos, livres e iguais, enquanto partícipes da formação da vontade geral e do seu único modo de expressão possível: a Lei”⁵⁴.

Voltando, então, ao constitucionalismo, agora na França, deve ser apontado como seu marco inicial a Revolução Francesa, iniciada em 1789. Os revolucionários franceses não tinham a intenção de apenas modificar pontualmente o Antigo Regime, mas sim formar um novo Estado e uma nova sociedade, erigida sob o ideário Iluminista da igualdade, da liberdade e da fraternidade. Essa vontade de ruptura com o passado se expressou na teoria do poder constituinte, elaborada originariamente por Emmanuel Joseph Sieyès, em sua obra *O que é o terceiro estado?*, que previa um poder constituinte que exprimia a soberania da Nação e estava completamente desvinculado de quaisquer limites impostos pelas instituições e pelo ordenamento do passado⁵⁵.

Buscando compatibilizar o projeto liberal do governo limitado por uma lei superior com o ideal rousseauiano de soberania popular, Emmanuel Joseph Sieyès propõe de maneira pioneira o modelo de democracia dual em que se distinguem o poder constituinte e o poder constituído. O povo, por meio de representantes eleitos, exerceria seu poder soberano ao elaborar a Constituição. Esse poder constituinte, que não sofreria restrição jurídica além do direito natural, estabeleceria os limites que pautariam o exercício do poder constituído – a legislatura ordinária. Começou a tomar forma, assim, o Princípio da Supremacia da Constituição: o poder político só é legítimo quando exercido dentro dos limites previstos na Lei Fundamental.

⁵³ TAVARES, André Ramos. *A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, 1999, p. 66-71.

⁵⁴ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra : Coimbra Editora, 1989, p. 125-139.

⁵⁵ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o terceiro estado?* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

Sieyès promove uma convergência entre as perspectivas de Locke e Rousseau, possibilitando a limitação do poder popular, expresso pela regra da maioria, por intermédio de um instrumento jurídico elaborado pelo próprio povo⁵⁶.

O abade francês formulou, ainda, a ideia do controle de constitucionalidade como instituição política essencial à garantia da supremacia da Constituição⁵⁷, embora, conforme já mencionado, a jurisdição constitucional não tenha se consolidado na Europa naquele momento. Prevaleceu o desinteresse dos revolucionários na Europa por instrumentos destinados a resguardar a incolumidade da ordem constitucional, que decorria da noção de que a supremacia do Parlamento não se concilia com a ideia de supremacia da Constituição.

Restou aos Estados Unidos desenvolver, de sua maneira, o que se mostrou um dos mais importantes fundamentos das democracias ocidentais⁵⁸. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis – *judicial review* – representou, na prática, a superação do princípio da supremacia do Parlamento pela supremacia normativa da Constituição. Ainda que isso importasse na invalidação de atos do Parlamento, caberia ao Judiciário exercer a guarda de tal supremacia.

A *judicial review*, garantidora da supremacia da Constituição não decorreu, contudo, de previsão expressa constitucional. O artigo VI, item 2⁵⁹, da Constituição Americana se limitava a proclamar sua própria superioridade hierárquica, bem como das leis elaboradas de acordo com ela, pelo que é conhecida como *supremacy clause*.

⁵⁶ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 23-24.

⁵⁷ Binenbojm anota que em célebre pronunciamento na Convenção Nacional do 18 do Termidor do ano III da República, Sieyès sustenta que a obediência à Constituição não poderia ficar na dependência da boa vontade do Poder Legislativo, propugnando pela instituição de um Tribunal Constitucional encarregado de excluir do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais. (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 24).

⁵⁸ O direito norte-americano recepcionou, desde os tempos coloniais, as teses desenvolvidas por Edward Coke segundo as quais os juízes deveriam controlar a legitimidade das leis votadas pelo Parlamento, negando aplicação às contrárias à *common law*.

⁵⁹ “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.”

Importa destacar que a ausência de previsão explícita do controle jurisdicional⁶⁰ de constitucionalidade das leis não decorreu da ausência de debates a respeito do tema, conforme pode ser constatado a partir da leitura dos artigos nº *LXXVIII* e *LXXXI*, publicados em *O Federalista*, elaborados por Alexander Hamilton, nos quais é sustentada a ideia de que a Constituição deve ser vista como lei fundamental, cabendo aos juízes proclamar a nulidade das leis ordinárias a ela contrárias. O autor ressalta, contudo, que essa conclusão não importa, em nenhuma hipótese, em superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Significa apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que edita, for contrária à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última⁶¹.

Nessa construção, os meios políticos de canalização das expectativas de diversos grupos na vontade estatal deveriam ser continuamente limitados por princípios fundamentais assegurados na Constituição. A deliberação constituinte, desapegada de interesses momentâneos e direcionada às grandes questões da nação, forneceria a base para o exercício dos poderes constituídos. O modelo constitucional dos Estados Unidos representou, assim, a tentativa de conciliação entre dois vetores: de um lado o vetor democrático, de autogoverno do povo, e de outro o vetor liberal, preocupado com a contenção do poder das majorias para defesa de direitos das minorias.

Inevitável constatar a desconfiança quanto ao legislativo e às majorias políticas. Alguns fatores históricos e culturais contribuíram para esse sentimento. No século XVIII, as assembleias locais, influenciadas por pequenos proprietários endividados em razão das guerras de independência, dentre outros fatores, passaram a emitir papel-moeda, o que permitia a quitação dos débitos juntos aos credores. Em alguns casos, como Rhode Island, como medida adicional, passaram a estabelecer multa para os que não aceitassem essa forma de pagamento. Para Alexander Hamilton, esses episódios denotariam um despotismo da legislatura. Somadas a essas questões fáticas haviam fundamentos filosóficos elitistas

⁶⁰ No decorrer deste trabalho se insistirá no uso do termo jurisdicional com o objetivo de caracterizar o controle de constitucionalidade objeto de estudo, pois as considerações sobre o tema não se referem ao controle de constitucionalidade realizado por executivos e legislativos.

⁶¹ HAMILTON, Alexander. *O federalista. Capítulo LXXXVIII*. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17661>>, Acesso em: 18 de julho de 2016.

baseados na ideia de que alguns princípios políticos não seriam perceptíveis aos cidadãos comuns, além da percepção da irracionalidade das decisões coletivas.

É possível afirmar, assim, que a famosa decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison* foi o resultado de longo amadurecimento intelectual, a partir do qual o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis se incorporou definitivamente à experiência constitucional norte-americana. O raciocínio jurídico pode ser parcialmente encontrado no clássico trecho do voto proferido pelo *Chief Justice* John Marschall:

"Esta vontade original e suprema organiza o governo e atribui a diferentes departamentos respectivos poderes. Ele pode parar aqui ou pode estabelecer certos limites que não possam ser ultrapassados por esses departamentos.

O governo dos Estados Unidos enquadra-se na segunda descrição. Os poderes do legislador são definidos e limitados; e para que esses limites não possam ser confundidos ou esquecidos, a Constituição é escrita. Para que finalidade são as competências limitadas, e para que finalidade as limitações são escritas, se esses limites podem, em qualquer momento, ser ultrapassados por aqueles que se deveria conter? (...)

Entre essas alternativas não há meio termo. A Constituição é uma lei superior e imutável por meio ordinário, ou está no mesmo nível que os atos legislativos ordinários, e como outros atos, é alterável quando o legislador bem entender alterá-la. (...)

Certamente todos aqueles que conceberam constituições escritas as contemplam como lei fundamental e primordial da nação, e, conseqüentemente, tais teorias de governo devem ser tal que um ato do legislador repugnante à constituição seja anulado. Esta teoria está essencialmente ligada a uma constituição escrita e deve, conseqüentemente, ser considerada por este tribunal como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade. (...)

É exatamente a atribuição e o dever do departamento judicial dizer qual o que é a lei. Quem aplica a regra para os casos particulares deve necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis entram em conflito os tribunais devem decidir a respeito do funcionamento de cada uma.

Assim se uma lei estiver em oposição à Constituição; se tanto a lei quanto a constituição se aplicarem a um caso específico, de modo a que o tribunal deva decidir se o caso conforme à lei, desconsiderando a constituição; ou conforme à constituição, desconsiderando a lei; o tribunal deve determinar quais dessas regras conflitantes regula o caso. Essa é a própria essência do dever judicial.

Se, então, os tribunais considerarem a constituição, e a constituição é superior a qualquer ato ordinário da legislatura, a constituição, e

não tal ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambas poderiam ser aplicadas" (tradução livre)⁶²

Na passagem “estão sintetizados os principais fundamentos teóricos do modelo norte-americano de controle judicial da constitucionalidade”⁶³. A constituição escrita é vista como lei fundamental, expressão da vontade originária do povo que institui e ao mesmo tempo delimita os poderes do Estado. Reconhece-se a todo e qualquer juiz ou tribunal a possibilidade de deixar de aplicar uma norma da legislação ordinária pertinente ao caso quando esta se revelar contrária ao texto constitucional. A lei inconstitucional é considerada nula, por ser contrária à Constituição, cabendo ao Judiciário apenas declarar tal nulidade, com efeitos retroativos (*ex tunc*).

A importância da *judicial review* é proclamada por Charles Beard, que afirma ser esta a “pedra angular de toda a estrutura constitucional dos Estados Unidos e a mais original contribuição do gênio americano à ciência política”⁶⁴.

Ocorre que, diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, cujo *judicial review*, inaugurado em 1803, foi incorporado com certa naturalidade ao sistema de separação dos poderes, visto que desde cedo os norte-americanos

⁶² No original: “This original and supreme will organizes the government, and assigns to different departments their respective powers. It may either stop here, or establish certain limits not to be transcended by those departments. The government of the United States is of the latter description. The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? (...) Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. (...) Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution, is void. This theory is essentially attached to a written constitution, and is consequently to be considered by this court as one of the fundamental principles of our society. (...) It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they may both apply.” (MARSHAL, John. *Marbury v. Madison*. Disponível em: <http://www.ache.org/pubs/hap_companion/Wing/MarburyMadison.pdf>, Acesso em: 18 jun. 2016).

⁶³ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 31-35.

⁶⁴ *Apud* NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 23.

havia percebido que o legislador deveria ser limitado pela Constituição e pelo Poder Judiciário, pois poderia se transformar em violador de direitos e liberdades individuais, o primeiro modelo de controle judicial de constitucionalidade praticado na Europa ainda se tratava muito mais de uma atividade legislativa negativa que jurisdicional.

Considerando-se a realidade europeia, ao fim do século XIX, as relações entre separação dos poderes e a constituição fluíam ainda sem muitos atritos. No modelo hegemônico na Europa continental e em outros países filiados ao sistema jurídico germânico, a regulação da vida social gravitava em torno das leis editadas pelo Poder Legislativo. A premissa era a de que o Legislativo encarnava a vontade da nação, tinha legitimidade para criar o direito. Não possuía tal legitimidade o Poder Judiciário, ao qual cabia tão somente aplicar aos casos concretos as normas anteriormente ditadas⁶⁵.

A defesa da Constituição terminava por ser entregue ao povo. A imensa maioria dos países⁶⁶ não contava com mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, que eram vistos como antidemocráticos, e mesmo em alguns países que previam a jurisdição, como o Brasil, o controle de constitucionalidade não desempenhava papel relevante na política ou no dia a dia do judiciário.

André Ramos Tavares expõe, com base nas formulações especialmente de Tocqueville e Kelsen, que era comum considerar-se que a atividade do Judiciário não poderia desvincular-se de um caso concreto, visto que, caso fosse permitida a atuação em abstrato, independente de um caso concreto, deveria ser considerado que tal atividade seria legislativa, e não judicial⁶⁷.

Conforme concebido por Hans Kelsen para a Constituição austríaca de 1920, o controle de constitucionalidade seria realizado apenas pelo Tribunal Constitucional⁶⁸, que poderia confrontar a lei com a Constituição, em abstrato e com

⁶⁵ SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 84-85.

⁶⁶ A principal exceção a esta forma de conceber o constitucionalismo e o Poder Judiciário eram, conforme já destacado, os Estados Unidos.

⁶⁷ TAVARES, André Ramos. *Justiça constitucional: superando as teses do 'legislador negativo' e do ativismo de caráter jurisdicional*. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 7, 2009, p. 172.

⁶⁸ Em importante artigo de 1931, intitulado “Quem deve ser o guardião da Constituição?” Kelsen critica abertamente Carl Schmitt por este último ter escrito *A defesa da Constituição*, cuja tese central é a que considera que o Presidente do Reich quem deve deter poderes excepcionais como

efeito *erga omnes*, sendo que a decisão de invalidade da norma equivaleria à sua revogação, produzindo efeitos *ex nunc*. A lei inconstitucional seria válida até a sua anulação. A inconstitucionalidade nada mais seria, assim, que o pressuposto para a aplicação de uma sanção: a retirada da lei do ordenamento jurídico.

O controle de constitucionalidade, na visão kelseniana, seria similar a um processo especial para a revogação da lei, segundo requisitos específicos previstos na Constituição, e alternativo ao processo usual de edição de outra lei, revogando a anterior.

Fácil notar que as características desse sistema mais se assemelham com a atividade de um legislador negativo do que de uma atividade jurídica propriamente dita, podendo ser afirmado que os membros do Poder Judiciário, exceto do Tribunal Constitucional, não estarão diretamente ligados à Constituição, mas apenas às leis em geral e às decisões do Tribunal Constitucional⁶⁹.

Ocorre que, “na teoria de Kelsen, o Tribunal Constitucional, por eliminar as leis, seria um órgão legislativo (negativo), o que implica atribuir à decisão do Tribunal Constitucional força legislativa”⁷⁰.

Ilustrativa, no ponto, a crítica de Kelsen à separação dos poderes, que se baseia em uma incompatibilidade entre o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade e a tripartição de poderes de Montesquieu. O autor elabora sua crítica à doutrina da separação dos poderes desenvolvida nos Estados Unidos, por considerar que a doutrina de Montesquieu é questionável quanto a sua realidade fática em razão da postura adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no que concerne à competência que assumiu de exercer o controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais. Essa seria uma ingerência indevida de um poder na esfera de competência de outro poder em nome do sistema “pesos e contrapesos”, de maneira que as competências classicamente separadas e independentes dos

defensor da Constituição, ao invés do Tribunal Constitucional, defendido por Kelsen, que considerava vantajosa a posição de tal Tribunal, que não participaria do exercício do poder, atribuído pela Constituição ao Parlamento ou ao Governo, de quem poderia advir o uso irresponsável de tal poder.

⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Separação de poderes, Maioria Democrática e Legitimidade do Controle de Constitucionalidade*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, v. 53, 2000, p. 80.

⁷⁰ TAVARES, André Ramos. *Justiça constitucional: superando as teses do 'legislador negativo' e do ativismo de caráter jurisdicional*. Direitos Fundamentais & Justiça, v. 7, 2009, p. 173.

poderes não podem ser percebidas na gestão cotidiana do Estado.⁷¹ Argumenta Kelsen que o grande problema do sistema norte-americano de controle difuso é que, não estando o controle de constitucionalidade atribuído exclusivamente a uma Corte Constitucional, a revisão judicial da legislação só se torna possível em um processo subjetivo⁷².

Sobre a distinção entre os controles norte-americano e austríaco, José Joaquim Gomes Canotilho faz as seguintes observações:

“A concepção kelseniana diverge substancialmente da judicial review americana: o controlo constitucional não é propriamente um fiscalização judicial, mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (Vereinbarkeit) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal a quo) nem se desenvolveria uma actividade judicial.”⁷³

A origem do sistema de controle abstrato de constitucionalidade, portanto, se encontra na Constituição da Áustria de 1920, que concentrou na Corte Constitucional a competência para decidir as questões de constitucionalidade, subordinando tal controle à existência de uma ação especial (ação direta) passível de ser ajuizada por alguns órgãos políticos, sem relação com qualquer caso concreto. Através de uma reforma constitucional em 1929, o artigo 40 da referida Constituição é alterado para ampliar a legitimidade da deflagração do controle de constitucionalidade por meio da previsão de ação incidental que levava o controle abstrato da questão à Corte Constitucional.

A respeito das diferenças no desenvolvimento dos sistemas de jurisdição constitucional europeu e norte-americanos, Gustavo Binbenbim nota que duas razões simultâneas para tal diferenciação podem ser apontadas: de um lado, na

⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 390-402

⁷² A impossibilidade de separação dos poderes no cotidiano é considerada por Kelsen para refutar a classificação e o conceito de Montesquieu. Segundo o jurista austríaco, o conceito de separação de Poderes designa um princípio de organização política que pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, sendo possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. Contudo, o autor considera que não são três, mas duas as funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do direito, e que é “impossível atribuir a criação do direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções”. Assim, não se pode distinguir material ou intrinsecamente, em termos absolutos, uma função estatal da outra. (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 263-264).

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed, Coimbra: Almedina, 2003, p. 898-890

ordem social, o constitucionalismo na Europa se desenvolveu em sociedades divididas, com ideologias conflitantes, enquanto o norte-americano floresceu em ambiente social e ideológico mais homogêneo, pelo que é natural a tendência, no primeiro caso, à concentração das decisões sobre matéria constitucional, por sua relevância política, em um único órgão, composto de membros nomeados pelas autoridades políticas legitimadas pelo voto popular; de outro lado, na ordem prática, a introdução do sistema difuso em países ligados à tradição romano-germânica que não conhece o princípio do precedente vinculativo (*stare decisis*), típico dos sistemas de *common law*, se revelaria problemática do ponto de vista da segurança jurídica.⁷⁴

O modelo austríaco de controle de constitucionalidade concentrado, apesar de amplamente divulgado nas lições de Kelsen, só veio, contudo, a experimentar notável expansão a partir do segundo pós-guerra, com a assimilação por diversos países da Europa continental como Alemanha (1949) e Itália (1956).

O florescimento do controle de constitucionalidade acabou ocorrendo como uma alternativa ao modelo legalista, que entra em crise no início do século XX, e como uma resposta aos abusos ocorridos especialmente após a II Guerra. A memória dos acontecimentos recentes não permitia que se continuasse a conceber o cumprimento dos ideais democráticos sem um esquema constitucional que impedisse o abuso das decisões majoritárias.

Apenas então é que a ideia de supremacia da Constituição contra as vontades passageiras e arbitrárias do legislador em detrimento dos direitos fundamentais vai ganhar fôlego⁷⁵.

Verifica-se que “o século XX foi o século da grande travessia do constitucionalismo rumo à normatividade”⁷⁶. Até a II Guerra mundial, quando a realidade histórica apontou para a necessidade de criação de mecanismos para a contenção dos abusos dos poderes majoritários, as previsões constitucionais eram

⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 37-40.

⁷⁵ TAVARES, André Ramos. *O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva*. Fórum administrativo - Direito Público, v. 100, 2009, p. 4.

⁷⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Separação de poderes, Maioria Democrática e Legitimidade do Controle de Constitucionalidade*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, v. 53, 2000, p. 78.

tidas como programas dirigidos basicamente ao Legislador, a quem caberia – ou não – implementar tais diretivas. O contato da Constituição com o mundo real era limitado pela intermediação do Poder Legislativo, pois as constituições não eram norma jurídica propriamente dita.

Até então, não se reconhecia à Constituição caráter normativo, capaz de produzir efeitos diretamente e, ademais, as Constituições na maioria das vezes se limitavam a disposições gerais de caráter organizatório ou jurídico processual. A possibilidade de controle judicial de constitucionalidade das leis era considerada, em geral, inadmissível pelo princípio da separação dos poderes, colocado a serviço da supremacia do parlamento⁷⁷.

A falta de operatividade jurídica da Constituição se devia, assim, à sobrevalorização da supremacia da lei e do Poder Legislativo. Debilitava-se, assim, o valor efetivo da constituição, que não se encontra protegida contra o legislador. As prescrições constitucionais não podiam ser aplicadas diretamente pelos juízes, nem geravam direitos subjetivos para os cidadãos. “Só as leis editadas pelos parlamentos obrigavam e vinculavam; não as solenes e abstratas determinações constitucionais”⁷⁸.

Ao longo do século XX, o conteúdo da Constituição ampliou-se, afetando os poderes Judiciário e Legislativo, em razão da mudança da relação entre Constituição e legislação infraconstitucional. A introdução do controle de constitucionalidade nos sistemas jurídicos europeus decorreu da introdução de um elemento novo - a normatividade da Constituição -, e não a uma reformulação da ideia de separação dos poderes⁷⁹.

Indicada a Segunda Guerra Mundial como divisor de águas no processo de jurisdicização da Constituição, é possível observar que a partir daí a doutrina jurídica se concentrou na elaboração da noção hoje óbvia de que a Constituição é norma jurídica, sendo que para instrumentalizar a normatividade da Constituição passou-se a desenvolver novas e variadas formas de controle jurisdicional de

⁷⁷ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra : Coimbra Editora, 1989, p. 168.

⁷⁸ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 2, 2006, p. 86.

⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Separação de poderes, Maioria Democrática e Legitimidade do Controle de Constitucionalidade*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, v. 53, 2000, p. 91.

constitucionalidade, meio adequado não apenas para impedir a produção de normas ou atos inconstitucionais, mas também como instrumento de realização dos comandos da Constituição.

Importante destacar, nesse contexto, o papel desempenhado pela Teoria da Força Normativa da Constituição, desenvolvida pelo jurista alemão Konrad Hesse, na obra *A força normativa da Constituição*, de 1959⁸⁰. Contrapondo-se a Ferdinand Lassale⁸¹, que considerava que a Constituição era determinada pela realidade política, Hesse sustenta ser a Constituição norma jurídica com força jurídica vinculante, de maneira que seria compulsória a concretização da vontade constitucional.

Tendo em mente que as constituições europeias do segundo pós-guerra tratavam de temas como a dignidade da pessoa humana e exigiam mais prestações por parte do Estado, a Teoria da Força Normativa da Constituição fortalece, sobremaneira, o papel do Poder Judiciário na missão de exigir a concretização das normas constitucionais. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a concretização das propostas constitucionais ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador, na qual ao Poder Judiciário não se reconhecia papel relevante na realização do conteúdo da Constituição⁸².

O controle de constitucionalidade se afirmou, pelo mundo, como um importante instrumento de contenção de poder político nas democracias contemporâneas. Determinados princípios e direitos constitucionalizados são, dessa maneira, subtraídos do embate político cotidiano, ficando reservados contra majorias legislativas ocasionais. Os mecanismos de controle da constitucionalidade representam, assim, os limites institucionais do poder da maioria.

Daniel Sarmiento aponta duas premissas políticas subjaziam ao modelo centrado na legislação e na qual o Poder Judiciário não entendia a Constituição efetivamente como norma: a crença na legitimidade dos parlamentos para criação do direito e na ilegitimidade dos juízes para a mesma tarefa; e, a ideologia do *laisse-*

⁸⁰ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁸¹ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Leme/SP: Edijur, 2014.

⁸² BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, 2005, p. 5.

faire – o Estado não deveria intervir na esfera social, cabendo-lhe apenas proteger a propriedade e a segurança do cidadão.

O autor assevera que essas duas premissas teriam se alterado no curso do século XX. Em razão do dramático quadro de desigualdade e injustiça produzido pelos excessos do capitalismo selvagem, ocorre a mudança do paradigma do Estado Liberal para o Estado Social, que tem como uma de suas consequências o fenômeno da „inflação legislativa“. Ademais, eventos traumatizantes, como o Holocausto nazista, demonstraram que o legislador, mesmo quando eleito pelo povo, pode perpetrar ou ser cúmplice das mais atrozes barbaridades, sendo, portanto, necessário estabelecer mecanismos de controle para a contenção dos seus abusos. Tal situação teria causado um desencanto geral com o positivismo jurídico, mas sem que fosse considerado que o jusnaturalismo, seu eterno rival, fosse considerado um bom substituto. Teria surgido, então, o constitucionalismo, como a melhor alternativa possível, pois, ao incorporar em texto direitos fundamentais e princípios relevantes de moralidade pública, as constituições europeias do segundo pós-guerra representariam a „positivação do direito natural“. ⁸³

Deve ser destacada, ainda, a contribuição de Rafael Tomaz de Oliveira e André Karam Trindade, que, partindo de ensaio *The americanization of Europe*, de Milton Mayer⁸⁴, destacam a importância da „redescoberta cultural dos Estados Unidos“ após a II Guerra mundial. A Europa, a partir de tal marco, passa a importar e resignificar alguns padrões jurídicos-políticos que nasceram ou floresceram, no âmbito do processo cultural verificado nos Estados Unidos. Do ponto de vista jurídico teriam sido adotadas teorias que passam a reservar uma tarefa criativa ao juiz, à semelhança dos padrões de criação jurisprudencial do *common law*. Uma jurisprudência de valores pavimenta terreno para a construção de um modelo de interpretação da Constituição que propiciava protagonismos para a jurisdição constitucional⁸⁵. Do ponto de vista político, a redescoberta dos Estados Unidos teria legado uma nova modelagem da Separação de Poderes, especialmente em face da previsão de um Tribunal Constitucional para realizar a fiscalização da

⁸³ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 2, 2006, p. 86-87.

⁸⁴ MAYER, Milton. *The americanization of Europe*. In: *New Europe and the U.S.A.: Part One. Great Books by Encyclopaedia Britannica*. Nova York: Atheneum Publishers. 1964, p. 119 e segs.

⁸⁵ TRINDADE, André Karam; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *O ativismo judicial na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v.11, n. 2, p. 756.

constitucionalidade dos atos do parlamento, fechando-se, assim, o círculo de uma Constituição Normativa, como a estadunidense, uma vez que investe um órgão com função jurisdicional da função de guarda da Constituição⁸⁶.

Após tais evoluções, estavam postos os três pilares sobre os quais se assenta o constitucionalismo moderno: a contenção do poder dos governantes, por meio da separação dos poderes; a garantia de direitos individuais, concebidos como direitos negativos oponíveis ao Estado; e a necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, pela via da democracia representativa.

Assim, o liberalismo possui como técnica de proteção das liberdades fundamentais um texto normativo que adote a teoria da separação dos poderes e uma lista de direitos individuais que conformam a cidadania. Combinando tal noção com o sufrágio universal e algum método de representação esse regime costuma ser chamado de democracia constitucional⁸⁷.

Para que um Estado se intitule democrático, há de estar presente a soberania popular, afinal, nos dizeres de Abraham Lincon, “A democracia é o governo do povo, pelo povo, para o povo”⁸⁸. Com a democracia constitucional é que se substituiu o monarca, soberano absoluto, pelo povo. Em substituição à legitimidade aceita tradicionalmente do *l’Etat c’est moi*, contrapõe-se uma nova concepção das relações entre cidadão e Estado baseada na liberdade política do primeiro^{89 90}.

1.3. A Separação dos Poderes em transformação

⁸⁶ TRINDADE, André Karam; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v.11, n. 2, p. 757.

⁸⁷ MENDES, Conrado Hubner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 2.

⁸⁸ Abraham Lincoln, em 19 de novembro de 1863, na cerimônia de inauguração do Cemitério Militar de Gettysburg, profere um dos discursos mais marcantes da história americana, o discurso de Gettysburg, tendo como assunto principal a nova Democracia (instituída pós-Guerra Civil), com a participação dos negros libertos da escravatura, onde reafirma os objetivos do sistema político criado com a Revolução Americana de 1777: um governo do povo, pelo povo e para o povo, consagrado ao princípio de que todos os homens nascem iguais. LINCOLN, Abraham. *Discurso de Gettysburg*. 1863, Disponível em: <<http://www.arqnet.pt/porta/discursos/novembro01.html>>, Acesso em: 24 julho de 2016.

⁸⁹ TAVARES, André Ramos. *Democracia e exercício do poder: apontamentos sobre a participação política*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, SÃO PAULO, v. 3, 2004, p. 364.

⁹⁰ “O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX” BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 9.

O olhar sobre as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, em especial a Revolução Francesa de 1789, nos permite afirmar que princípios e concepções formuladas àquela época ditaram a forma de concepção do Estado no mundo ocidental.

Mais recentemente, contudo, têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, que passam a ter diferentes bases tendo em vista às realidades históricas em que cada Estado se encontra. As mudanças sofridas não só nos Estados, mas em toda a sociedade não deixam dúvidas a respeito da necessidade em se reavaliar algumas das noções tradicionalmente concebidas a respeito da separação dos poderes. André Ramos Tavares considera que a prática mundial já se incumbiu de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Acrescenta, ainda, que “a tese da absoluta separação dos poderes os tornaria perniciosos e arbitrários”⁹¹.

Deve ser buscado, contudo, algum sentido que possa, ainda hoje, ser conferido à teoria da separação dos poderes, de maneira a ser utilizado como como parâmetros para a atuação dos poderes do Estado, afinal, a separação dos Poderes é cláusula pétrea prevista na Constituição de 1988, que se baseia, ademais, na tripartição de poderes historicamente consolidada no momento de distribuir competências.

Assim, compreender algumas das críticas e incompatibilidades mais recentemente opostas à clássica teoria da separação dos poderes, e, se possível, delimitar parte do núcleo essencial da separação dos poderes que possa servir de guia na avaliação de uma postura expansiva do controle jurisdicional de constitucionalidade exercido no Brasil é o objetivo que passa a ser desenvolvido.

Um suposto imobilismo, decorrente da separação dos poderes, é uma das críticas abordadas por Pedro Vieira Abramovay⁹², que aponta para o fato de essa

⁹¹ Assume destaque, até pela crítica à doutrina clássica da separação dos poderes, a nova divisão tripartida propugnada por Loewenstein: “*la decisión política conformadora o fundamental (policy determination); la ejecución de la decisión (policy execution) y el control político (policy control)*”. (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964, p. 62.)

⁹² ABRAMOVAY, Pedro Vieira. *Separação de poderes e medidas provisórias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 19-39.

crítica encontrar forte eco entre os juristas do Estado Social. A crítica é bem ilustrada nas palavras de Paulo Bonavides, para quem:

“Esse princípio – que nas origens de sua formulação foi, talvez, o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea e servindo de inspiração e paradigma a todos os textos de Lei fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política – já não oferece, em nossos dias, o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental. Representou seu papel histórico. O constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irresgatável dívida de gratidão. Merece com efeito a homenagem e o reconhecimento dos que, na doutrina política, consagram sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz. Quando cuidamos dever abandoná-lo no museu da Teoria do Estado (grifo nosso) queremos, com isso, evitar apenas que seja ele, em nossos dias, a contradição dos direitos sociais, a cuja concretização se opõe de certo modo, como técnica dificultosa e obstrucionista, autêntico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia, aqueles que ainda supõem possível tolher e retardar o progresso das instituições no rumo da social-democracia. Pretender conservá-lo, porém como dogma, em justificações descabidas para a atualidade é o que nos parece inaceitável.”⁹³

Assim, a especial importância da crítica para os juristas do Estado Social decorre especialmente da possibilidade de que a cláusula da separação de poderes pudesse servir de óbice a concretização de direitos individuais e sociais.

Não há dúvidas de que a formulação clássica da separação dos poderes obedece à finalidade típica do Estado Liberal: a liberdade política dos cidadãos perante os poderes públicos. É característica das matrizes constitucionais liberais a enumeração de direitos dos indivíduos ante o poder estatal, com o escopo de exigir do Estado fundamentalmente uma abstenção. Contudo, a própria natureza das relações entre Estado e indivíduos foi alterada ao longo do tempo. O Estado Liberal, com sua igualdade meramente formal, não conseguiu dar respostas aos enormes problemas sociais especialmente das classes proletárias, que, impulsionados pela ideologia marxista, eclodiram em movimentos políticos e sociais organizados reivindicando uma atuação estatal que pusesse fim às desigualdades. Temendo uma ruptura violenta, a burguesia relutantemente adotou mecanismos que afastassem os trabalhadores da opção revolucionária, surgindo, então, o Estado Social, que tinha por características uma maior intervenção do Estado na economia,

⁹³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 63.

a aplicação do princípio da igualdade material e a realização da justiça social. Suas propostas podem ser exemplificadas em três documentos históricos: a declaração dos Direitos do Povo e do Trabalhador, na Revolução Russa de 1917; a Constituição Mexicana de 1917, resultado da Revolução Mexicana; e a Constituição de Weimar de 1919.

Com tais mudanças, o Estado deixou de ser inimigo, para ser parceiro, incentivador ou mesmo concorrente, enquanto o Poder Executivo passou a ter o compromisso de concretizar o novo conteúdo das constituições sociais: direitos sociais, econômicos e culturais relacionados à igualdade, à dignidade da pessoa humana e à cidadania. Considerando essas profundas alterações nas expectativas do indivíduo em face do Estado, torna-se recorrente a afirmação de que não é mais possível que tenha a separação de poderes a mesma conotação que possuía no Estado Liberal de Direito. Dirley da Cunha Junior, estudando as consequências advindas da transformação do Estado, chega à constatação de que:

“À vista de tudo isso, afigura-se-nos que o Estado Social exige uma reformulação da clássica divisão funcional dos Poderes, no sentido de uma distribuição de funções que garanta um sistema eficaz e equilibrado de controle recíproco, a fim de que a Constituição, em geral, e os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, em especial, sejam observados, respeitados e efetivados, e não permaneçam mais à mercê da livre vontade e disposição do legislativo e do executivo em decidirem se e quando devam ser aplicados. Para tanto, é necessária a superação de certas idéias conservadoras da doutrina constitucional tradicional, “que ainda não adaptou as suas „lições” às condições diferenciadas do moderno Estado Social”, e o desapego a velhos dogmas do constitucionalismo clássico, indo em rumo à construção de novos paradigmas, onde a Constituição e os direitos fundamentais deixem de ser meras retóricas políticas ou promessas demagógicas, para se tornarem realidades vivas.”⁹⁴

Especificamente em relação à mudança na concepção de Poder Judiciário, Tércio Sampaio Ferraz Júnior anota que o “sentido promocional prospectivo” dos direitos sociais:

⁹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da . *O Dogma da Separação das Funções Estatais no Estado Democrático de Direito: A necessidade de uma revisão da Teoria clássica da Separação de Poderes*. In: Cristiano Chaves; Dirley da Cunha Júnior; Ricardo Carneiro; Tiago Bockie. (Org.). *Temas Atuais do Direito: Modernidade, Pós-Modernidade e Direitos Fundamentais*. 1ed.Salvador: JusPodivm, 2013, v. 1, p. 37.

“altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). (...) Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes cabia exclusivamente ao Legislativo e Executivo, passa a ser imputada também à Justiça”.⁹⁵

Ao caminhar de um modelo liberal para um Estado Social e Democrático de Direito foram agregadas, no processo, novas atividades e novas funções estatais, de maneira que é necessária uma releitura da separação de poderes na finalidade de adequá-la ao contexto hodierno.

Se por um lado é certo que a função de concretizar esses direitos herdados do Estado Social coube ao Poder Executivo⁹⁶, é certo também que o Poder Judiciário passou a ganhar espaço e importância como fiscalizador e mesmo implementador direto das novas prestações determinadas pela Constituição.

Mas não é apenas o advento do Estado Social que exige, no entanto, uma releitura da separação dos poderes. Bruce Ackerman reconhece o avanço fundamental de Montesquieu em relação às tradicionais ideias aristotélicas de governo misto, rejeitando a compreensão de poderes representando diferentes classes sociais, e reconhecendo poderes que correspondem a diferentes funções governamentais. Contudo, considera que a teoria da separação de poderes desenvolvida não se coaduna com a complexidade da vida política moderna, pelo que propõe “repensar a santíssima trindade de Montesquieu”⁹⁷, que nos mantêm

⁹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à Divisão dos Poderes*. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, Recife, 2000, n. 11, p. 345-349.

⁹⁶ É apontada uma mudança na predominância entre os poderes, com um paulatino esvaecimento da função legiferante pelo Poder Legislativo e a hipertrofia do Poder Executivo, que assume o comando de fato da legiferação e do Estado.

⁹⁷ ACKERMAN, Bruce. *Adeus, Montesquieu*. Publicado em inglês com o título “Good-bye, Montesquieu” originalmente na *Comparative Administrative Law*, 2010. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira, p. 15.

cegos para o surgimento de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas⁹⁸.

No livro *A nova separação de poderes*, Ackerman⁹⁹ defende uma renovada compreensão da ideia de separação de poderes na perspectiva de refletir sobre um modelo no interior do qual o exercício do poder político sofra controles internos mútuos tendo como mote o ideal de um governo efetivamente limitado. A questão é colocada a partir ponto de intersecção que vincula o conceito de separação de poderes ao de sistema de governo.

Ackerman propõe uma outra teoria de separação de poderes, dessa vez fundada na teoria da especialização funcional, por considerar que a tripartição clássica dos poderes não considerou uma quarta instância do Estado: a burocracia.

Segundo o autor, um dos desafios contemporâneos a ser enfrentado pela teoria da separação dos poderes seria a politização da liderança burocrática, ante a constatação de que a burocracia age de forma diferente no parlamentarismo e no presidencialismo. Enquanto no parlamentarismo os burocratas geralmente não são partidários, buscando uma neutralidade burocrática, causada pela incerteza na duração do mandato do primeiro ministro, no presidencialismo os burocratas agiriam de forma oposta, aprendendo a sobreviver em um cenário de forças opostas, na qual a melhor estratégia de sobrevivência seria demonstrar o maior apoio possível ao poder vigente. Assim, presidentes recém-eleitos se deparam com ideólogos insubordinados e primeiros ministros recém-eleitos, os segundos encontram um grupo de alto nível, preocupado em demonstrar sua competência neutra.

Não é escondida a intenção de expor criticamente as desvantagens dos sistemas presidencialistas em relação aos modelos parlamentaristas mais contemporâneos, que incorporam mecanismos de limitação das maiorias eventuais e controle sobre excessos eleitorais, mas, evitando a discussão sobre a viabilidade do modelo proposto por Ackerman, o elemento mais significativo projetado pelo texto aparece na mensagem de que a engenharia constitucional que preside a concepção de separação de poderes não pode ser pensada como uma máquina com engrenagens fixas e que, com o tempo, acabam por se tornar obsoleta. Ao contrário,

⁹⁸ Como exemplos de instituições que não se encaixam nos três poderes clássicos, o autor analisa as comissões eleitorais e bancos centrais independentes.

⁹⁹ Idem, 2009.

esse arranjo político está sujeito a revisões periódicas que podem levar a transformações profundas no modo como cada elemento desse sistema se relaciona com os outros e como se estabelecem mecanismos de controle¹⁰⁰.

Expostas algumas das críticas elaboradas a respeito da compatibilidade da separação dos poderes com o arranjo institucional adequado para o cumprimento das novas tarefas do Estado, cumpre passarmos ao ponto de tentar definir qual seria seu conteúdo.

A importância da separação dos poderes é destacada por M.J.C. Vile, que afirma, no início de sua grande obra, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, publicada em 1967, que das teorias de governo que se propuseram a prover uma solução ao dilema de garantir que o exercício do poder governamental, essencial para a realização dos valores da sociedade, seja controlado para que não acabe destruindo os valores que pretendia promover, a teoria da separação dos poderes foi a mais importante intelectualmente e em termos de influência nas instituições de governo. A separação dos poderes se encontra ao lado do outro pilar do pensamento político ocidental – o conceito de governo representativo – como principais suportes para sistemas de governos denominados „constitucionais“¹⁰¹.

O autor alerta, contudo, que a definição do que denomina „doutrina da separação dos poderes“ não é simples e imediatamente reconhecível. Muito pelo contrário. Além disso, muito do conteúdo específico da separação dos poderes, exposta nos escritos dos autores de séculos passados é inapropriado para os problemas de sua atualidade, tendo falhado em prover as bases adequadas para um sistema político efetivo e estável.

Apesar das críticas, Vile reafirma a importância das ideias por trás da doutrina que permanece como ingrediente vital do pensamento político e da prática atuais, pelo que percorre um complicado caminho para produzir uma definição da separação dos poderes, distinta dos princípios que lhe são adjacentes, mesmo reconhecendo que o fato de a sociedade moderna dever suprir demandas

¹⁰⁰ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABOUD, Georges. *O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: Entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional*. Revista de Processo, v. 233, 2014, p. 26.

¹⁰¹ VILE. M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 2-3.

desconhecidas aos teóricos de séculos anteriores pode fazer com que a doutrina daquela época seja irrelevante.

Um exame da história dos séculos passados revelaria, em que pese todas suas inadequações, que há uma „teimosia“¹⁰² como qualidade da separação dos poderes¹⁰³. Posto isto, para o autor, a „doutrina pura“ da separação dos poderes pode ser formulada da seguinte forma:

“É essencial para o estabelecimento e a manutenção da liberdade política que o governo seja dividido em três poderes ou departamentos, o legislativo, o executivo e o judiciário. A cada um desses três poderes há uma correspondente identificável função de governo, a legislativa, a executiva e a judicial. Cada poder do governo deve ser confinado ao exercício de suas próprias funções e não é permitida a usurpação das funções de outros poderes. Além disso, as pessoas que compõem esses três poderes devem ser mantidos separados e distintos, não sendo permitido que um indivíduo seja ao mesmo tempo membro de mais de um poder.”
(tradução livre)¹⁰⁴

Valiosa, ainda, a contribuição de Jeremy Waldron sobre o tema. No artigo *Separation of powers in thought and practice?*, o controverso autor pretende analisar o que significa e qual a importância do princípio da separação dos poderes, concebido como um princípio político utilizado para avaliar os arranjos legais e constitucionais. De forma não usual, o autor inicia sua análise distinguindo a separação dos poderes do que considera dois outros princípios importantes que lhe são comumente associados: a divisão dos poderes, que aconselha a não se concentrar excessivamente o poder político nas mãos de uma pessoa, grupo ou agência; e, os freios e contrapesos, determinando que o exercício de poder por qualquer detentor de poder deve ser balanceado e freado pelo exercício de poder de outro detentor de poder.¹⁰⁵

¹⁰² O termo no original é *stubbron quality*.

¹⁰³ *Idem*, p. 8.

¹⁰⁴ No original: “It is essential for the establishment and maintenance of political liberty that the government be divided into three branches or departments, the legislature, the executive, and the judiciary. To each of these three branches there is a corresponding identifiable function of government, legislative, executive, or judicial. Each branch of the government must be confined to the exercise of its own function and not allowed to encroach upon the functions of the other branches. Furthermore, the persons who compose these three agencies of government must be kept separate and distinct, no individual being allowed to be at the same time a member of more than one branch. In this way each of the branches will be a check to the others and no single group of people will be able to control the machinery of the State.” (VILE. M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 9).

¹⁰⁵ Embora seja questionável que a separação dos poderes seja um princípio previsto na Constituição Norte-americana, Waldron salienta que o princípio é indispensável à teoria política do país, assim

Além dos já mencionados princípios da divisão de poderes e dos freios e contrapesos, são acrescentados os princípios do bi-cameralismo e do federalismo ao conjunto de princípios que atuam separadamente e em conjunto ao próprio princípio da separação dos poderes como fundamentos da legitimidade institucional. Tais princípios foram utilizados, nas origens do constitucionalismo norte-americano, para resolver o problema de desenhar instituições que garantiriam „segurança prática“ contra a excessiva concentração de poder político. Nesse contexto o princípio da separação dos poderes poderia ser pensado em um meio para que fosse cumprido o princípio da divisão dos poderes, mas o autor acredita que há algum conteúdo a mais¹⁰⁶. A importância específica do princípio da separação dos poderes decorreria na vital distinção entre as diferentes funções de governo: legislativa, adjudicativa e executiva.

Com o auxílio dos escritos de Locke, Montesquieu e Madison, mas destacando a pouca fundamentação encontrada nos dois últimos, Waldron chega à conclusão de que o princípio da separação dos poderes atua dividindo o processo básico de governo em três funções básicas: promulgando leis, julgando disputas com base na lei, e administrando a decisão legal. Essas funções básicas são divididas em um processo de etapas que devem ser realizadas distintamente para que a atuação do governo seja considerada adequada. O importante que haja um processo articulado de maneira que os diferentes aspectos da criação legislativa e a ação legalmente autorizada não ocorram juntas, em confusão. Nesse ponto, destaca que a separação dos poderes se confunde com a *rule of law*, por determinarem que nesse processo os três poderes devem se manifestar antes que haja algum impacto no indivíduo. Insistir na observância do princípio da legalidade significa insistir em ser submetido a um processo na qual seja observada a articulação institucional requerida pela separação dos poderes¹⁰⁷.

Waldron conclui ressaltando a importância em se definir a separação dos poderes, ainda que se considere se tratar de um princípio obsoleto e inútil, pois é necessário reconhecer que a separação dos poderes aponta para algo que certamente já foi muito valioso: o governo articulado por meio de fases sucessivas

como o princípio democrático, sendo aceito como pedra fundamental da legitimação constitucional desde os *founding fathers*. (WALDRON, Jeremy. *Separation of powers in thought and practice?* Boston College Law Review, v. 54, 2013, p. 433-438).

¹⁰⁶ Idem, p. 438-440.

¹⁰⁷ Idem, p. 443-459.

de governo na qual cada fase mantém sua integridade. Por fim, afirma considerar que a separação dos poderes levanta uma série de questões e preocupações contra uma simplificação excessiva da atuação do governo, sendo que tais preocupações devem permanecer ainda que o princípio pareça impraticável¹⁰⁸.

Aqui deve ser feita uma ressalva. Waldron e Vile desenvolvem suas obras distinguindo três princípios: separação dos poderes, divisão dos poderes e freios e contrapesos. Suas lições são preciosas justamente por delimitarem o núcleo de cada um desses princípios, contudo, não é comum encontrar divisão semelhante na doutrina e jurisprudência nacionais, de maneira que há que se compreender que a previsão da separação dos poderes como cláusula pétrea, por exemplo, deve ter seu conteúdo delimitado com referência aos três princípios tratados.

A respeito da atual função da doutrina da separação dos poderes, André Ramos Tavares afirma que sua utilidade é a de servir como uma técnica de arranjo da estrutura política do Estado, “implicando na distribuição por diversos órgãos, e de forma não exclusiva, permitindo o controle recíproco, tendo em vista a manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano”¹⁰⁹. Em razão da proeminência do Poder Judiciário na época atual, que é sentida de maneira bastante intensa o autor destaca a necessidade da remodelagem da clássica teoria da separação dos poderes, no que se refere às relações entre eles.

Pedro Vieira Abramovay aponta a necessidade de observar que os objetivos da separação dos poderes passaram por uma profunda transformação na idade moderna. As teorias desenvolvidas até o século XVII têm em comum a ideia de que é necessário haver algum tipo de controle do poder para que se possa conservar a correlação de forças existente dentro de uma sociedade, mas as revoluções burguesas e o sistema de freios e contrapesos transformam completamente a ideia de governo misto da separação dos poderes, que passa a ter por objetivo não a manutenção do *status quo*, mas sim a possibilidade de uma ação concertada entre forças que se opõem de modo a impedir o imobilismo. O autor considera essencial, portanto, a leitura contemporânea da separação dos poderes

¹⁰⁸ Idem, p. 467.

¹⁰⁹ TAVARES, André Ramos. *A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, 1999, p. 70-71.

como um princípio que gere um controle do poder por outro poder de maneira a permitir um avanço da sociedade¹¹⁰.

Jorge Miranda, por sua vez, em seu Manual de Direito Constitucional, afirma:

“O princípio da separação de poderes vai, pois, permanecer como princípio de organização óptima das funções estatais, de estrutura orgânica funcionalmente adequada, de legitimação para a decisão e de responsabilidade pela decisão. Daí uma dimensão positiva, a par de uma dimensão negativa, de controlo e limitação de poder. E, conseqüentemente, reconhece-se a necessidade de um núcleo essencial de competência de cada órgão, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza de competência de que se trata.”¹¹¹

Por sua vez, entendendo que a separação de poderes é fundamental à consecução do fim maior subjacente ao movimento constitucionalista dos séculos XVII e XVIII, qual seja, a limitação do poder, evitando sua concentração, Ana Paula de Barcellos afirma que o princípio da separação dos poderes tem um caráter instrumental. A autora afirma que o elemento fundamental da ideia é “a necessidade de que o poder seja controlado por alguma forma de limite ou poder contraposto”¹¹², destacando, que não há um modelo único de separação dos poderes que precise necessariamente ser adotado.

Em relação ao tema desenvolvido na presente dissertação, Barcellos afirma que tanto a separação dos poderes como a regra majoritária não são elementos absolutos, admitindo restrições, dentre as quais está o controle de constitucionalidade. Assim, a separação dos poderes não representa em si mesma um obstáculo lógico a tal controle. Entende haver, entre o exercício monolítico do poder pelo Poder Judiciário e a completa vedação à jurisdição constitucional, um longo trajeto de possibilidades que pode ser trilhado legitimamente, de modo a manter eficiente o controle dos poderes por meio da divisão de funções. Considera, por fim, que isso será especialmente verdadeiro quando o controle de

¹¹⁰ ABRAMOVAY, Pedro Vieira. *Separação de poderes e medidas provisórias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 37-38

¹¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Constituição*. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 385.

¹¹² BARCELLOS, Ana Paula de. *Separação de poderes, Maioria Democrática e Legitimidade do Controle de Constitucionalidade*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, v. 53, 2000, p. 105.

constitucionalidade disser respeito à proteção dos direitos fundamentais, fim último da própria separação dos poderes¹¹³.

Celso Fernandes Campilongo trabalha com a „tese da divisão dos poderes“, que teria surgido como fórmula capaz de deslocar o centro de decisão política para o legislativo – onde a burguesia tinha assento –, impor limites à atuação do executivo – na pessoa do monarca – e dotar o Judiciário de uma posição institucional protegida das interferências do sistema político e orientada por critérios decisórios transparentes e previamente conhecidos. Ao atribuir cada esfera de atuação do Estado uma missão específica e ao definir os mecanismos internos de operação de cada poder, permite-se um acréscimo na complexidade e na capacidade de tomada de decisão desses poderes, sendo que para o Poder Judiciário a obrigação de decidir conforme a lei é que legitima sua resistência às pressões do sistema político¹¹⁴.

Embora deva ser compreendido que o modelo desenvolvido pela separação dos poderes tenha surgido para combater um modelo absolutista específico, é certo que os poderes continuaram a ser concebidos tendo em mente as funções que lhe foram designadas naquele momento histórico. O legislativo continuou a ser modelado de forma a representar os anseios populares, o executivo a desenvolver as atividades atribuídas ao Estado, e o judiciário a aplicar a lei. Após séculos desempenhando funções específicas, e sendo moldados para o desempenho dessas funções, admitir a confusão ou a tomada de funções é, no mínimo, perigoso. Alterações nos papéis desempenhados pelos poderes, ou mesmo a superação da separação entre eles, devem ser cuidadosamente pensadas e previstas no texto constitucional.

Deve ser extraído, assim, da cláusula da separação dos poderes, que a divisão do poder, bem como sua separação em Legislativo, Executivo e Judiciário¹¹⁵, é essencial para o estabelecimento e a manutenção da liberdade política, sendo que a cada um desses três poderes há uma correspondente identificável função, não usurpável pelos demais, a ser exercida na forma de um processo articulado de

¹¹³ Idem, p. 87.

¹¹⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33-34.

¹¹⁵ Embora outras entidades possam desempenhar suas funções sem estar vinculadas a algum desses três poderes. É o caso do Ministério Público, de certa maneira, no Brasil.

maneira que os diferentes aspectos da criação legislativa e a ação legalmente autorizada não ocorram juntas, em confusão, antes que haja algum impacto no indivíduo. Apenas dessa maneira, por meio da ação concertada entre forças que se opõem, será obtida a organização ótima das funções estatais apta a gerar o avanço da sociedade de maneira legítima.

1.4. Separação dos poderes, Poder Judiciário e jurisdição constitucional nas constituições brasileiras

O princípio da separação dos poderes consagrado nas constituições contemporâneas se filia, histórica e ideologicamente, ao modelo concebido sob inspiração do liberalismo setecentista, mas ele não pode ser compreendido sem a indispensável imbricação com um determinado sistema constitucional, que lhe confere características peculiares.

Não apenas as funções estatais se alteram em razão da concepção que se tenha a propósito das finalidades do Estado, conforme visto nas considerações a respeito do Estado Social, mas, também, o número de órgãos previstos varia em face da maior ou menor amplitude do catálogo de atividades a serem por eles desempenhadas. Mostra-se necessário, portanto, um estudo de como o sistema constitucional brasileiro trabalha a separação dos poderes. Apenas por intermédio do estudo sistemático se poderá chegar a conclusões a respeito das funções exercidas verdadeiramente por cada um dos órgãos previstos constitucionalmente.

Os apontamentos apresentados nos capítulos anteriores permitirão construir um quadro de comparação entre aquilo que as revoluções liberais chamaram de Poder Judiciário e o „novo“ Poder Judiciário, com novas atribuições, que se descortinou no decorrer do século XX, sobretudo na experiência brasileira, tudo com a devida contextualização histórica, e considerando sua relação com os demais poderes. Nesta análise, a evolução do Poder Judiciário pode ser traçada em dois momentos distintos.

No primeiro deles, que se inicia no final do século XIX até os momentos antecessores à Constituição de 1988, trata-se do período de sua afirmação com

funções e garantias bem delimitadas, cada vez mais atuante na resolução de conflitos, ocupando a figura de garantidor da ordem jurídica vigente.

O segundo momento, e aqui reside a especial atenção deste trabalho, consiste no avanço, qualitativo e quantitativo, e consolidação na atuação do Poder Judiciário que decorre especialmente do desenvolvimento do sistema judicial de controle de constitucionalidade no Brasil.

Como ponto de partida, são fundamentais as lições constantes na obra de Pedro Lessa. Datado de 1915, o capítulo primeiro de seu *Do Poder Judiciário* com uma definição do que seria este poder e de quais seus limites, os quais denomina de caracteres distintivos.

“§ 1 O poder judiciario é o que tem por missão aplicar contenciosamente a lei a casos particulares.

A tres se reduzem os principaes caracteres distintivos do poder judiciario : 1º as suas funcções são as de um arbitro ; para que possa desempenha-las, importa que surja um pleito, uma contenda; 2 só se pronuncia acerca de casos particulares, e não em abstracto sobre normas, ou preceitos jurídicos, e ainda menos sobre principios; 3 não tem iniciativa, agindo – quando provocado, o que é mais uma consequência da necessidade de uma contestação para poder funcionar.”¹¹⁶

Antonio de Sampaio Doria traz abordagem em que afirma balizas claras à atuação do órgão judicante, sem, no entanto, negar a necessidade de sua atuação como órgão de controle da atividade legislativa e executiva que transbordassem os limites do texto constitucional. Assim, não caberia ao poder judiciário nem inovar princípios, nem legislar normas práticas. Deveria apenas aplicar a lei, quando invocado, na solução de factos em litígio, ou cujo direito se precise legalizar, ou fixar.¹¹⁷

Um pouco mais adiante no curso da história, Aliomar Baleeiro, em precisa análise, vislumbrava já em meados dos anos 60 um futuro de proeminência do Supremo Tribunal Federal, e de seu avanço substancial em questões outrora distantes do debate judiciário. Anota que Supremo possui a missão a de fazer prevalecer a filosofia política da Constituição Federal sobre os desvios em que os poderes Legislativo e Executivo pudessem incorrer, inclusive pelos atos naquela área indefinida do discricionarismo facultado, dentro de certos limites, a ambos. Já

¹¹⁶ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciario*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 1

¹¹⁷ DORIA, Antonio de Sampaio. *Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1958, p. 617.

ressaltava o autor, que o traçado de tais limites, quer quanto ao legislador quer quanto ao executor, nunca foi, não é, nem será nunca uma linha firme, clara e inconfundível. “Há uma terra de ninguém desta faixa fronteira. Teoricamente, essas linhas jazem na Constituição. Mas como lei é obra de expressão do pensamento, ela padece de lacunas, antinomias e obscuridades, como os de qualquer outro país em qualquer época”¹¹⁸.

A despeito das grandes contribuições dos autores, para demonstração da evolução do posicionamento do Poder Judiciário de acordo com o princípio da separação dos poderes, se faz necessário analisar sua adoção em cada uma das constituições brasileiras.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, inaugurou a história do constitucionalismo no Brasil prevendo, no artigo 10, a existência de quatro Poderes Políticos: Legislativo, Moderador, Executivo e Judicial. Adicionou-se, todavia, à clássica tripartição, um quarto poder, o Moderador, seguindo as ideias de Benjamin Constant, que seria destinado a estabelecer o equilíbrio entre os demais poderes e exercido pelo Imperador. Em relação ao Poder Judiciário, houve a criação de um órgão de cúpula, o Supremo Tribunal de Justiça, mas sem qualquer controle sobre a constitucionalidade das leis.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, previu somente os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, extinguindo a função de Poder Moderador. Repudiando a monarquia, foi adotado o presidencialismo norte-americano como solução para a titularidade do Poder Executivo. Seu artigo 15, previa que “são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

A vigência da primeira Constituição republicana enseja o funcionamento do mecanismo do equilíbrio dos poderes, com a atuação recíproca de cada um sobre os demais, na contenção de excessos, mecanismo que vai atuar, igualmente, no campo peculiar do legislativo, na interação exercida pelas duas casas do Congresso Nacional e, ainda, nos três níveis em que se desdobra a federação, deixando clara a adoção da Constituição dos Estados Unidos da América como referencial dos constituintes brasileiros influenciados, especialmente, por Rui

¹¹⁸ BALEEIRO, Aliomar. Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 103.

Barbosa. A inovação ao Poder Judiciário foi a criação de um novo órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, criado na República Velha pela Constituição Provisória de 22 de junho de 1890, e efetivamente instalado em 28 de fevereiro de 1891, bem como a previsão do controle de constitucionalidade das leis de modelo norte-americano, e de garantias como a vitaliciedade e irredutibilidade de vencimento aos seus membros, delineamentos que deram as bases à solidificação deste Poder.

Sob a égide da Constituição de 1891, a composição e atuação do Supremo Tribunal Federal mostravam-se muito distante de suas diversas atribuições atuais. Era composto por 15 ministros, todos nomeados pelo Presidente e aprovados pelo Senado com cargo vitalício e sem previsão de aposentadoria compulsória. Ressalvada sua atuação em sede de competência originária, elencada no inciso I e alíneas do artigo 59 da referida Constituição, sua atuação maior resumia-se ao julgamento em grau de recurso das questões decididas pelos Juízes e Tribunais Federais. À época já se demonstrava fator preocupante por instituir nosso Supremo como uma terceira instância¹¹⁹.

Notável, ainda, a influência de Rui Barbosa, trazendo ao texto constitucional a figura do controle de constitucionalidade de caráter incidental e de efeitos concretos, influência do sistema norte-americano. O artigo 59, § 1º, “a” e “b” da Constituição de 1891 previu a competência do Supremo Tribunal Federal para rever por meio de recurso as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando questionada a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do referido Tribunal for contra ela, bem como a revisão em grau recursal das decisões do Tribunal do Estado quando esta considerar válidas leis ou atos dos Governos dos Estado, ou ainda leis federais, questionadas em face da Constituição¹²⁰.

A fim de preencher o arcabouço sistêmico do controle de constitucionalidade da Constituição de 1891, a Lei Federal n. 221 de 20 de novembro de 1894, completou a organização da Justiça Federal da República, prevendo a possibilidade de juízes e tribunais deixarem de aplicar as leis e regulamentos incompatíveis com a Constituição.

¹¹⁹ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 23.

¹²⁰ A disposição do art. 59 reproduzia, com algumas modificações textuais, o julgamento incidental de inconstitucionalidade, previsto no Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890

Sobre o controle previsto até então, Elival da Silva Ramos¹²¹ afirma tratar-se de um controle difuso, quanto ao aspecto orgânico ou competencial; incidental, concreto e subjetivo, quanto ao aspecto modal ou procedimental; gerador de decisões com efeito inter partes, decisões essas de natureza meramente declaratória, com aparência de retroatividade total, no plano da eficácia temporal, indicativas de nulidade *ab initio* e de pleno direito do ato impugnado.

Com o Governo Provisório de Vargas (1930-1934) chegou ao fim a República Velha e iniciou-se período em que o Supremo Tribunal Federal seria profundamente atacado em sua estrutura e independência. Dentre outras medidas implementadas unilateralmente pelo Poder Executivo, foi diminuída a composição do Supremo para 11 ministros e, alguns dias depois, foram aposentados compulsoriamente seis de seus ministros, em que pese a previsão constitucional de vitaliciedade do cargo.

A breve Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, segue a tradição inaugurada pela primeira Carta da República, adotando a tripartição dos poderes, sendo que a maior novidade é o tratamento do Senado Federal fora do Poder Legislativo, previsto como mero colaborador da Câmara dos Deputados.

A Constituição de 1934 inseriu no sistema brasileiro regra semelhante ao *full bench* do direito norte-americano, aqui conhecida como cláusula de reserva de plenário, através do artigo 179 que estatuiu: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.

Importante inovação, especialmente considerando as atuais discussões a respeito da mutação de dispositivo semelhante na atual Constituição, diz respeito à possibilidade do Senado Federal, por provocação do Procurador Geral da República, de suspender a execução do ato impugnado e declarado inconstitucional, nos termos dos artigos 91, IV, e 96 da Constituição de 1934. O dispositivo introduziu, assim, a possibilidade de eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade.

¹²¹ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 187-188.

Merece destaque a introdução da representação interventiva, tida como embrião da ação direta de inconstitucionalidade no Brasil, pelo artigo 12, §2º, a ser submetida pelo Procurador Geral da República originariamente ao Supremo a fim de que fosse realizado o exame de constitucionalidade, em abstrato, de lei federal que decretasse a intervenção nos Estados em razão de suas constituições e leis não respeitarem os princípios constitucionais „sensíveis“.

Não se deve omitir, ainda, que a Constituição de 1934 continha expressa ressalva à judicialização das questões políticas, dispondo o artigo 68 que “é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas”.

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, rompendo a tradição constitucional brasileira até então, silencia em relação ao princípio da separação dos poderes, havendo apenas a previsão do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Presidente da República, que, segundo o artigo 73, é a autoridade suprema do Estado competindo-lhe a “coordenação dos órgãos representativos, a direção da política interna e externa, a promoção e orientação da política legislativa de interesse nacional, além da superintendência da administração do país”, não havendo que se falar, portanto, em equilíbrio ou harmonia entre poderes.

Em relação ao Poder Judiciário, deve ser destacada possibilidade, singular na história brasileira, do Presidente da República validar uma norma declarada inconstitucional pelo órgão judiciário, submetendo-a a aprovação de um quórum de no mínimo dois terços pelo Parlamento. Deve ser notado, ainda, que tal faculdade da presidência estava albergada nas cláusulas abertas da necessidade de “bem estar do povo, ou, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta”.

A Carta Polaca, redigida por Francisco Campos, jurista brilhante, mas com fortes inclinações autoritárias, manteve o número de 11 ministros, a serem nomeados pelo Presidente da República e referendados pelo Conselho Federal do Senado. Contudo, como o parlamento permaneceu fechado durante o Estado Novo, não houve Conselho Federal para referendar as nomeações, de modo que Vargas nomeou, durante o período, 14 ministros sem a aprovação do Legislativo.

Com a destituição de Vargas e o fim do Estado novo, a democracia foi reinstalada no país, sendo promulgada a Constituição de 1946. Dentre outros importantes avanços, retoma-se a previsão do princípio da separação dos poderes,

sendo inaugurada a técnica de redação utilizada nas constituições posteriores para enunciar o princípio, substituindo a idéia de coordenação entre os poderes, por harmonia. Prevê o artigo 36, que “são podêres da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”.

A reabertura democrática e o fim da II Guerra mundial conferem especial atenção ao fortalecimento e evolução do sistema judicial de controle de constitucionalidade. A Constituição de 1946 disciplinou hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, instrumentando com detalhes o recurso, que fundamentalmente, servia de mecanismo de controle de constitucionalidade de caráter concreto. A representação interventiva, anteriormente prevista na Constituição de 1934, foi restabelecida, com alguns novos contornos, que a aproximavam do modelo moderno de controle abstrato de constitucionalidade, e ampla utilização. Prepara-se, assim, terreno para o surgimento do controle abstrato de normas por via de ação direta de inconstitucionalidade, que só viria a ser consagrado com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965¹²².

Com relação à composição do Supremo Tribunal Federal, deve ser destacada a alteração no número de seus ministros, de 11 para 16, pelo Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, ilustrativa do autoritarismo que caracterizou o período posterior ao golpe militar de 1964.

Já no Governo Militar, a Constituição de 1946 foi alterada pela mencionada Emenda Constitucional nº 16, de 1965, por meio do qual o Poder Judiciário dá um largo passo rumo à sua expansão, em razão da consagração da ação direta de inconstitucionalidade, de viés abstrato, a ser proposta apenas pelo Procurador-Geral da República, ao sistema já existente de controle de constitucionalidade. Embora a nova ação direta de inconstitucionalidade tenha sofrido influência pela utilização da representação interventiva, algumas diferenças fundamentais se destacam: a previsão de efeitos *erga omnes* e de declaração *ex tunc* da inconstitucionalidade, e que o controle via ação direta não estava mais preso a uma finalidade específica e restrita, mas alcançava qualquer ato normativo federal ou estadual sem outra finalidade senão fazer cumprir a vontade constitucional¹²³.

¹²² Idem, p. 208.

¹²³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Não só na expansão do Poder Judiciário fica evidente a alteração na separação dos poderes decorrente da Emenda, mas também na diminuição da importância de uma das competências do Legislativo, pois a nova via de controle tornara dispensável a intervenção do Senado para trazer efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade.

Consolidado o Regime Militar (1964-1985), é outorgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, efetuando a mesma concentração de Poderes nas mãos do Executivo realizada pela Constituição Brasileira de 1937, ainda que prevendo, em seu artigo 6º, a independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Em 1969 foi outorgada a Emenda Constitucional n.º 1, que na prática acabou editando um novo texto para a Constituição de 1967, na qual repetiu-se o mesmo artigo 6º da Constituição de 1967, o que não alterou a situação de tripartição de Poderes meramente formal, sem nenhuma ressonância na vida social e política do País.

A composição do Supremo Tribunal Federal sofreu algumas mudanças no período. A Constituição de 1967 previa sua composição por 16 ministros, mas o Ato Institucional n.º 6 alterou a composição para 11 ministros, sendo que apenas com a Emenda Constitucional n.º 1 é que a redação constitucional foi alterada para prever essa nova quantidade de ministros.

Sucintamente cabe anotar que a representação para fins de intervenção, confiada ao Procurador-Geral da República, foi ampliada, com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis, mas também prover a execução de lei federal, a competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República, e preservou-se o controle de constitucionalidade *in abstracto*, tal como estabelecido pela Emenda n.º 16/1965.

Por fim, 1988, com a redemocratização do País, é promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, trazendo novamente em seu texto, agora em seu artigo 2º e dessa vez não apenas formalmente, a clássica cláusula de divisão tripartite, segundo o qual “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Tal disposição foi acoplada ao texto constitucional na qualidade de princípio fundamental, revestido também pelo manto protetor da cláusula pétrea. A Constituição Cidadã formalmente não inova ao enunciar sua sujeição ao princípio da separação dos poderes,

reafirmando a necessidade da independência e harmonia entre eles, ficando, todavia, suprimidas do enunciado as vedações expressas da delegação de competência e da acumulação de funções em diferentes poderes.

A atual Constituição criou uma elaborada malha de competências privativas de cada um dos três poderes, bem como pontos de contato e controle recíproco entre eles. Cada poder é especializado na função que lhe dá nome – cabe ao Legislativo preponderantemente legislar; ao Executivo cabe administrar, isto é, exercer a lei de ofício; e ao Judiciário cabe preponderantemente julgar, aplicando a lei contenciosamente –, sem, contudo, a exercer com exclusividade – a Constituição prevê hipóteses em que o Judiciário administra e legisla, o Executivo julga e legisla e o Legislativo administra e julga. O Poder Judiciário, por exemplo, gerencia toda a administração de seu pessoal bem como de seus serviços (art. 93, X e 96), bem como elabora seus regimentos internos (art. 96, I, a), em atividade essencialmente legislativa.

Além de tais pontos de contato entre os poderes, a Constituição de 1988 prevê também um conjunto de controles recíprocos entre os poderes. O poder Judiciário tem competência para apreciar a constitucionalidade e a legalidade dos atos produzidos pelo Legislativo e pelo Executivo, invalidando-os se for o caso (arts. 5º, LXIX, 102, I, “a”, e 125, §2º). De outro lado, os órgãos de cúpula do Judiciário – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – são integrados mediante nomeação do Presidente da República, com prévia aprovação pelo Senado Federal (arts. 101 e 104).

O Supremo Tribunal Federal foi declarado expressamente o guardião da Constituição (art. 102, *caput*), e foi criado um sistema complexo de controle de constitucionalidade, no qual foram mantidos mecanismos dos dois modelos clássicos de constitucionalidade: o norte-americano (difuso) e o europeu (concentrado), já presentes no ordenamento brasileiro, e incrementá-los.

A redação constitucional original inovou ao reforçar sobremaneira o controle abstrato, introduzindo duas alterações substanciais: a criação da ação de

inconstitucionalidade por omissão, e a extraordinária ampliação da legitimação para a propositura de ADI, por ação ou omissão¹²⁴.

Deve ser destacada, ainda, a reconfiguração do papel institucional do Procurador-Geral da República que, em razão da redação do artigo 128, §2º, não pode mais ser destituído *ad nutun* pelo Presidente, mas apenas se autorizado por maioria absoluta do Senado Federal.

Com relação ao controle difuso, inovou-se na atribuição de *status* de ação constitucional à reclamação para a preservação da competência do Supremo e garantia da autoridade de suas decisões, e na previsão do mandado de injunção em face de omissão de norma regulamentadora de direito e liberdade constitucional.

O arranjo não permaneceu inalterado, contudo, tendo ocorrido um processo de ampliação das atribuições e incremento do poder de intervenção do STF, inclusive quanto à vinculatividade de suas decisões sobre demais poderes e órgãos jurisdicionais.

Inicialmente, a Emenda Constitucional nº 3, de 1993 ampliou o espectro de ações do controle concentrado, ao prever a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. A legislação regulamentadora dessas ações (Lei n.º 9868/1999 e Lei n.º 9882/1999)¹²⁵ previu a „manipulação dos efeitos da decisão“¹²⁶ e reforçou a vinculatividade destas¹²⁷, além de avançarem na abertura do acesso ao Tribunal, por meio da previsão de audiências públicas, admissão do *amicus curiae* nos processos de controle abstrato e outras providências.

¹²⁴ “Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

¹²⁵ O Supremo encontrou, assim, na legislação ordinária, um fator de expansão da jurisdição constitucional ao adquirir poderes que havia recusado anteriormente.

¹²⁶ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

¹²⁷ “Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

A mais substancial reforma, contudo, foi empreendida pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2005, que implementou a Reforma do Judiciário. O assoberbamento de processos no Supremo Tribunal Federal deu margem à normatização de instrumentos tendentes a reduzir o montante de processos naquela Corte, como as súmulas vinculantes¹²⁸, e a inserção do requisito da repercussão geral para conhecimento do recurso extraordinário, num movimento no sentido de assegurar eficácia geral às decisões tomadas em sede de controle difuso. Em contrapartida, foi previsto o alargamento das „normas de referência” para fiscalização de constitucionalidade¹²⁹, estendido o rol de legitimados para a propositura de ADI e ADC e ampliadas as questões sindicáveis por meio de recurso extraordinário. Por fim, garantiu-se constitucionalmente a já comentada vinculatividade das decisões proferidas em ADIs e ADCs¹³⁰, com a viabilidade de uso da reclamação constitucional ao Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de desobediência a estes julgados¹³¹.

Conforme exposto, as constituições brasileiras jamais deixaram de indicar quais órgãos são titulados ao exercício dos poderes estatais. Contudo, nem sempre indicam as funções que lhes competem exercer, e raramente se ocupam da caracterização material de tais atividades. Tais tarefas acabam sendo cumpridas pela doutrina e pelos operadores do sistema, pois tal delimitação é necessária em razão do acolhimento da cláusula da separação dos poderes nos textos constitucionais, o que exige a identificação da função estatal associada a cada um dos Poderes, mesmo havendo possibilidade de compartilhamento de funções em hipóteses específicas.

¹²⁸ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

¹²⁹ Pela inserção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional.

¹³⁰ “Art. 102. (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

¹³¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;”

Pretende-se contribuir para a identificação dos limites às atividades do Poder Judiciário, especialmente considerando a possibilidade de invasão de um núcleo essencial de funções dos poderes políticos, Legislativo e Executivo, o que será desenvolvido nos próximos capítulos. Por sua importância no debate que se seguirá, cabe observar, desde já, a „virada institucional“ do Supremo Tribunal Federal e do controle jurisdicional de constitucionalidade como um todo, que a partir da Constituição de 1988 adquirem força e independência, e cujas mudanças serão parte da explicação da nova postura do Poder Judiciário brasileiro.

2. EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL

2.1. A tensão inerente ao exercício da jurisdição constitucional em democracias

A convivência entre constitucionalismo e democracia não é isenta de tensões. A democracia postula o governo do povo, por meio do predomínio da vontade da maioria, enquanto que o constitucionalismo, como doutrina que preconiza a limitação jurídica do exercício do poder, estabelecendo, com esse fim, freios e barreiras para o exercício da soberania popular. Assim, embora “democracia e constitucionalismo sejam vistos como valores complementares, interdependentes e até sinérgicos, a correta dosagem dos ingredientes desta fórmula é essencial para o seu sucesso”¹³².

Apesar de ser possível argumentar que não haveria essa tensão, tal como formulado por Sieyès, em razão de a Constituição ser, por definição, a expressão da soberania do povo¹³³, parece ter razão Sarmiento, que rejeita tal compatibilidade com base em duas razões: o problema temporal e o problema da indeterminação semântica.¹³⁴

O problema temporal questiona o motivo de o povo não poder mudar de ideia hoje e rever as decisões que adotou no passado, pelo que se deve examinar até que ponto é legítimo que uma determinada geração adote decisões que irão vincular outras gerações em cenários muito diferentes.

Por sua vez, o problema semântico parte da constatação de que boa parte das prescrições constitucionais está expressa em linguagem vaga, pelo que é possível que pessoas razoáveis discordem sobre seu conteúdo, de maneira que o intérprete acabaria por participar da construção do sentido da norma, sobretudo no âmbito do Direito Constitucional.

¹³² SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 2, 2006, p. 98.

¹³³ Não haveria qualquer obstáculo democrático à imposição pela Constituição de limites ou tarefas ao legislador, pois existiria, na situação, apenas a vontade do povo, titular do poder constituinte, prevalecendo sobre a vontade do legislativo, expressão de um poder constituído.

¹³⁴ Idem, p. 98-102.

É necessário, portanto, reconhecer a tensão entre a democracia e o constitucionalismo, mas sabendo que “a fricção não é insuperável”¹³⁵, sendo considerável o esforço da filosofia constitucional contemporânea para compatibilizar os dois vetores.

Uma das situações mais problemáticas a ser analisada, sob esse ponto de vista, por adquirir contornos ainda mais complexos, refere-se à legitimidade da jurisdição constitucional, expressão que designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos jurisdicionais. No caso brasileiro, essa competência é exercida pelo Poder Judiciário, por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema, sendo que seu exercício se desdobra em duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades.

É difícil negar que a guarda da Constituição pelo Poder Judiciário, como qualquer prática que diga que os órgãos eleitos devam funcionar apenas com o consentimento de juízes não eleitos, mantém uma relação, no mínimo, incômoda com os ideais democráticos.

Se pode ser afirmado que, em estritos termos jurídicos, a legitimidade do Tribunal Constitucional ou de um Supremo Tribunal, como o brasileiro, não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos, visto que ambas advêm da Constituição. Sendo que, se essa Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há de possuir, também, uma legitimidade democrática. Não há dúvidas, contudo, que a questão não se resolve de maneira tão simples. Conforme destaca Jorge Miranda, a questão adquire real problemática quando abordada por meio de uma perspectiva que “abarca o plano substantivo das relações interorgânicas, da aceitação da coletividade, da legitimação pelo consentimento”. Valendo-se do questionamento do autor:

“Como justificar o poder de um tribunal constitucional (ou de órgão homólogo) de declarar a inconstitucionalidade de uma lei votada pelo Parlamento ou pelo próprio povo? Como compreender que ele acabe por conformar não só negativamente (pelas decisões de

¹³⁵ Idem, p. 101.

inconstitucionalidade) mas também positivamente (pelos outros tipos de decisões) o ordenamento jurídico? Como conciliar, na prática, a fiscalização jurisdicional concentrada e o princípio da constitucionalidade com o princípio da soberania do povo?”¹³⁶

Conforme já exposto, o Supremo Tribunal Federal, de forma concentrada, e os demais magistrados brasileiros, difusamente, exercem o controle dos atos normativos, inclusive os emanados do Poder Legislativo e da chefia do Poder Executivo. No desempenho de tal atribuição, podem invalidar atos do Congresso Nacional – composto por representantes eleitos pelo povo – e do Presidente da República – Dilma Rousseff foi eleita com mais de cinquenta e quatro milhões de votos. O Poder Judiciário, que jamais recebeu um voto popular, pode sobrepor sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática.

Verifica-se, assim, que a jurisdição constitucional mantém uma tensão permanente com a própria ideia de democracia, não obstante suas virtudes e utilidade para o próprio funcionamento de tal regime. O exercício da jurisdição constitucional impõe bloqueios para a deliberação coletiva ao extrair respostas diretamente da Constituição, por intermédio da interpretação judicial. Toma forma, assim, um modelo em que se permite a um órgão supostamente neutro, munido de técnicas jurídicas sofisticadas e não legitimado diretamente pelas urnas, invalidar as opções políticas daqueles que foram eleitos para conduzir as instituições majoritárias¹³⁷. São geradas tensões, que podem ser observadas por meio das relações entre os poderes.

A separação dos poderes confere ao órgão legislativo a função de elaborar leis. Como consequência da igualdade de todos os homens, o poder de decidir sobre o que quer que afete a coletividade só pode pertencer à própria coletividade; ao conjunto de indivíduos; por meio da regra majoritária, uma vez que a opinião de cada um tem idêntico valor. Quando o Judiciário declara inconstitucional uma lei, ou concretiza diretamente determinado comando constitucional, há aí uma espécie de interferência de um poder sobre o outro. Mais que isso, de uma legitimidade sobre outra: da legitimidade da justiça constitucional sobre a

¹³⁶ MIRANDA, Jorge. *Justiça Constitucional e Democracia*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 115.

¹³⁷ LEITE, Glauco Salomão. *Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira*. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 45, jul./dez. 2014, p. 10.

legitimidade majoritária¹³⁸. A questão passa a ser o questionamento a respeito de essa interferência ser ou não legítima e em que medida.

A estrutura dos Tribunais Constitucionais, em sua generalidade, é diferenciada da dos demais tribunais, com juízes escolhidos pelos Parlamentos e (ou) pelos Presidentes da República sem atenção às carreiras judiciárias. Para Jorge Miranda, justamente por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados, que eles podem invalidar atos com força de lei. O autor considera, assim, que é por seus membros, de forma indireta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que eles conseguem se fazer acatar. As diferentes correntes jurídicas e político-jurídicas dos membros do Tribunal Constitucional se atenuam e diluem em virtude dos fatores objetivos da interpretação jurídica e em virtude do fenômeno de institucionalização que cria dinâmica e autonomia do órgão. Daí adviria sua especial “legitimidade de título assimilável à dos titulares dos órgãos de função política do Estado” e “legitimidade de exercício equiparável à dos juízes dos tribunais comuns”¹³⁹.

Por sua vez, na opinião de Roberto Basílone Leite, o modelo do Poder Judiciário vigente em 1988 no Brasil é o resultado da atuação das mesmas forças que definiram o perfil do próprio Estado brasileiro e, por isso, trata-se de um aparato judicial que foi moldado para dar conta de atender as necessidades de um Estado autoritário, patrimonialista e discriminatório e que, portanto, não está aparelhado para entender às exigências típicas de uma sociedade democrática. Conforme destaca o autor, “dos primeiros 488 anos de história, apenas em relação a 55 anos se poderia questionar ter havido algum vislumbre de democracia”, pelo que “não há sequer como cogitar seriamente que a justiça brasileira pudesse ter sido organizada de modo a atender as expectativas de um regime democrático que nunca existiu”¹⁴⁰.

Para o autor, a legitimação democrática representativa que se poderia vislumbrar na atividade do Poder Judiciário seria, então, apenas simbólica e retórica, pois o juiz não possui qualquer legitimidade política que o autorize a se posicionar

¹³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Separação de poderes, Maioria Democrática e Legitimidade do Controle de Constitucionalidade*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, v. 53, 2000, p. 99.

¹³⁹ MIRANDA, Jorge. *Justiça Constitucional e Democracia*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 121-122.

¹⁴⁰ LEITE, Roberto Basílone. *O papel do juiz na democracia ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional*. São Paulo: LTr, 2014, p. 148-149

como representante da vontade popular. Conforme destaca Leite, o juiz brasileiro é escolhido, na base do sistema, mediante exame de seleção baseado em conhecimento técnico-jurídico avaliado por meio de provas escritas ou orais ou, no caso dos tribunais, mediante indicação „oligárquica” por parte do restrito grupo de juízes que compõem o tribunal, sem nenhuma participação da comunidade que terá de passar a se sujeitar às decisões daquele que vier a ser escolhido para o cargo vitalício¹⁴¹. Assim, além das diferenças entre os contextos brasileiro e norte-americano decorrentes da adoção de sistemas jurídicos diversos – *civil law* e *common law*, respectivamente – o déficit democrático do Judiciário brasileiro decorre, ainda, da formatação das instituições jurídicas que, no caso brasileiro, ocorreu em sintonia com uma realidade social autoritária e patrimonialista, e cuja forma de seleção dos membros da instituição é desprovida de características representativas e democráticas.

Mas aqui não se está a criticar a forma de escolha não majoritária de escolha de magistrados. Se o fundamento do controle de constitucionalidade, e consequentemente da jurisdição constitucional, é justamente impedir que a vontade da Constituição seja modificada pelo legislador ordinário o pelo próprio constituinte derivado (além dos limites postos na Constituição), de maneira que o controle é exercido mediante a adoção de medidas contramajoritárias, não se deve esperar que a escolha dos juízes seja realizada por meio de um processo majoritário em que ocorram as mesmas influências que definem os membros eleitos dos Poderes Executivo e Legislativo.

Esse raciocínio também deve ser aplicado às medidas tomadas para tornar o processo judicial mais aberto à sociedade. Essa abertura deve ser louvada, mas não pode se pretender legitimar democraticamente as decisões tomadas pelo Judiciário apenas em razão de tais mudanças, pois fazê-lo acabaria por desdiferenciar a separação dos poderes, fragilizando sua capacidade de limitação do exercício do poder, permitindo que quem crie as regras seja o mesmo que as aplique.

Embora o controle de constitucionalidade brasileiro tenha cada vez mais se aberto para a sociedade, é certo que tal tentativa não coloca o Judiciário em pés de igualdade com os demais poderes em termos de abertura aos anseios da

¹⁴¹ Idem, p. 190.

sociedade. E nem deve o ser, pois como já afirmado, a separação dos poderes tem com um de seus objetivos distinguir as funções desempenhadas, e não apenas separar algo que, do contrário, seria indistinto.

É que não apenas a função judicial não é uma função eletiva, mas também, como bem aponta Jeremy Waldron, "o judiciário não é permeado por um *ethos* de eleições, representações e responsabilidade eleitoral da maneira que o legislativo o é"¹⁴².

A situação descrita, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, é apelidada pela teoria constitucional de „dificuldade contramajoritária"¹⁴³, sendo, certo, contudo, que o papel contramajoritário exercido no controle jurisdicional de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito.

A legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: (i) a proteção dos direitos fundamentais, insuscetíveis de serem violados por deliberação política majoritária; e (ii) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política a todos¹⁴⁴.

Esse modelo inicialmente contrário à vontade das maiorias tem se expandido no Brasil e no mundo, mas não sem passar por alguns questionamentos, conforme será exposto nos próximos capítulos.

2.2. A expansão da jurisdição constitucional no mundo

A expansão mundial da jurisdição constitucional nos mais diversos contextos e o aprofundamento de sua interferência em temas tradicionalmente

¹⁴² O autor utiliza o argumento para refutar as ocasiões nas quais os defensores da *judicial review* alegam que em sua posição é fortalecida pelo fato de que em alguns Estados dos Estados Unidos os juízes são eleitos. (WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review*. In. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 109).

¹⁴³ O termo foi cunhado por Alexander Bickel. (BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962).

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 19.

afastados das instâncias judiciais exigem explicações mais complexas do que as já apresentadas.

Tradicionalmente, a adoção das constituições toma relevância particular nos momentos de reestruturação institucional. Boaventura de Sousa Santos afirma que “a ambiguidade da intervenção dos tribunais, decorrente de sua imprevisibilidade e fragmentaridade, revela-se particularmente útil sempre que as forças políticas não conseguem chegar a um compromisso político em questões estruturantes”¹⁴⁵.

Contudo, o histórico brasileiro anteriormente apresentado, na qual somente em 1988 o Poder Judiciário passou a ter suas atividades significativamente expandidas, pode causar estranheza quando contrastado com a afirmação no sentido de que com o fim da Segunda Guerra Mundial verificou-se a necessidade de contenção dos poderes majoritários por meio de uma Constituição garantidora de direitos invioláveis, a ser guardada de forma efetiva por judiciários fortes.

Outro ponto comum é a afirmação de que há uma forte correlação entre a recente expansão da democracia mundialmente e a expansão do Poder Judiciário¹⁴⁶. Nas três últimas décadas, três grandes ondas estabeleceram e consolidaram a democracia no mundo: no sul da Europa, no fim da década de 1970; na América Latina, na década de 1980; e, na Europa Central e Oriental, no começo da década de 1990. Em sua grande maioria, tais democratizações trouxeram a expansão do Poder Judicial primordialmente por meio da constitucionalização de direitos, do estabelecimento de judiciários autônomos e de supremas cortes armadas com controles de constitucionalidade¹⁴⁷.

De fato, em sua natureza, a existência de regimes democráticos implica a presença de um conjunto de regras de governo e processos de tomada de decisão a que os atores políticos devem observar. A existência de judiciários ativos e independentes parece ser condição para a proliferação das democracias na segunda metade do século XX.

¹⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direito e democracia: a reforma global da justiça*. In: PUREZA, José Manuel, FERREIRA, António Casimiro (orgs.), *A teia global. Movimentos sociais e instituições*. Porto: Afrontamento, 2001, p. 156.

¹⁴⁶ FERREJOHN, John. *Judicializing politics, politicizing law*. *Law and Contemporary Problems*, v. 65, n. 3, 2002, p. 56-7.

¹⁴⁷ HIRSCHL, Hans. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p 31.

No entanto, a tese da proliferação democrática não provê explicação suficientemente coerente para as significantes variações de poder judicial entre as democracias recentes. E mais, a tese falha em dar conta das variações de momento, foco e natureza da expansão do Poder Judicial entre as democracias já consolidadas. Tais ideias comuns são objeto de questionamento por Rans Hirschl, em livro inovador acerca do tema, *Towards juristocracy*, cujas lições principais serão expostas.

O autor aponta que as teorias a respeito da transformação constitucional podem ser agrupadas em três grupos¹⁴⁸:

i. A abordagem evolucionista – que acentua a inevitabilidade do progresso judicial e a importância de macro fatores externos e invisíveis para explicar a expansão do poder judiciário por meio da reforma constitucional.

A tese mais defendida associada a essa abordagem define que a tendência de constitucionalização de direitos e fortificação de controle de constitucionalidade é um produto inevitável de uma quase universal priorização dos direitos humanos pós Segunda Guerra Mundial¹⁴⁹. Atualmente a maior prova do triunfo da democracia seria o aumento da aceitação e defesa da ideia de que democracia não é equivalente à regra da maioria, de forma que em uma democracia as minorias deveriam possuir proteções legais, na forma de constituições escritas inalteráveis mesmo pelo legislativo. Uma carta de direitos constitucionais que fizessem parte dos direitos fundamentais. Juizes, que estariam fora da pressão da política, seriam responsáveis por garantir tais direitos, por meio do controle de constitucionalidade.

Outra visão, essa mais empírica, de abordagem evolucionista, é a que considera a constitucionalização de direitos e o estabelecimento de controle de constitucionalidade como fortalecedores da separação dos poderes. De acordo com a visão, a confiança em governos e planejamentos tecnocráticos estariam diminuindo, crescendo, em seu lugar, um desejo de restrição dos poderes discricionários do Estado¹⁵⁰. O crescimento do Poder Judiciário nas últimas décadas decorreria, assim, da ação de grupos minoritários bem organizados protegendo-se

¹⁴⁸ Idem, p 32-38.

¹⁴⁹ Ronald Dworkin é apontado como o principal defensor da tese.

¹⁵⁰ Martin Shapiro seria um nome que representa tal corrente.

dos riscos das vontades majoritárias, por intermédio de judiciários independentes, especialmente quando armados com controles de constitucionalidade, que não apenas monitorariam poderes executivo e legislativo não confiáveis, como também facilitariam a representação de minorias difusas bem organizadas.

ii. A abordagem funcionalista – que assim como a evolucionista, atribui as transformações constitucionais a uma resposta orgânica a pressões de dentro do sistema político. Suas explicações mais comuns focam no aumento de eficiência sistêmica como produto das mudanças legais.

A versão mais usual com tal abordagem sugere que a expansão dos poderes judiciais decorre de um problema estrutural e orgânico de sistema político fraco, descentralizado e cronologicamente travado, sendo que, em uma democracia, quanto menos funcional é um sistema político, maior a chance de expansão judicial. A constitucionalização é vista como a melhor forma de superar a ingovernabilidade política e garantir a unidade e o funcionamento normal de tais regimes.

Outra abordagem funcionalista enfatiza que judiciários independentes e ativos, armados com controles de constitucionalidade, são necessários para o monitoramento eficiente da Administração sempre em expansão.

iii. A abordagem de modelos econômicos institucionais – que vê o desenvolvimento de Constituições e do controle de constitucionalidade como mecanismos para mitigar preocupações sistêmicas, como problemas de compromisso, execução e informação.

Uma de tais explicações entende que o desenvolvimento de Constituições e judiciários independentes é uma resposta institucional eficiente a problemas de compromisso jurídico com determinadas políticas econômicas e contratos, por exemplo, de maneira a gerar segurança para que investidores sejam incentivados a investir, inovar e desenvolver.

Fazendo uma análise das abordagens expostas, Hirschil considera que enquanto as abordagens evolucionista e funcionalista conseguem traçar alguns dos fatores envolvidos no desenvolvimento da „juristocracia“, nenhuma analisa o fator político específico atrás das revoluções constitucionais mais recentes de modo comparativo, sistemático e detalhado. Além disso, as teorias que se baseiam em tais abordagens não apresentam motivos para o momento específico da reforma

constitucional realizada. O autor considera que ambas deixam de olhar as intervenções, com interesse pessoal, dos detentores do poder que se dedicam à expansão judicial em uma tentativa de moldar as instituições em benefício de suas próprias agendas.¹⁵¹

As abordagens de modelos econômicos institucionais, por sua vez, embora possam ter razão com relação ao fato de a constitucionalização de direitos e o estabelecimento de controle de constitucionalidade mitigarem os problemas de compromisso, execução e informação, falham em explicar como democracias prósperas conseguiram lidar com tais problemas antes do estabelecimento do controle de constitucionalidade.

Hirschl considera que uma abordagem realista e estratégica do crescimento do Poder Judiciário deve forçar nos interesse dos detentores do poder. Porque eles estariam interessados em se submeter ao Poder Judiciário? Para tratar da questão são estabelecidas quatro premissas: a deferência legislativa à atuação judiciária por meio do controle de constitucionalidade não ocorre separadamente dos conflitos sociais, políticos e econômicos que moldam um determinado sistema político; no estudo das origens da constitucionalização devem ser levados em conta o que não aconteceu e os motivos dos detentores do poder não se comportarem de determinada forma; instituições legais e políticas produzem diferentes efeitos distributivos, privilegiando certos grupos sobre outros; e, porque constituições e o controle judicial não possuem poder individual de execução, a auto-limitação da autoridade dos poderes majoritários parece ser contrário aos interesses dos poderes executivo e legislativo.¹⁵²

É desenvolvida, então, uma explicação estratégica densa, chamada pelo autor de „tese da preservação hegemônica“¹⁵³, segundo a qual o empoderamento judicial por meio da constitucionalização é melhor compreendido como produto de uma estratégia de três grupos chave: elites políticas ameaçadas que desejam preservar ou aumentar sua hegemonia política isolando determinadas políticas públicas das vicissitudes da política democrática; elites econômicas que podem ver a constitucionalização de certas liberdades econômicas como forma de promover

¹⁵¹ Idem, p 36-38.

¹⁵² Idem, p 38-39.

¹⁵³ No original *hegemonic preservation thesis*.

uma agenda neoliberal de mercados abertos, desregulação econômica, não estatal e não coletiva; e elites judiciárias e altas cortes que buscam aumentar sua influência política e reputação internacional. Tais atores determinariam o momento, extensão e natureza da reforma constitucional, de acordo com seus interesses compatíveis.

O modelo proposto evidencia o fato de que a judicialização condiciona a política, mas também é um instrumento desta, pois está respaldada na convergência de interesses dos diversos grupos preponderantes numa sociedade. O estabelecimento das condições destas interações, contudo, depende da análise de cada contexto, na busca do entendimento de suas origens e das suas consequências

Chama atenção a compatibilidade de tal modelo com a evolução da atuação do Poder Judiciário brasileiro, especialmente se considerado outra afirmação de Hirschl, no sentido de que esse tipo de expansão judiciária é mais provável de ocorrer quando há uma reputação de profissionalismo imparcialidade e retidão do Judiciário, quando os processos judiciais são controlados em larga escala pelas elites hegemônicas e quando a jurisprudência constitucional das cortes espelham as propensões culturais e preferências políticas das elites hegemônicas¹⁵⁴.

Assim baseando-se na concepção de que poder judicial não cai do céu, mas sim é construído politicamente, Hirschl acredita que a constitucionalização de direitos e a fortificação do controle de constitucionalidade são o resultado de um pacto estratégico liderado por uma hegemônica, mas cada vez mais ameaçada, elite política, que busca isolar suas opções políticas preferenciais contra as mudanças de sorte da democracia, em associação com elites econômicas e judiciais que possuem interesses compatíveis¹⁵⁵.

Embora a teoria desenvolvida por Rans Hirschl possa causar um espanto inicial, em razão de seu pessimismo, é certo que a análise dá um tom realista ao debate, pois, enquanto a maioria das teorias existentes a respeito da transformação constitucional focam em explicações universais ao fenômeno, sua análise enfatiza a ação humana e incentivos políticos específicos como determinantes da expansão do Poder Judiciário.

¹⁵⁴ Idem, p 44.

¹⁵⁵ Idem, p 49.

Outro autor que apresenta tese com traços semelhantes¹⁵⁶ é Tom Ginsburg, que compreende a expansão do poder das Cortes como uma espécie de seguro político. Os grupos políticos, assim como os investidores financeiros, possuiriam uma aversão ao risco. O autor considera existir uma relação de direta proporcionalidade entre incerteza eleitoral e expansão do Poder Judiciário. Quanto maior for a aversão aos riscos políticos, ou seja, o temor, de grupos políticos relevantes de perderem as eleições, maior será o seu incentivo à constitucionalização e à judicialização. Como as Constituições impõem limites materiais ao processo majoritário, a inclusão de determinadas políticas na esfera do Poder Judiciário evita que o jogo político seja do tipo em que o vencedor leva tudo. A constitucionalização serve, assim, como um escudo de proteção aos perdedores no processo político, uma espécie de seguro contra os riscos de uma derrota eleitoral, pois tende a garantir que as regras básicas do processo democrático e um núcleo mínimo da sua proposta política não serão alterados em favor do grupo majoritário, por estarem entrincheiradas na Constituição¹⁵⁷.

Ginsburg se mostra otimista. Após analisar a Coréia do Sul, Taiwan e Mongólia, entende que a função das cortes na democracia, mais que a aplicação de normas pré-existentes, é justamente o desenvolvimento de uma cultura constitucional, em vista da construção do significado constitucional pela interação com outros agentes. A revisão judicial pode contribuir para os diálogos constitucionais e ter um papel chave na consolidação da democracia e no incremento a estabilidade política¹⁵⁸.

As diferentes abordagens não devem ser interpretadas como excludentes, tendo em vista que elas trazem fatores que podem estimular a expansão da judicialização. Contudo, esses fatores se apresentam em diferentes medidas, de maneira que é fundamental à compreensão da dinâmica do processo de expansão do Judiciário a aplicação dessas teorias a experiências constitucionais concretas.

As teorias estratégicas incorporam uma visão pragmática importante, ao questionarem as razões pelas quais os demais poderes, e elites econômicas,

¹⁵⁶ Hans Hirschl considera que a tese de Ginsburg é uma explicação estratégica rala, ao contrário de sua tese da preservação hegemônica, que seria densa. Em inglês os termos são *'thin'*, e *'thick'*, respectivamente.

¹⁵⁷ GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in asian cases*. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 21-34.

¹⁵⁸ Idem, p. 247-264.

toleram, ou mesmo favorecem, a expansão do Judiciário. O contraste das análises de Hirschl e Gisburg, de um lado, e as usuais explicações de movimentos mundiais de valorização dos direitos humanos como impulsionadores da valorização do controle de constitucionalidade e constitucionalização de direitos, de outro, oportuniza o desenvolvimento de novas análises a respeito da valorização, ou não, da atividade desempenhada pelo Judiciário em contrariedade às vontades das maiorias transformadas em leis.

Embora o fortalecimento da proteção constitucional aos direitos fundamentais e às Cortes Constitucionais tenha, efetivamente, contribuído para a judicialização de questões políticas, não se trata de causa exclusiva do fenômeno, e talvez nem mesmo a principal. As teorias expostas permitem avaliar de maneira mais cética os argumentos em defesa de uma expansão indevida do Poder Judiciário baseados em uma crença de que tal atuação sempre acarretaria na valorização de direitos fundamentais das minorias. Talvez tais argumentos sejam apenas retóricos. Talvez mais relevante do que a identificação das causas seja a percepção de a quem ela tem beneficiado.

Não bastassem tais questionamentos, que possuem pouca importância normativa no Brasil, ante a previsão constitucional de uma ampla jurisdição constitucional, percebe-se que o fenômeno da expansão global do Poder Judiciário não tem se traduzido apenas na globalização da jurisdição constitucional, mas, sobretudo, na judicialização da política e do ativismo judicial.

2.3. A soberania popular obscurecida

Se no capítulo anterior foram questionadas as reais justificativas para a expansão da jurisdição constitucional, pretende-se, neste, apresentar uma perspectiva crítica de tal fenômeno, principalmente a partir da concepção de Ingeborg Maus, que questiona se a teoria dominante da separação dos poderes, que segue o modelo desenvolvido nos Estados Unidos, seria a melhor forma de institucionalização da supremacia popular, tão cara à autora.

Dentre as obras de Maus, que ultrapassaram as fronteiras da Alemanha, assume destaque, considerando o escopo do presente trabalho, o artigo nominado

Separação de poderes e função judiciária: uma perspectiva teórica democrática, no qual é estudada a soberania popular na sociedade moderna por meio de uma releitura do princípio da separação dos poderes.

A autora alemã inicia sua análise afirmando que o modelo de separação dos poderes mais influente da história foi desenvolvido por Montesquieu, mas ressaltando que tal modelo teria sido produzido no contexto de uma teoria que se encontra em oposição ao contratualismo de fundamentação democrática dos séculos XVII e XVIII. Partindo da afirmação de Montesquieu, no sentido de que não teria extraído seus princípios de seus „preconceitos“, mas da „natureza das coisas“, Maus contrapõe o autor, que teria seguido uma noção pré-iluminista na qual rei e povo atuavam como entidades pré-existentes (praticamente naturais, dadas por Deus), as inovações das teorias do contrato social que partiam da ideia de um estado de natureza que tem como pressuposto único a abstração de todas as condições políticas e jurídicas a partir do qual os indivíduos são livres e iguais. Ao eleger a „natureza das coisas“ como ponto de partida, qualificando, assim, estruturas sociais e instituições transmitidas ou dadas como a estrutura da qual derivam os direitos dos indivíduos, Montesquieu manifesta sua contraposição à construção de uma natureza da pessoa humana pré-estatal, típica da filosofia iluminista, da qual a teoria do contrato derivou todas as exigências normativas a uma organização legítima da política, obrigando todas as instituições políticas e sociais a uma função de serviço a favor de direitos e necessidades individuais, baseada em um critério normativo que caracteriza como legítima apenas uma constituição democrática, de cidadãos livres e iguais.¹⁵⁹

Maus ressalta, não obstante, que ainda que dentro de um programa em geral conservador reformista, ponto de orientação da facção conservadora na revolução francesa, um princípio fundamental da teoria da separação de poderes de Montesquieu é extremamente moderno, qual seja, a ideia de que o abuso de poder político só pode ser detido pelo fato de „o poder impor limite ao poder“ – a autolimitação do poder político. Nessa ideia é delineado o arranjo do poder político

¹⁵⁹ MAUS, Ingeborg. *Separação dos poderes e função judiciária. Uma perspectiva teórico democrática*. In. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 20-25.

que não deve confiar nas boas intenções dos agentes, pois este arranjo contém, em si mesmo, as limitações do agir destes.¹⁶⁰

Na análise da autora, contudo, o arranjo de Montesquieu é puramente institucional e configura um modelo de separação dos poderes diferente, na qual os poderes legislativo, executivo e judiciário são separados de forma muito específica, na qual não são separadas as funções dos poderes, mas unicamente a ocupação pessoal deles. Na relação de cooperação forçada entre legislativo e executivo dentro do mesmo território da legislação em Montesquieu, o que seria criticado com veemência como aniquilador da liberdade nada mais seria que o princípio central do parlamentarismo moderno, no qual a responsabilidade do governo perante o parlamento é institucionalizada precisamente pelo fato de que a cadeira do governo se encontra no parlamento¹⁶¹. Maus afirma, então, evidenciar-se uma diferença essencial entre o sistema de separação dos poderes parlamentarista e presidencialista (em Montesquieu ainda monárquico-constitucional): “o primeiro se baseia na separação das funções, o segundo no mandamento da incompatibilidade”¹⁶².

Ao contrário da diferenciação entre executivo e legislativo, a diferenciação do Judiciário em Montesquieu é determinada de forma funcional, pelo qual possui a tarefa de aplicação do direito, mas não de criação. Tal divisão é assegurada pela concepção do juiz como um autômato, que contém, em verdade, a ilusão de que toda sentença poderia decorrer da aplicação, no particular, da formulação da lei, no geral. A liberdade dos cidadãos é identificada, aqui, com a segurança da expectativa jurídica por meio de leis „fixadas“ e estrita vinculação legal da justiça.

Ocorre que foi exatamente a variante inversa e insustentável da teoria de justiça de Montesquieu que é encontrada com os autores da Constituição americana, ao contrário do modelo adotado na relação entre legislativo e executivo, que seguiu as indicações do autor francês. Por sua vez, quanto ao Poder Judiciário,

¹⁶⁰ Idem, p. 26.

¹⁶¹ Segundo Montesquieu, “se não houvesse monarca e se o poder executivo fosse confiado a um determinado número de pessoas retiradas da corporação legisladora, não haveria mais liberdade, pois ambos os poderes estariam unidos, as mesmas pessoas teriam (...) participação tanto em um quanto o outro” (MONTESQUIEU. *Do espírito das leis. Capítulo VI. In: SALDANHA, Nelson. Separação de poderes.* 1981, p. 96).

¹⁶² MAUS, Ingeborg. *Separação dos poderes e função judiciária. Uma perspectiva teórico democrática.* In. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 27.

teve êxito a facção federalista, que partiam da afirmação montesquiana de que o judiciário é quase um nada, para compensar tal debilidade por meio da nomeação vitalícia dos juízes, e, especialmente, da atribuição da competência do poder jurisdicional em examinar todas as leis em relação a sua conformidade com a Constituição e, dado o caso, declarar sua nulidade.¹⁶³ Maus acusa, então, que o modelo institucionalizado nos Estados Unidos nega a soberania popular tanto adotando elementos de Montesquieu, na possibilidade de veto legislativo do presidente, quanto rejeitando elementos de Montesquieu, na possibilidade do *judicial review*. É justamente essa versão do modelo montesquiano da separação dos poderes que, conforme já exposto neste trabalho, suplantou progressivamente o modelo concorrente do sistema parlamentarista da divisão dos poderes¹⁶⁴.

Maus passa, então, a descrever o modelo que se viu diminuído, mas que institucionaliza a soberania popular. O modelo fundamentado pelos teóricos democráticos não se restringe a uma garantia defensiva da liberdade dos cidadãos contra aparelhos de poder deles separados, os quais se restringem mutuamente, mas situa na base da sociedade o controle de todos os aparelhos estatais detentores de poder. A proteção da liberdade encontra-se nas mãos do próprio cidadão que participa do processo legislativo e que possui um direito a que todas as instâncias estatais observem a vontade do povo. Maus considera que esse modelo baseia-se na soberania popular, um princípio que considera estar atualmente “amplamente reprimido ou muito obscurecido”¹⁶⁵.

A autora volta, então, à formulação lockeana que diferencia os poderes no geral entre criação do direito e aplicação do direito, declarando que o legislativo eleito pelo povo é o „supremo poder“ do Estado, e definindo a „lei“ como uma norma jurídica que tem a anuência da sociedade. Diferentemente do presidencialismo, a separação dos poderes parlamentarista se baseia em uma institucionalização representativa do princípio da soberania popular. O parlamento é compreendido

¹⁶³ Richard A. Posner afirma que Alexander Hamilton tentou persuadir seus colegas de Nova York a ratificar a Constituição Americana argumentando que os juízes vitalícios iriam proteger os interesses das “classes confortáveis” contra as massas. (POSNER, Richard A. *The Meaning of Judicial Self-Restraint*. v. 59 *Indiana Law Journal*, n. 1, 1983, p. 3).

¹⁶⁴ MAUS, Ingeborg. *Separação dos poderes e função judiciária. Uma perspectiva teórico democrática*. In. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.31.

¹⁶⁵ Idem, p. 33-34.

como comissão do povo, o governo como comissão do parlamento. “O povo controla, de forma ideal, o parlamento, o parlamento controla o governo”¹⁶⁶.

O princípio fundamental do sistema montesquiano de separação dos poderes adotado pelos Estados Unidos corresponde ao contrário deste sistema, pois não separa realmente os poderes, mas a soberania, que nesse caso não é a exclusivamente popular. A liberdade dos súditos é assegurada, em Montesquieu, pelo equilíbrio entre os poderes, pela institucionalização dos *checks and balances*, que hoje é o sistema de divisão dos poderes dominante, conforme se apontou anteriormente neste trabalho.

Maus salienta que se for desejável uma divisão de poder entre política e economia, que pode impedir um totalitarismo bem desencadeado do exercício do poder econômico, deve haver um esforço em procurar uma organização política que faça do sistema político o instrumento da base social – dependente, portanto, da soberania popular. A divisão e hierarquia dos poderes contêm, então, conforme já apontado neste trabalho, uma hierarquização de acordo com sua respectiva proximidade com a soberania popular¹⁶⁷. Realiza, assim, uma diferenciação horizontal, de uma vertical, entre os poderes, demonstrando maior apreço à segunda, sendo que sua lição merece transcrição, no ponto:

“Se em Montesquieu a mecânica do equilíbrio horizontal estava disposta de modo a que o poder colocasse limites ao poder, a diferenciação vertical da tramitação do processo no Estado de direito, no modelo democrático, também tem a finalidade de impedir estruturalmente medidas arbitrárias: no momento da norma constitucional, os procedimentos legislativos têm que ser estabelecidos, sem que já possam ser conhecidos projetos de lei concretos (com infiltração de interesses) que, futuramente, estarão à espera de decisão segundo estas normas constitucionais.”¹⁶⁸

Continuando, afirma que:

“a mais importante diferença entre ambos os sistemas de divisão dos poderes (...) consiste no fato de que à versão democrática subjaz um conceito de soberania que Montesquieu evita ao empregar um conceito de poder nada específico. (...) Montesquieu baseia seu modelo na divisão da soberania, enquanto os poderes permanecem cruzados. A garantia de liberdade encontra-se, assim, (...) no antagonismo entre poderes parcialmente soberanos. (...) Segundo o modelo democrático-parlamentar, no antagonismo entre soberania

¹⁶⁶ Idem, p. 29.

¹⁶⁷ Idem, p. 36.

¹⁶⁸ Idem, p. 43.

legislativa do povo e os aparelhos estatais do povo, vinculados à lei e que manejam o monopólio estatal de poder.”¹⁶⁹

Apontadas tais diferenças, a autora afirma que o maior ponto em comum entre as teorias da separação dos poderes de Montesquieu e dos contratualistas residia na determinação da função judicial: “a rígida vinculação legal do executivo e a garantia de liberdade dos cidadãos, por ela realizada, contra medidas arbitrárias do poder público”¹⁷⁰. Contudo, Maus denuncia a inversão da preocupação da pauta científica jurídica: a liberdade da decisão judicial passou a ser mais importante do que a defesa das liberdades políticas contra uma justiça arbitrária. Analogamente, confunde-se independência judicial em larga escala com controle judicial sobre a lei, sendo que esta última é declarada como traço de uma separação de poderes bem-sucedida.

As metodologias jurídicas desde o início do século XX teriam desligado a jurisdição da obrigação de aplicação do direito e teriam autorizado que fosse realizada a „averiguação“ ou „descoberta“ do direito, pelo que Maus afirma que “a moderna metodologia é o calcanhar de Aquiles do direito com separação dos poderes, sem o qual a democracia não pode ser organizada”¹⁷¹.

Sem aprofundamentos nas metodologias criticadas, cabe apontar que a autora considera equivocadas as concepções na qual o próprio juiz é quem decide em qual medida e de qual forma ele ainda quer fazer uso do direito escrito. Contudo, exatamente tais concepções seriam as que teriam intensamente recepcionadas ao redor do mundo, caracterizando o que Montesquieu outrora caracterizara de „estado de despotismo“, visto que, voltando às lições do autor francês, não havendo separação entre poder judiciário e legislativo, não haveria liberdade, sendo arbitrário o poder exercido sobre a vida e liberdade dos cidadãos, pelo que “Em Estados despóticos não há leis: o juiz é a própria lei”¹⁷².

Conforme exposto, Maus considera que uma soberania popular permanentemente operante é contrária separação dos poderes que se expandiu no século XX e, especialmente no que se refere ao objeto do presente trabalho, estranha à tradição constitucional que se cristalizou e se projeta a partir da

¹⁶⁹ Idem, p. 44.

¹⁷⁰ Idem, p. 44-45.

¹⁷¹ Idem, 2010, p. 46.

¹⁷² MONTESQUIEU. *Do espírito das leis. Capítulo VI. In: SALDANHA, Nelson. Separação de poderes.* 1981, p. 93.

concepção estadunidense, que teria reduzido a soberania ao ato de fundação constituinte. Essa diminuição do valor da soberania popular consagra-se no modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade. A autora se refere a esse modelo como uma inversão da racionalidade da teoria da soberania popular, por considerar que a atual discussão constitucional é equivocada, visto que a Constituição não deve ser entendida como um catálogo pré-fabricado de todas as decisões materiais possíveis.

Resta explicado, assim, a razão pelo qual a autora adota posição frontalmente contrária à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, na qual é praticada uma jurisdição constitucional substantiva, para defender um modelo mais procedimentalista, por considerar que, a jurisdição constitucional permanece compatível com o Estado de direito e a democracia, quando se concentra, sobretudo, na observação de regras procedimentais. A tarefa de um “guardião da constituição” seria, portanto, a fiscalização das regras do jogo de todo o processo democrático e não “a antecipação estratégica dos *outputs* materiais de procedimentos legislativos”¹⁷³.

Para Ingeborg Maus, o efeito mais preocupante passa a ser, então, o Judiciário avocar para si a condição de instância moral da sociedade, constituindo-se como um corpo profissional que reforça sua posição como o centro da consciência social, ou „superego da sociedade”, conforme desenvolvido em sua obra *O judiciário como superego da sociedade órfã*. Ressalta que contra os fundamentos democráticos, tão estimados pela autora, e ao „império da lei” despersonalizado, “a Justiça reavivou fortes momentos de domínio patriarcal e de autonomia decisória quando relativizou matérias legais isoladas, apelando para convenções morais e „valores”¹⁷⁴.

Recorrendo a conceitos da psicanálise, a autora faz analogia à figura do pai que representa o superego do filho¹⁷⁵ para explicar que as instituições políticas eram responsáveis por organizar a sociedade, mas que, a partir da crise

¹⁷³ MAUS, Ingeborg. *Separação dos poderes e função judiciária. Uma perspectiva teórico democrática*. In. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 59.

¹⁷⁴ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’*. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 200.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 184-185.

democrática e da desconfiança em relação às clássicas instituições políticas¹⁷⁶, a sociedade viu-se „órfã“, razão pela qual sentiu necessidade de procurar novo gestor da vida em sociedade, novo superego: o Poder Judiciário. Segundo a autora, no século XX, o Poder Judiciário alemão vai progressivamente perdendo aquela vinculação estrita à lei à medida que cresce uma autocompreensão peculiar quanto a seu papel na aplicação do Direito, chegando ao ponto de extrapolar suas competências constitucionais para se tornar um superpoder, não sujeito a limites ou controle.

A original perspectiva da autora adquire relevância no estudo dos limites da função desempenhada pelo Poder Judiciário especialmente por apontar uma relação direta entre as concepções de separações dos poderes desenvolvidas na época das revoluções burguesas e as concepções atuais a respeito dos três poderes. Mesmo que não se possa negar a importância e inevitabilidade da jurisdição constitucional desenvolvida pelo Judiciário brasileiro, o estudo desenvolvido por Maus traz à tona questões relacionadas à soberania popular que não podem passar despercebidas. Assim, tomar em conta tais lições parece ser importante para a compreensão das posturas adequadas do Judiciário em uma democracia.

2.4. A judicialização e o ativismo/autorrestrrição judicial

A hipótese fundamental do artigo *Supremocracia*, de Oscar Vilhena Vieira é de que o perceptível processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo ganhou, no Brasil, contornos ainda mais acentuados, razão pelo qual o autor denomina „supremocracia“ esse arranjo institucional particular brasileiro, de “paulatina concentração de poderes na esfera da jurisdição do Supremo” e de expansão de sua “autoridade às demais instâncias do judiciário” e “em detrimento dos [demais] poderes” é algo realmente incontestável, ao menos, do ponto de vista descritivo¹⁷⁷.

¹⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Revista de Informação Legislativa, v. 51, 2014, p. 162-163.

¹⁷⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. in: São Paulo:Revista Direito GV, 2009, vol. 8, p. 444.

Desde os últimos anos do século XX houve uma alteração quantitativa e qualitativa do espaço ocupado pelo Poder Judiciário, e especialmente o Supremo Tribunal Federal, no cenário sociopolítico brasileiro. Antes deste marco temporal não era possível falar em protagonismo judicial no Brasil, quantitativamente ou qualitativamente.

Apenas a partir da redemocratização do país e da Constituição de 1988 passou a ser possível que o Judiciário expandisse e fortalecesse sua posição na interação com os Poderes Executivo e Legislativo. Por tal motivo, apenas recentemente se iniciaram os debates sobre as causas e consequências da judicialização de diversos novos aspectos da vida dos cidadãos e a respeito do ativismo judicial no Brasil.

Nos últimos anos tais temas se tornaram recorrentes, mas, em razão de sua importância e na esperança de contribuir de alguma forma em seu estudo, pretende-se diferenciar e caracterizar as alterações quantitativas e qualitativas ocorridas, para que possam ser analisados os limites da atuação do Poder Judiciário.

Antes, contudo, do estudo específico das características da relação entre os Poderes no Brasil, cabe se valer das descrições do fenômeno em nível global, para delimitar o contorno dos conceitos utilizados, pois como se verificará, são notáveis as semelhanças dos fenômenos ocorridos nos mais diversos países.

2.4.1. A judicialização da política e sua relação com o ativismo judicial

Em 1995, os autores C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder publicaram a obra *The Global Expansion of Judicial Power*, que reúne artigos de autores que estudaram a expansão do poder judiciário em diversos países¹⁷⁸. Ao se referirem à expansão global do poder judiciário, os autores se referem à judicialização da

¹⁷⁸ Conforme os próprios organizadores da obra reconhecem, talvez não deva causar espanto na constatação de que realmente há uma expansão do poder judiciário em diversos países quando os autores de tais relatos foram convidados a participar na elaboração de livro cujo nome afirma exatamente tal constatação. Contudo, Tate e Vallinder afirmam que não determinaram que os demais autores chegassem à tais conclusões, e que os artigos elaborados constituem argumento persuasivo de que o fenômeno verificado é mais que uma profecia auto-realizada. (TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 515).

política, expressão abrange as condições institucionais e culturais/comportamentais que explicariam esse processo. Partem da ideia de que judicializar pode significar: *i*) na forma de um processo judicial; ou, *ii*) seguindo a maneira de um juiz. Assim, propõem dois núcleos de significado que podem ser conferidos ao termo „judicialização da política“:

1) o processo por meio do qual cortes e juízes passam a fazer¹⁷⁹ políticas públicas ou a dominar sua feitura por outros poderes;

2) o processo por meio do qual negociações e processos de tomada de decisão não judiciais passam a ser dominados por normas e procedimentos „quase-judiciais“.

Acrescentam que o primeiro significado se refere a juízes não políticos no exercício de discricionariedades políticas, ou seja, atuando como políticos, e o segundo se refere a atores políticos de tomada de decisão atuando atados à norma (*rules-bound*), ou seja, como juízes apolíticos¹⁸⁰.

Utilizando a definição acima, Tate afirma ser possível distinguir diversas formas de judicialização da política, assumindo destaque o controle judicial de atos do executivo e legislativo¹⁸¹.

O conceito utilizado descreve um processo social. É um diagnóstico de transição no relacionamento entre o Poder Judiciário e os outros dois poderes estatais.

Tratando da relação entre as cortes e as legislaturas, Vallinder afirma que vários dos primeiros „campeões da democracia“ não vislumbravam um conflito entre os poderes envolvidos. Inicia sua análise, em ordem cronológica, por Thomas Paine, para quem governo representativo seria liberdade, considerando que a única ameaça aos direitos dos cidadãos adviria de monarcas e nobrezas hereditárias. Alexander Halmilton, por sua vez, afirmava ser o judiciário o poder mais fraco, de maneira que não apresentaria risco à liberdade do povo, pelo que era favorável,

¹⁷⁹ Aqui optou-se pela tradução literal da palavra *make*.

¹⁸⁰ VALLINDER, Torbjörn. *When the courts go marching in*. In. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 14; e, TATE, C. Neal. *Why the expansion of judicial power?* In. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 28.

¹⁸¹ Tate afirma que a jurisdição constitucional pode ser caracterizada como judicialização vinda de fora. (TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 16).

inclusive, ao controle judicial de constitucionalidade, por adotar uma visão mais cética em relação à regra majoritária. Após estabelecido o *judicial review*, no famoso *Marbury v. Madison*, tal ceticismo com relação à regra majoritária se expandiu direcionando-se, também, às assembleias eleitas por sufrágio universal e igualitário, conforme constatado nas ideias de Benjamim Constant, Alexis de Tocqueville e John Stuart Mill, que louvavam a atuação do judiciário na contenção da tirania das assembleias políticas¹⁸².

Vallinder aponta o pós II Guerra mundial como momento em que o papel do judiciário passou a claramente se expandir, apontando os principais fatores para tal fenômeno: a) a ascensão de regimes totalitários na Europa na década de 1930 fez com que os democratas de todo o mundo se perguntassem como aquilo teria acontecido e como resguardar o direito dos cidadãos no futuro. A resposta veio na promulgação de constituições prevendo extensas cartas de direitos, cortes constitucionais e controle jurisdicional de constitucionalidade; b) o setor econômico da vida política do pós guerra foi marcado pela ascensão de visões de partidos socialistas e, em menor medida, partidos trabalhadores, que consideravam necessário que os poderes de governo assumissem uma maior participação no planejamento da economia e dos direitos sociais, a fim de evitar os abusos das elites econômicas, sendo importante a reorganização do judiciário para que fosse readquirida sua tradicional função de defesa dos direitos individuais, só que dessa vez em face dos poderes econômicos; c) os desenvolvimentos da teoria política e jurídica, área em que após a „destruição“ das teorias de direito natural no século XVIII, por David Hume, observava um claro declínio das teorias de direito natural até o meio do século XX, até que uma mudança alterou tal perspectiva. Após a Segunda Guerra Mundial ocorreu um forte ressurgimento de tais teorias, na forma de teorias deontológicas em diversos meios acadêmicos. Nesse contexto surgem teorias baseadas em direitos como as desenvolvidas por Rawls e Dworkin; e, d) após a segunda guerra os Estados Unidos se destacam como superpotência na qual diversos países se inspiram, especialmente em relação ao sistema político, ao prestígio do judiciário e do controle jurisdicional de constitucionalidade, seja

¹⁸² VALLINDER, Torbjörn. *When the courts go marching in*. In. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 17-18.

seguindo o modelo americano ou austríaco, desenvolvido por Kelsen após a primeira guerra e que teve sua influência aumentada após a segunda guerra¹⁸³.

Em tentativa semelhante, Tate propõe analisar algumas condições que impulsionariam a expansão judicial, em rol que é reproduzido em maior ou menor escala pela maioria dos autores que trata do tema. A primeira condição avaliada é a democracia¹⁸⁴, que parece ser necessária, ante a improbabilidade de encontrar a judicialização da política em estados não democráticos, por ser difícil imaginar um governo autoritário que admita a atuação de juízes independentes limitando suas decisões. A separação dos poderes, por sua vez, embora constitua um argumento plausível muito citado, não é considerada necessária, pois segundo ela a função formal do juiz deveria ser interpretar, e não fazer leis¹⁸⁵. A existência de políticas de direitos, formal ou não, ou seja, a aceitação do princípio segundo o qual indivíduos ou minorias possuem direitos que devem ser respeitados mesmo em contrariedade às majorias, é apontada como uma condição relevante para a judicialização da política¹⁸⁶. O uso dos tribunais por grupos com interesses políticos próprios também constitui uma maneira de potencializar a judicialização da política, assim como o uso de ações judiciais pela oposição ao governo eleito, para que o Poder Judiciário revise/invalida/intervenha em políticas do governo. A fraqueza das instituições majoritárias, quando essas não conseguem sustentar projetos e políticas, bem como a percepção negativa do povo a respeito de tais instituições também são condições potencializadoras. Por fim, o autor aponta que em algumas ocasiões a judicialização da política ocorre quando as instituições majoritárias preferem não decidir determinadas questões, como casos que envolvem altos custos políticos, na qual não há vantagem política qualquer que seja a decisão¹⁸⁷.

Há que se destacar, ainda, a existência de perspectivas que atrelam a judicialização da política a interesses econômicos globais. Baseado em dados do

¹⁸³ Idem, p. 19-23.

¹⁸⁴ Embora grande parte da discussão a respeito do tema considere a judicialização da política como uma ameaça a valores essenciais da democracia.

¹⁸⁵ No ponto o autor reconhece a dificuldade em distinguir interpretar de criar leis, mas considera que raramente é necessário que o juiz substituía uma política em razão por seu critério pessoal do que é uma política adequada.

¹⁸⁶ Os autores destacam que a existência de uma política de direitos contribuem, ainda, ao legitimar a atuação do judiciário.

¹⁸⁷ TATE, C. Neal. *Why the expansion of judicial power?* In. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 28-33.

Banco Mundial, Boaventura de Souza Santos conclui que foi preciso conhecer o fracasso do Estado na África, o colapso das ditaduras na América Latina e o desmantelamento do Leste europeu para concluir-se que sem um enquadramento jurídico sólido, sem um sistema judicial independente e honesto, os riscos de um colapso econômico e social são enormes. Assim, a reforma judicial seria “um componente essencial do novo modelo de desenvolvimento e a base para uma boa governação, devendo, por isso, ser a prioridade do Estado não intervencionista”. Em tal modelo, “a administração da justiça é essencialmente um serviço prestado pelo Estado à comunidade, de maneira a preservar a paz social e facilitar o desenvolvimento econômico por meio da resolução de conflitos”. Conclui o autor que “De todos os consensos liberais globais, o do primado do Estado de Direito e do sistema judicial é, de longe, o mais complexo e intrigante”¹⁸⁸.

Acerca do tema, Antoine Garapon aponta diversas causas para o surgimento da judicialização da política, dentre as quais: a) o enfraquecimento do Estado em decorrência da globalização da economia; b) o „desmoronamento do simbólico“ do homem democrático e a „decomposição do político“ na sociedade democrática, que não conseguem dar conta de atender as demandas sociais; c) a prática da aprovação de textos legais mal redigidos e dúbios, o que torna difícil que o juiz se limite a aplicar a lei; d) a desnacionalização do direito, que permitiu aos juízes passar a interpretar a lei nacional à luz da lei supranacional; e) o avanço do paradigma democrático no mundo.¹⁸⁹

Provavelmente, as explicações acima, assim como as já mencionadas ao longo deste trabalho, como as de Ingeborg Maus, Han Hirschl e Tom Ginsburg, apresentam cada uma um fundo de verdade, sendo que apenas um estudo de caso especificamente concentrado em cada país pode apurar dos fatores que preponderam em cada situação.

A existência de condições para o surgimento e a consolidação do fenômeno no Brasil é examinada por Ernani Rodrigues de Carvalho. Analisando a existência de um sistema político democrático, a separação dos poderes, o exercício

¹⁸⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direito e democracia: a reforma global da justiça*. In: PUREZA, José Manuel, FERREIRA, António Casimiro (orgs.), *A teia global. Movimentos sociais e instituições*. Porto: Afrontamento, 2001, p. 127-138.

¹⁸⁹ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 22-49.

dos direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, o uso dos tribunais pela oposição e, por último, a inefetividade das instituições majoritárias, o autor conclui que a mapeamento das condições políticas em torno do fenômeno da expansão do poder judicial permite dizer que quase todas as condições estão presentes no caso brasileiro, embora, algumas condições, apesar de formalmente estabelecidas não se tenham mostrado realidades factíveis¹⁹⁰.

Alexandre Veronese vê com bons olhos a ausência de rígida fixação conceitual do termo „judicialização da política“¹⁹¹, por considerar que ele foi tomado menos com uma dimensão normativa e mais como um meio para entender realmente uma transição social e política. Para o autor, o conceito teria sido suficientemente aclimatado, no Brasil, no sentido de indicar, com razoável precisão, um processo social em curso.¹⁹²

O risco do emprego latino-americano do termo é, para Veronese, seu uso restrito a formas específicas, na formação de um discurso propositivo que considera a judicialização como algo positivo ou negativo, erodindo, dessa maneira, o conceito de sua capacidade analítica. Em sua opinião, “A maior vantagem do conceito é permitir que se possa empreender uma análise de desenhos institucionais e de funcionalidades específicas para o melhor entendimento dos sistemas comparados”¹⁹³.

Em análise nacional do tema, Werneck Vianna, Marcelo Baumann e Paula Martins, afirmam que a judicialização da política é legítima e comum nas democracias contemporâneas, sendo que o fato de os juízes ocuparem cada vez mais lugares pertencentes às instituições responsáveis pela política e pela autorregulação societária não decorre da ambição dos próprios juízes, mas sim de

¹⁹⁰ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004, p. 117-121.

¹⁹¹ Traçando o panorama do debate teórico contemporâneo na América Latina, o autor rejeita a substituição do conceito de „judicialização da política“ por conceitos relacionados, como „juridicização“ ou „legalização“.

¹⁹² VERONESE, Alexandre. *A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo*. Escritos: revista da Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, v. 3, 2009. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/escritos/numero03/FCRB_Escritos_3_13_Alexandre_Veronese.pdf>, Acesso em: 01 out. 2016, p. 280-281.

¹⁹³ Idem, p. 277.

processos complexos e permanentes¹⁹⁴. Importante, aqui, notar que a ressalva a respeito da ausência de ambição dos próprios juízes pretende afastar a noção de ativismo judicial. É que o tema contemporâneo da „judicialização da política“ se relaciona intimamente com o tema do „ativismo judicial“.

A transferência de poder decisório dos poderes políticos e da sociedade para a arena judicial, que corresponde a uma das facetas da judicialização da política descritas anteriormente, é respondida, muitas vezes, com uma atuação politizada das cortes, que expandem seu poder de forma a tornarem-se personagens centrais dos sistemas de governo envolvidos, com decisões que interferem sobre importantes processos políticos desses sistemas.

Verifica-se, assim, que o ativismo judicial tem na judicialização da política a oportunidade adequada para seu desenvolvimento. Que o ativismo judicial é a escolha comportamental do juiz em aceitar a demanda de judicialização da política e expandir a área de sua atuação ao ditar as soluções, certas ou erradas para as questões levantadas¹⁹⁵.

É possível afirmar, ainda, que embora correspondam a noções distintas, que o processo de judicialização é acentuado por uma postura ativista do Poder Judiciário, uma vez que o aumento das chances de sucesso da demanda que depende do avanço sobre as competências dos demais poderes converte-se num incentivo para a busca da intervenção judicial¹⁹⁶.

2.4.2. As origens do termo ativismo judicial

¹⁹⁴ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo Social-Revista de Sociologia da USP, vol 19, n. 2, 2007, p. 39.

¹⁹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 153-155.

¹⁹⁶ Em sentido diverso é afirmado que no Brasil “foi o ativismo judicial o principal fomentador da judicialização da política, e não o contrário” pois “com as modificações implementadas pelo constituinte derivado em 2004, os juízes passaram a posicionar-se de maneira mais enfática para o alargamento das suas competências, culminando na judicialização da política”. (Grupo Interinstitucional do Ativismo Judicial (coord. José Ribas Vieira). *O Supremo Tribunal Federal em tempos de mudanças: parâmetros explicativos*. Disponível em: <<http://pesquisaconstitucional.files.wordpress.com/2010/06/o-supremo-tribunal-federal-em-tempos-demudancas.doc>>. Acesso em: 13 out. 2016, p. 5). Por sua vez, em sentido similar, Roberto Basilone Leite afirma que a judicialização da política consiste em um processo político que independe da vontade dos juízes, sendo que os efeitos desse fenômeno são bastante acentuados quando os próprios juízes se dispõem a adotar uma postura ativista. (LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional*. São Paulo: LTr, 2014, p. 185).

O termo „Ativismo Judicial“ está extremamente associado à história dos Estados Unidos da América, razão pela qual estudar ativismo é, sobretudo, passear pelo contexto de jurisdição norte-americana¹⁹⁷. Contudo, deve ser verificado que mesmo em alguns dos principais vocabulários jurídicos norteamericanos não existe o mínimo consenso sobre a definição do que seja ativismo. O *Merriam-Webster's Dictionary of Law* refere-se ao ativismo como “a prática do Judiciário de proteger ou expandir os direitos individuais através de decisões que se diferem dos precedentes ou que independem da intenção constitucional do legislativo”¹⁹⁸; o *Black's Law Dictionary* traz o vocábulo ativismo judicial como “a filosofia da decisão judicial que leva os juízes a se afastarem dos precedentes em favor de novas e progressistas políticas sociais que nem sempre correspondem às expectativas da Corte, representando, ocasionalmente, uma invasão em questões legislativas e executivas”¹⁹⁹; o *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States* relaciona o ativismo à atuação dos juízes que ultrapassa os poderes a eles conferidos ao “empreenderem na criação de lei, e não meramente na sua interpretação, em oposição a autorrestrição judicial, que aconselha os juízes a resistir à tentativa de influenciar políticas públicas através de decisões judiciais”²⁰⁰.

Keenan Kmiec, identificando que o termo „ativismo judicial“ é definido de diversas maneiras, muitas vezes contraditórias, sem que fosse dada a devida atenção para sua definição, se propõe a clarificar o significado de ativismo judicial, sem pretender atacar ou defender alguma noção especial em que o conceito possa ser empregado²⁰¹. Em sua análise, o autor fornece as pistas para a identificação das origens do termo.

¹⁹⁷ No período entre 1950 a 2009, a expressão ativismo teria sido empregada na Suprema Corte dos EUA em 132 oportunidades, especialmente nos votos dissidentes. (POSNER, Richard A. *The rise and fall of judicial self-restraint*. California Law Review, v. 100, n. 3, 2012, p. 519).

¹⁹⁸ MERRIAM-WEBSTER. Merriam-Webster's Dictionary of Law. Massachusetts: Merriam-Webster, 1996, p. 270.

¹⁹⁹ BLACK, Henry Campbell. Black's Law Dictionary. 5. ed. St. Paul: West Group, 1983, p. 440.

²⁰⁰ HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 454.

²⁰¹ KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*. In: *California Law Review*, Inc. October, 2004, p. 1443.

Embora a ideia de ativismo judicial possa ser encontrada antes do século XX, na discussão a respeito da atividade judicial legislativa²⁰², o primeiro uso do termo „ativismo judicial“ ocorreu em um artigo escrito por Arthur Schlesinger Jr. na revista *Fortune*, em 1947, no qual eram descritos os perfis dos juízes que compunham a Suprema Corte.

Analisando a divisão da corte a respeito da interpretação da legislação e da função adequada do poder judiciário em uma democracia, o artigo afirmava existirem quatro „juízes ativistas“²⁰³, três juízes „campeões da autorrestrição“²⁰⁴ e dois juízes²⁰⁵ „intermediários“. Os ativistas consideravam que a Suprema Corte poderia adotar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social, levando mais em conta a utilização do poder judicial de acordo com sua própria concepção de bem social. Os autocontidos advogavam uma política de autorrestrição em tais questões, por acreditarem que a atuação dos legisladores deveria ser controlada de forma menos forte, ainda que contra suas concepções pessoais. Basicamente, o primeiro grupo considerava ser a Suprema Corte um instrumento para que determinados resultados sociais fossem alcançados, enquanto o segundo a via como um instrumento que permitiria que os demais ramos do governo alcançassem os resultados almejados pelo povo, para bem ou para mal²⁰⁶. Ao fim, Schlesinger assume um dos lados ao afirmar que, embora simpatizasse com os juízes ativistas, considerava que tal posição seria um perigo à democracia, preferindo, portanto, que o „ativismo judicial“ fosse limitado aos casos de liberdades civis.

Cada lado retratado por Schlesinger possuía uma distinta visão de mundo. Os ativistas acreditavam que direito e política eram inseparáveis, considerando que as decisões judiciais seriam orientadas por resultados, sem que houvessem resultados pré-ordenados. Os autocontidos, por sua vez, separariam direito e política, e seriam mais céticos quanto às noções individuais de justiça dos juízes, acreditando, ainda, que as leis teriam significados fixos e que o desvio de tais

²⁰² Blackstone defendia a atuação legislativa do judiciário como principal característica do *common law*, enquanto Bentham tratava tal atuação como uma usurpação da função legislativa. (KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*. In: *California Law Review*, Inc. October, 2004, p. 1444).

²⁰³ Black, Douglas, Murphy e Rutledge.

²⁰⁴ Frankfurter, Jackson e Burton.

²⁰⁵ Reed e Vinson.

²⁰⁶ SCHLESINGER JR., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune*, jan. 1947. In: KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*. In: *California Law Review*, Inc. October, 2004, p. 1446.

significados seria inapropriado, não importando o grupo que fosse se beneficiar de tal decisão²⁰⁷.

O pioneirismo no tratamento do tema deve ser louvado, bem como o fato de ter sido identificado um aspecto importante do ativismo, qual seja, a ideia de que determinados magistrados, a partir do instrumental fornecido em sua formação acadêmica e de considerações particulares sobre o direito, podem inclinar-se a desenvolver uma visão expansiva ou restritiva da revisão judicial. No entanto, Kmiec destaca que Schlesinger falhou em definir o ativismo judicial com maior precisão²⁰⁸.

Não só local de origem do termo, os Estados Unidos são também o principal palco da discussão em torno do ativismo judicial. Mas é necessário observar que a discussão em si é muito mais antiga do que a criação do próprio termo. Laurence H. Tribe afirma que a discussão acerca do 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”²⁰⁹.

Além da longevidade do debate norte-americano, deve ser destacada também sua completude. O ativismo judicial desenvolveu-se, naquele país, em diferentes contextos ideológicos, sociais, políticos e culturais. A compreensão do debate norte-americano torna-se, assim, muito útil e didático na compreensão do tema, pelo que serão expostos em seguida seus principais marcos históricos.

2.4.3. Um breve histórico do ativismo judicial norte-americano

A Constituição dos Estados Unidos é caracterizada por certa indefinição, pois oriunda de um processo em que a definição de questões substantivas foram preteridas em função da necessidade de se obter apoio dos delegados dos estados. Além da vagueza de seus dispositivos materiais, as próprias instituições não estavam precisamente caracterizadas.

²⁰⁷ KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*. In: *California Law Review*, Inc. October, 2004, p. 1447-1448.

²⁰⁸ Idem, p. 1450.

²⁰⁹ TRIBE, Laurence H. *The invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 45.

A Suprema Corte norte-americana ocupou espaço de desimportância na vida política do país nos primeiros anos dos Estados Unidos como nação soberana. Com a nomeação de John Marshall como *Chief Justice* tal situação se alterou, ante a importância conferida àquela corte durante sua liderança.

Certamente a mais importante declaração da autoridade da Corte Marshall foi de 1803, em *Marbury v. Madison*²¹⁰. O caso envolveu o *writ of mandamus*, proposto por William Marbury na Suprema Corte em face do Secretário de Estado James Madison, com o propósito de que fosse outorgado a Marbury o cargo de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, conforme nomeação pelo presidente federalista John Adams em seus últimos dias de mandato, e em contraposição à negativa de investitura do presidente republicano Thomas Jefferson logo após sua posse.

Considerando ser a Constituição lei suprema imodificável por meios ordinários, e que ato legislativo contrário à Constituição não é lei, Marshall, seguido pelos demais ministros, entendeu caber à Corte declarar a nulidade da Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, afirmando historicamente o poder da *judicial review* da Suprema Corte. A decisão foi extremamente ativista, pois faltou com deferência ao Congresso, ao recusar-lhe competência normativa sem que encontrasse na Constituição qualquer dispositivo que a afastasse expressamente, e ao afirmar um poder para a Corte sem que a Constituição nada dissesse especificamente sobre ele. O controle da constitucionalidade surgiu, assim, mais da natureza e dos propósitos da Constituição do que dos significados normativos do seu texto. Na construção de John Marshall, a supremacia constitucional se ampara no *Article VI*, que afirma que a “Constituição e as leis complementares” são “lei suprema do país”, “ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de quaisquer dos Estados”.

O resultado imediato da decisão foi, no entanto, negar a competência originária da Suprema Corte para controle sobre atos de altas autoridades do governo. Uma manifestação de autorrestrrição, portanto. Na fundamentação da decisão, ao afastar a solução do mérito da demanda, foi estabelecido que questões de „natureza política” ou aquelas que, segundo a Constituição e as leis, estão submetidas ao Executivo, não poderiam ser tomadas naquela Corte, fixando, assim,

²¹⁰ 5 U.S. 137 (1803).

as linhas gerais daquela que foi posteriormente conhecida como doutrina das questões políticas (*political question doctrine*)²¹¹.

O indeferimento do pedido permitiu que o julgado fosse assimilado pela opinião pública e pelos demais agentes políticos. Com tal estratégia a Suprema Corte foi institucionalmente preservada, embora ao mesmo tempo afirmasse um poder superior voltado para o futuro.

Apenas meio século depois, durante o longo período de Roger Taney (1836-1864) à frente do tribunal, em geral caracterizado por sua autorrestrição, a Suprema Corte voltou a se valer do controle de constitucionalidade ao tomar uma de suas mais polêmicas decisões. Em março de 1857, no caso *Dred Scott v. Sandford*²¹², a corte decidiu que Dred Scott não tinha legitimidade processual para discutir a liberdade nas cortes federais do país, pois Taney considerou que a V Emenda garantia aos cidadãos americanos o direito constitucional de propriedade de escravos. Esse direito não poderia ter sido validamente diminuído pelo Congresso, de maneira que foi declarada a inconstitucionalidade do chamado Compromisso do Missouri, lei federal editada com base em acordo celebrado no Congresso Nacional entre os grupos contrários e favoráveis à escravidão, que estabelecia uma linha divisória entre os estados e territórios em que esta era admitida ou não.

O Congresso não disporia de autoridade para proibir a escravidão nos territórios, pois a questão se referia ao direito de propriedade sobre esses indivíduos. Assim, Dred Scott não teria adquirido liberdade ao residir no Estado de Illinois e no Território Federal de Wisconsin, que proibiam a escravidão baseados no Compromisso do Missouri.

O ativismo judicial em *Dred Scott* está principalmente na ambição da Corte em tentar resolver o conflito político mais problemático daqueles dias, a escravidão, e em negar ao Congresso o poder de controlar esse conflito. A Suprema Corte acabou constitucionalizando a escravidão e impedindo que o Congresso continuasse lidando com o tema.

²¹¹ SEIDMAN, Louis Michael. *The secret life of the political question doctrine*. John Marshall Law Review, v. 37, 2004, p. 441.

²¹² 60 U.S. 393 (1856).

A interferência nesta intrincada questão política apenas agravou a divisão político-ideológica do país, sendo apontada como um dos fatores propulsores da Guerra de Secessão, além de provocar uma ampla reação pública, que abalou a credibilidade da Suprema Corte, cuja composição era majoritariamente sulista – pró escravidão – à época da decisão²¹³. Restou evidente o uso político da Corte no caso, sendo interessante destacar que, em 1857, o Presidente Buchanan não havia tomado sua decisão a respeito da escravidão, pelo que declarou, dois dias antes do julgamento, que o tema era uma questão judicial e que pertenceria à Suprema Corte avalia-lo, cabendo ao bom cidadão aceitar a decisão²¹⁴.

Após a reconstrução do que havia sido destruído na guerra civil, os Estados Unidos passaram por um período caracterizado pelo crescimento econômico decorrente especialmente das estradas de ferro, então em franca expansão. Historicamente relevante para a compreensão da atuação da Suprema Corte no período, é *Hepburn v. Griswold*²¹⁵, de 1870, em que foi julgada inconstitucional lei federal que autorizou a emissão de papel-moeda com eficácia retroativa de moeda corrente no país, com o propósito de custear os gastos com a Guerra de Secessão.

A decisão deixou descontentes o governo federal e o setor econômico ferroviário, pelo que se buscou uma forma de superar tal precedente. No mês seguinte à decisão o presidente Grant nomeou para a Suprema Corte dois advogados de companhias ferroviárias. Após um ano, e já com votos dos dois novos juízes, a Suprema Corte reavaliou e superou o precedente firmado em *Hepburn v. Griswold*. A posição da corte em favor das poderosas corporações econômicas tornou-se, a partir de então, uma tendência cada vez mais consolidada, com a contínua nomeação de advogados de ferrovias e outros importantes setores econômicos para ocupar suas cadeiras²¹⁶.

Com esse perfil de membros hostil a qualquer intervenção estatal sobre a liberdade das empresas é que a Suprema Corte veio a decidir outro de seus casos

²¹³ SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 106-113.

²¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre. de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 56.

²¹⁵ 75 U.S. 603 (1870).

²¹⁶ O entendimento foi assentado em outros julgados como *Slaughter-House* (1873) e *Santa Clara County v Southern Pacific Railroad* (1886). SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 156-165.

emblemáticos: *Lochner v. New York*, de 1905²¹⁷. Foi julgada inconstitucional uma lei do Estado de Nova Iorque por meio da qual foi criminalizada 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 bem-estar desta classe de trabalhadores. Considerou-se que não havia fundamento razoável para restringir o direito de contrato entre empregador e empregado no que se refere ao número de horas em que o último poderia trabalhar, de maneira que a lei violaria a liberdade do indivíduo protegida pela XIV Emenda.

Lochner marcou a atuação da Suprema Corte naquele período, marcado por uma ideologia liberal e uma leitura amplificada da cláusula do devido processo legal substancial previsto na Emenda XIV. O ativismo judicial se destacou fundamentalmente no fato de ser defendido um direito absoluto de contratar a partir de uma dedução de norma constitucional vaga e indeterminada do devido processo legal, sem que houvesse previsão expressa no texto constitucional, e em razão da interferência em política pública elaborada pelo legislativo.

A decisão ilustra bem o perfil da Era *Lochner*²¹⁸, que teve seus membros a partir de uma estratégia do governo visando favorecer os interesses da elite econômica então dominante, a partir da última década do século XIX: ativista e conservadora na defesa do direito natural de propriedade e da liberdade de contrato, e hostil quanto à intervenção estatal na economia.

Apenas com a Crise de 1929 é que as circunstâncias que acarretaram a alteração na posição da Suprema Corte começaram a se desenhar. Durante a grande depressão econômica acarretada pela crise, o presidente Franklin D. Roosevelt lançou o *New Deal*, um amplo programa de intervenção econômica e social com o propósito de recuperar a economia norte-americana e proteger da crise as classes sociais mais pobres. Ocorre que a corte, seguindo a mesma linha de fundamentação utilizada em *Lochner*, negou validade a três das medidas que compunham o *New Deal*, em 1935²¹⁹.

²¹⁷ 198 U.S. 45 (1905).

²¹⁸ Costuma-se utilizar o termo „Corte ____” ou „Era ____” para denominar determinados períodos da atividade do tribunal, seja pelo Chief Justice em exercício (Warren, Rendquist) ou por determinada decisão, que espelha a orientação de sua jurisprudência (*Lochner*).

²¹⁹ *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935), *Louisville Joint Stock Bank v. Radford*, 295 U.S. 555 (1935) e *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935)

A posição adotada pela Suprema Corte colocou-a em uma situação impopular e em flagrante conflito com o Executivo e Legislativo. Foi então que o presidente Roosevelt formulou e propôs ao Congresso a lei que ficou conhecida como *Court-Packing Plan*, que alterava as regras de nomeações de juízes para a Suprema Corte possibilitando a nomeação de até seis juízes pelo presidente de imediato. Visava-se por fim ao ativismo conservador adotado pela corte por meio da nomeação de juízes opostos a tal posicionamento. O *Court Packing Plan* não chegou a ser efetivado, pois, além de não obter apoio popular ou político, pouco depois da „ameaça“ a Suprema Corte alterou seu entendimento majoritário e superou as decisões anteriores, contrárias ao New Deal, em uma série de decisões iniciada com *West Coast Hotel Co. v. Parrish*²²⁰.

A vitória definitiva de Roosevelt, contudo, apenas foi alcançada posteriormente com as nomeações, em decorrência de aposentadorias ou mortes, entre 1937 e 1943, de oito juízes para a Suprema Corte, sendo todos defensores do *New Deal* e ligados de alguma maneira ao Partido Democrata ou à sua administração²²¹.

A corte, em sua nova formação, adquiriu um novo papel político-institucional focado na proteção dos direitos e liberdades civis, especialmente dos mais necessitados. A nova faceta da revisão judicial nos Estados Unidos estava anunciada na nota de rodapé de um julgado de 1938 (*United States v. Carolene Products*²²²), em que a Corte decidiu pela constitucionalidade de uma norma de saúde pública que proibia as companhias de diluir leite em outros produtos. Escrita por Harlan Fiske Stone, a nota de rodapé nº 4²²³ pretendia estabelecer padrões

²²⁰ 300 U.S. 379 (1937).

²²¹ TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*. New Haven: Yale University Press, 2010, p. 93.

²²² 304 U.S. 144 (1938).

²²³ “*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. (...) It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, (...); on restraints upon the dissemination of information, (...); on interferences with political organizations, (...); as to prohibition of peaceable assembly, (...). Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, (...), or national, (...), or racial minorities, (...): whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. (...)*”

diferentes de controle de constitucionalidade a depender da matéria envolvida. Arguiu a necessidade de abandono do controle judicial assertivo da legislação econômica regulatória e, por outro lado, o controle judicial mais pronunciado em casos de leis que ameaçassem os valores da democracia ou que restringissem as liberdades individuais e os direitos das minorias.

Essa era a corte descrita por Schlesinger, em 1947, na qual competiam os „campeões da autorrestricção“ liderados por Frankfurter e os „campeões do ativismo judicial“ liderados por Hugo Black. Mesmo com forte oposição de Frankfurter, a Suprema Corte gradualmente adotou uma postura ativista liberal. Conhecida como *New Deal Court*, esta formação da corte foi marcada por uma doutrina de controle mais rigoroso de leis violadoras de direitos e liberdades civis e contra grupos monitários, pelo que se considera que sua jurisprudência antecipou, em parte, a próxima „era“ da Suprema Corte: a Corte Warren.

Earl Warren assumiu o posto de *Chief Justice* em 1953, mas a Corte Warren que marcou a história como o grande momento jurisprudencial norte-americano dos direitos e liberdades civis do século XX só se consolidou como uma maioria liberal e ativista em 1962, com a aposentadoria de Frankfurter²²⁴.

A primeira e possivelmente mais importante decisão da Corte Warren foi tomada ainda com a presença de Frankfurter na Suprema Corte, e superou o precedente firmado em *Plessy v. Ferguson*²²⁵, decidido na Era Lochner em 1896, em que foi considerada constitucional lei que exigia que as ferrovias fornecessem acomodações iguais para brancos e negros, mas que as acomodações deveriam ser separadas, no que se consolidou como a discriminatória doutrina „separados, mas iguais“ (*separate but equal*). Por unanimidade, em *Brown v. Board of Education*²²⁶, datado de 1954, a odiosa segregação racial estabelecida com tal doutrina foi superada, por meio de decisão na qual foi julgada inconstitucional a segregação racial em escolas públicas por violação da cláusula da igual proteção das leis (*equal protection clause*).

²²⁴ Em pesquisa empírica realizada por Frank Cross e Stefanie Lindquist, no qual foram analisados o comportamento decisório dos juízes da Suprema Corte entre 1953 e 2005, os cinco juízes identificados como mais ativistas compõem a Corte Warren. São eles: Douglas, Black, Brennan, Thurgood Marshall e Warren. (CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. *Measuring judicial activism*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 17).

²²⁵ 163 U.S. 537 (1896).

²²⁶ 347 U.S. 483 (1954).

Igualmente pautada na cláusula da igual proteção das leis, a Corte Warren atuou nas delimitações inadequadas dos distritos eleitorais e na distribuição desproporcionais dos assentos legislativos²²⁷, visando tornar mais igualitário o processo democrático norte-americano, superando, assim, a antiga tese de que tais temas seriam „questões políticas“.

A famosa Corte do *Chief Justice* Earl Warren assumiu, ainda, um papel protagônico na defesa das liberdades civis (liberdades de expressão²²⁸ e religião²²⁹), e na garantia dos acusados em processo criminal. Neste último tema podem ser observadas decisões importantíssimas, que mudaram o tratamento judicial do tema a partir de então, como *Mapp v. Ohio*²³⁰, na qual a corte assegurou aos acusados criminais a proibição do uso de provas ilícitas por autoridades estaduais, em *Gideon v. Mainwright*²³¹, que garantiu aos acusados o direito constitucional à assistência de advogados, e em *Miranda v. Arizona*, controversa decisão que considerou ilegítima confissão obtida de acusado não previamente advertido pelas autoridades policiais acerca do direito a permanecer em silêncio e à assistência de advogado.

As decisões tomadas pela Corte Warren revelam um ativismo baseado na interpretação criativa e evolutiva das normas constitucionais vagas e indeterminadas com o fim de avançar em posições de liberdade fundamental e igualdade social. Contudo, a jurisprudência ativista também foi duramente criticada por usurpar o poder das instituições políticas e de decidir orientada aos resultados objetivados pelos liberais que, à época, dominavam a política do país.

Com a aposentadoria do *Chief Justice* Earl Warren, em 1969, a Corte Burger (1969-1986) inaugurou uma fase de inconstância entre a confirmação da linha liberal-progressista e afirmação de uma pauta conservadora.

De fato, o Tribunal se mostrou menos conservador do que era esperado, considerada a maioria de juízes indicados por presidentes republicanos. Os presidentes Richard Nixon e Ronald Reagan, especialmente, pretendiam superar os precedentes ativistas e liberais, sendo que em sua campanha presidencial Nixon

²²⁷ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

²²⁸ *Em New York Times v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964).

²²⁹ *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

²³⁰ 367 U.S. 643 (1961).

²³¹ 372 U.S. 335 (1965).

publicamente contendeu o ativismo judicial da Corte Warren e prometeu nomear juízes adeptos de uma filosofia de restrição judicial.

A Corte Burger, cuja formação se iniciou com a nomeação de três novos juízes da Suprema Corte por Nixon, dentre eles Warren, atuou em um cenário sociopolítico que se tornava progressivamente conservador, e atuou de forma a minimizar os precedentes liberais da Corte Warren em matéria de procedimento criminais²³². Contudo, embora a Corte Burger tenha efetivamente sido menos liberal que a Corte Warren, ela foi bem menos conservadora do que esperavam os republicanos. O comprometimento natural dos juízes conservadores com a doutrina do precedente vinculante foi fato institucional decisivo para que não fossem superados diversos precedentes liberais da Era Warren²³³.

A decepção dos conservadores atingiu seu ápice em 1973, quando a Suprema Corte prolatou julgado no controverso *Roe v. Wade*²³⁴, declarando a inconstitucionalidade da lei do Estado do Texas que permitia a interrupção da gravidez apenas na hipótese de risco à vida da mãe. Mas os momentos de ativismo da Corte Burger não se limitaram ao julgamento de *Roe*, pelo que deve ser destacado o reconhecimento do status constitucional de direitos não claramente previstos no texto constitucional, em clara falta de deferência ao legislativo, em julgados que também avançaram na proteção da liberdade de expressão²³⁵, discriminação de gênero²³⁶ e ações afirmativas²³⁷. Diferente da Corte Warren, cujo ativismo possuía um direcionamento ideológico, a Corte Burger foi marcada por um ativismo ideologicamente indefinido, que não buscava avançar uma filosofia política específica.

Assim como Nixo, o presidente Ronald Reagan condenou em suas campanhas presidenciais o ativismo judicial e, da mesma maneira, prometeu nomear juízes favoráveis à restrição judicial. Teve início a formação da controvertida Corte Rehnquist, em 1986, com a saída de Warren Burger e com a definição de Willian Rehquist, o juiz mais conservador da Corte Burger, como *Chief Justice*. Em

²³² *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976); *United States V. Leon*, 468 U.S. 897 (1984); *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. (1976).

²³³ 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.

²³⁴ 410 U.S. 113 (1973)

²³⁵ *First National Bank v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978).

²³⁶ *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971).

²³⁷ *Regents v. Bakke*, 438 U.S. 71 (1971).

que pese a expectativa por uma fase de autocontenção o que se viu foi a afirmação de um ativismo judicial conservador acompanhado da manutenção e reafirmação de certos direitos, sob novos critérios.

Inicialmente a Corte Rehnquist²³⁸ foi marcada por se voltar para questões sociais, admitindo restrições ao direito de aborto, em *Planned Parenthood v. Casey*²³⁹, e sujeitando as ações afirmativas a rigorosos juízos de constitucionalidade, em *City of Richmond v. J.A. Croson*²⁴⁰. Após decidir *Casey* a corte passou a adotar posição mais conservadora, na qual avançou sobre questões atinentes ao federalismo, aumentando o poder dos estados em detrimento do Congresso Nacional e do próprio Judiciário Federal, em uma série de decisões iniciadas por *United States v. Lopez*²⁴¹. A última fase foi marcada pela suavização da jurisprudência conservadora, através de posições mais liberais²⁴² e igualitárias²⁴³, e de enfrentamento às medidas do presidente George W. Bush na „guerra ao terror“²⁴⁴.

*Bush v. Gore*²⁴⁵ foi a grande marca de ativismo da Corte Rehnquist. A decisão definiu a vitória de George W. Bush na eleição presidencial, a Suprema Corte, por 5 votos a 4, pautada na clausula de igual proteção das leis.

O presidente eleito, George W. Bush, teve, então, a oportunidade de indicar dois novos ministros para a Suprema Corte, cuja composição passou a ser denominada Corte Roberts a partir da nomeação de John G. Roberts como *Chief Justice* em 2005.

Em sua decisão mais polêmica, *Citizens United v. Federal Election Commission*²⁴⁶, a Corte Roberts 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 o direito de utilizar o poder econômico para participar de campanhas políticas e influenciar o resultado do voto popular sem qualquer regulação pública significativa.

²³⁸ 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, 324-343.

²³⁹ 505 U.S. 833 (1992).

²⁴⁰ 488 U.S. 833 (1989).

²⁴¹ 514 U.S. 549 (1995).

²⁴² *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. (2003).

²⁴³ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

²⁴⁴ *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

²⁴⁵ 531 U.S. 98 (2000).

²⁴⁶ 558 U.S. 310 (2010).

Por superar antigo precedente (*Austin v. Michigan Chamber of Commerce*²⁴⁷, por faltar com deferência ao Congresso em matéria de processo eleitoral, e por se fundamentar em interpretação bastante ampliativa da Primeira Emenda, *Citizens United* assume traços claramente ativistas. Considerando, ainda, as decisões proferidas em favor do direito individual de ter armas, em *District of Columbia v. Heller*²⁴⁸ e *McDonald v. Chicago*²⁴⁹, uma bandeira conservadora tradicional, a Corte Roberts tem sido considerada como a mais conservadora e pró-empresas desde a Corte *Lochner*²⁵⁰.

Com a eleição do candidato republicano Donald Trump para a presidência dos Estados Unidos, e considerando que em sua disputa com Hillary Clinton estava em jogo, além da presidência, a indicação de um novo *justice* para a Suprema Corte, é esperado que a posição conservadora da corte se consolide, e por um longo tempo, ante a juventude de seus membros²⁵¹.

2.4.4. As diferentes faces do ativismo/autorrestrrição judicial

Exposta parte da longa história da discussão a respeito do ativismo judicial no contexto norte americano, fica claro que a indefinição a respeito do tema decorre, ao menos em parte, de sua utilização em situações bastante díspares, nas quais o que a Suprema Corte decidia variava de maneira substancial.

Após examinar os primeiros significados e utilizações do termo ativismo judicial²⁵², Kmiec dedica-se, então, a diminuir a confusão conceitual enumerando cinco de suas definições atuais: *i)* desafiar²⁵³ atos de outros poderes que sejam

²⁴⁷ 494 U.S. 692 (1990).

²⁴⁸ 554 U.S. 570 (2008).

²⁴⁹ 561 U.S. 742 (2010).

²⁵⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 93.

²⁵¹ LIPTAK, Adam. *What the Trump presidency means for the Supreme Court*.

Disponível em: <http://www.nytimes.com/2016/11/10/us/politics/trump-supreme-court.html?_r=0>, Acesso em: 20 de nov. de 2016.

²⁵² Dentre os significados iniciais dados ao ativismo judicial, alguns perderam seu uso, tal como a utilização de ativismo judicial com conotação positiva, relacionada ao ativismo em favor dos direitos civis. (KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*. In: *California Law Review*, Inc. October, 2004, p. 1451).

²⁵³ A expressão, no idioma original, é *strike down*, que se reveste de uma generalidade que não comportaria uma tradução por anular, ou desconstituir.

constitucionalmente defensáveis; *ii*) ignorar ou desconsiderar precedentes; *iii*) legislar judicialmente; *iv*) afastar-se da metodologia interpretativa aceita (divergindo na definição do método aplicável ou na própria aplicação de um determinado método); e, *v*) julgar objetivando um determinado resultado.

Também, partindo de uma análise histórica das origens do termo ativismo judicial, Craig Green propõe que debates acerca do tema representam discussões a respeito do papel do Poder Judiciário, sendo que tais discussões são cruciais ao sistema jurídico, na medida em que os juristas desempenham um papel especial no desenvolvimento de „normas internas“, não obrigatórias, de comportamento judicial²⁵⁴. Partindo da premissa que as decisões judiciais não são efetivamente supervisionadas por agentes governamentais fora do próprio Judiciário, o autor propõe que o ativismo judicial deve ser definido como o abuso de poder não supervisionado que é exercido fora dos limites culturalmente aceitos ao papel do judiciário²⁵⁵. Tal definição é formulada a partir da análise histórica das decisões da Suprema Corte, a partir da qual o autor afirma que o núcleo conceitual do ativismo judicial são as alegações de existência de decisões não-jurídicas, negando, assim, concepções de ativismo relacionadas à necessária promoção de ideologias progressivas ou direitos individuais, bem como a vinculação do ativismo à não deferência aos outros poderes²⁵⁶.

Pretendendo apresentar um conceito amplo de ativismo judicial, mais próximo aos sistemas constitucionais da família romano-germânica, informado pelo princípio da separação dos poderes, Elival da Silva Ramos conceitua como ativismo “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar”²⁵⁷. Para o autor, o ativismo é claramente negativo, “por importar na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”²⁵⁸.

Verifica-se que não há consenso acerca do que é ativismo judicial, de maneira que ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas. Há

²⁵⁴ GREEN, Craig. *An Intellectual History of Judicial Activism*. In. *Emory Law Journal* Vol. 58, N. 5, 2009, p. 1221.

²⁵⁵ Idem, p. 1222.

²⁵⁶ Idem, p. 1224-1228.

²⁵⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

²⁵⁸ Idem, *ibidem*.

tantas concepções de ativismo judicial quanto existem autores tratando do tema. Parece que “quanto mais o termo se torna comum, mais obscuro fica seu significado”²⁵⁹.

Apostando na utilidade do termo ativismo judicial, em razão de suas reais e importantes implicações sociais, Carlos Alexandre de Azevedo Campos busca contornar o déficit conceitual, de maneira que o ativismo judicial seja conhecido abstratamente e identificado concretamente²⁶⁰. Para o autor, o núcleo comportamental do ativismo judicial é a expansão do poder decisório que juízes e cortes promovem sobre os demais atores de uma dada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida²⁶¹.

O autor não nega que a pura e simples presença decisória do Poder Judiciário possa ser considerada indício de ativismo judicial, mas ressalta que o debate em questão 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”, pelo que afirma que o “espaço nobre” do ativismo judicial é o dos *hard cases*²⁶².

São fixadas, então, cinco diretrizes que servirão para a construção do conceito desenvolvido por Campos. O ativismo judicial é considerado: uma questão da postura expansiva do poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões, e não de correção de mérito; não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo; possui um caráter dinâmico e contextual em sua identificação e análise; é limitado, favorecido e moldado por uma pluralidade de variáveis contextuais; trata-se de uma estrutura adjudicatória multidimensional.

Partindo de tais diretrizes, define o ativismo como “o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes-políticos normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos”, sendo que: a) “deve ser identificado e avaliado segundo os elementos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais”; b) “responde aos mais variados fatores institucionais, sociais e jurídico-

²⁵⁹ KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*. In: *California Law Review*, Inc. October, 2004, p. 1443.

²⁶⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

²⁶¹ Idem, p. 152.

²⁶² Idem, p. 153.

culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos”; e, c) “se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias”²⁶³.

Observando as diferentes experiências ativistas das cortes constitucionais e supremas de diferentes países, Campos descreve, então, diferentes dimensões de decisões ativistas²⁶⁴:

- Ativismo judicial e interpretação da Constituição – interpretação ampliada das normas e princípios constitucionais, com a afirmação de direitos e poderes implícitos ou não claramente previstos nas constituições;

- Ativismo judicial e “criação legislativa” – as cortes assumem competência legiferantes reservadas, a priori, pela constituição, aos outros poderes, em especial o Legislativo;

- Ativismo judicial e deferência aos demais poderes – falta de deferência de cortes e juízes à autoridade política, legal e empírica dos outros poderes e instituições;

- Ativismo judicial e afirmação de direitos – ativismo judicial como institucionalização de intensas e controversas questões morais e políticas envolvendo direitos fundamentais;

- Ativismo judicial e políticas públicas sociais – as cortes avançam sobre o controle das políticas públicas dos Poderes Legislativo e Executivo, indo além de pura e simplesmente anular as leis, para por si definirem essas políticas públicas no lugar desses outros poderes;

- Ativismo judicial e autoexpansão da jurisdição de dos poderes decisórios – as cortes expandem o papel institucional por intermédio da ampliação jurisprudencial do acesso à sua jurisdição, do espaço de atuação e dos poderes de decisão;

- Ativismo judicial e superação de precedentes – para avançar as agendas e propósitos que identificam nas constituições, as cortes não se restringem por precedentes.

²⁶³ Idem, p. 164.

²⁶⁴ Idem, p. 165-176.

- Ativismo judicial e maximalismo – justificação de decisões em formulações teóricas ambiciosas, extensas e profundas, além do necessário para fundamentar o resultado de suas decisões concretas;

- Ativismo judicial e partidarismo – decisões judiciais que não são fundadas em razões jurídicas, mas em preferências político-partidárias;

- Ativismo judicial e soberania judicial – a corte se coloca como titular da palavra final ou mesmo única palavra acerca do que significa a Constituição.

Verifica-se, assim, que o termo „ativismo judicial“ pode ser utilizado para identificar diversas formas de atuação, pelo que é necessário realizar um corte metodológico a fim de melhor delimitar o ativismo judicial que deve ser influenciado e avaliado sob a ótica de uma cláusula da separação dos poderes em uma sociedade democrática e plural. Mais adequado aos objetivos do presente trabalho, portanto.

A fim de realizar tal tarefa parece ser necessário, assim, examinar as razões utilizadas para conter o ativismo judicial, na forma das teorias a favor da autorrestrrição judicial.

Arthur Schlesinger Jr. considerava, desde as origens do termo, que o „ativismo judicial“ tem como adversário histórico a „autorrestrrição judicial“, que, assim como o primeiro termo, é objeto de grande imprecisão conceitual.

Interessado nas origens da autorrestrrição judicial, Larry D. Kramer parte da identificação de duas distintas justificações para a jurisdição constitucional na época dos *Founding Fathers* americanos²⁶⁵. Uma primeira justificação, desenvolvida antes mesmo da ratificação da Constituição, denominada “Republicana” ou “Jeffersoniana”²⁶⁶, se baseava na ideia de que a comunidade era quem possuía autoridade primária para interpretar, assim como elaborar, a Constituição. A Constituição seria a lei criada pelo povo para regular e restringir o governo, em oposição à legislação ordinária, que seria criada pelo governo para regular e restringir o povo. Uma segunda justificação, desenvolvida após a ratificação da Constituição, defendida pelos Líderes Federalistas, entendia que a Constituição

²⁶⁵ KRAMER, Larry D. *Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint*. California Law Review, Vol. 100 (3), 2012, p. 622-624.

²⁶⁶ Por ter sido adotada e defendida pelo partido de Thomas Jefferson.

deveria ser tratada da mesma forma que a legislação ordinária, de maneira que sua interpretação seria matéria de competência do Judiciário.

Republicanos e Federalistas concordavam que as cortes deveriam se autorrestringir no exercício da jurisdição constitucional, mas o faziam por razões diferentes e com diferentes finalidades e justificativas em mente.

Para Republicanos, a autorrestricção era um recurso para preservar a autoridade primária e superior do povo (*the People*) como intérprete da Constituição. Na medida em que as pessoas tinham delegado a responsabilidade de promulgar leis para o legislativo, a questão de se saber se a lei assim adotada era ou não era constitucional era uma questão para ser resolvida entre a comunidade e os seus representantes eleitos por meio de protestos, petições, eleições, e outras formas de ação popular direta. As cortes agiriam como agentes da comunidade ao interpretar a Constituição. Reconhecia-se a necessidade de que em algumas situações o judiciário deixasse de aplicar uma lei por considera-la inconstitucional, mas quando houvesse dúvida a respeito da constitucionalidade da lei, tal decisão deveria ser deixada para quem tinha a responsabilidade primária para decidir: o povo (*the People themselves*)²⁶⁷.

Por sua vez, os Federalistas entendiam que as constituições delegariam às cortes a autoridade final em sua interpretação. As cortes não interpretariam a Constituição como agentes da comunidade, mas sim para impedir que a comunidade legislasse de maneira absurda. A Constituição daria ao Judiciário a tarefa de salvar o povo de seu inimigo mais perigoso, o próprio povo. Contudo, os Federalistas consideravam que era importante não impedir a aplicabilidade da legislação a não ser que a inconstitucionalidade fosse clara. Em casos de dúvida a Constituição o ato legislativo deveria ser mantido. Ocorre que não eram invocadas razões de natureza democrática para tanto, pois a autorrestricção era “uma questão de prudência e de conveniência política: algo necessário para assegurar e preservar a autoridade judicial (em vez de popular) através da minimização dos riscos do excesso (judicial)”²⁶⁸.

Assim, ambas concepções apontam para a necessidade de autorrestricção de juízes e cortes, de maneira a que somente fossem reconhecidas

²⁶⁷ Idem, p. 625.

²⁶⁸ Idem, p. 626.

inconstitucionalidades manifestamente fundadas. Contudo, enquanto os Republicanos fundamentam a autorrestrição na necessidade de deferência dos juízes e cortes em favor do autogoverno popular, em tratamento que se adequa à filosofia política do constitucionalismo democrático, os Federalistas levam em conta valores de estabilidade institucional, apenas, preocupando-se com o risco de que as decisões dos juízes e cortes possam causar reações políticas adversas que comprometeriam sua capacidade de cumprir seu papel institucional.

Considerando que os dois elementos da autorrestrição são complementares, Carlos Alexandre de Azevedo Campos formula uma abordagem multidimensional também para a autorrestrição judicial, que pode ser entendida como “a filosofia adjudicatória ou mesmo a prática decisória que consiste em retração do poder judicial em favor dos outros poderes políticos, seja por motivos de deferência político-democrática, seja por prudência político-institucional”²⁶⁹. O autor destaca, ainda, que a discricção – no sentido de que juízes devem evitar fazer escolhas morais, políticas, sociais e econômicas –, que é apontado por John Daley como um outro elemento da autorrestrição judicial, dilui-se nas condutas por deferência e por prudência, na medida em que os juízes podem evitar fazer escolhas morais políticas, sociais e econômicas por deferência à maior capacidade legal ou epistêmica dos outros poderes, ou por prudência diante dos riscos de erro em suas decisões e de reações sistêmicas adversas que possam prejudicar sua liberdade e capacidades decisórias²⁷⁰.

A importância do estudo da deferência judicial é observada por Paul Horwitz, em artigo que pretende identificar e examinar da deferência como um mecanismo do Direito Constitucional. O estudo empreendido mostra-se relevante por delimitar três diferentes faces da deferência, a partir de uma definição inicial extraída de Martin Shapiro: “deferência envolve um tomador de decisões seguir uma determinação feita por outro indivíduo ou instituição, sendo essa determinação diferente da que chegaria sozinho”²⁷¹. Uma questão importantíssima que é ressaltada desde o início pelo autor é que só há deferência quando há algum grau

²⁶⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre. de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 178.

²⁷⁰ Idem, p. 179.

²⁷¹ No original: “deference involves a decisionmaker following a determination made by some other individual or institution that it might not otherwise have reached had it decided the same question independently”. (HORWITZ, Paul. *Three faces of deference*. *Notre Dame Law Review*. Vol. 83 (3), 2008, p. 1072).

de liberdade de agir. O tomador de decisões deferente poderia decidir de outra maneira. Além disso, deve ser observado que a deferência é uma das opções de um tomador de decisões que possui discricionariedade, pois havendo tal discricionariedade ele pode resolver tomar a decisão, não sendo de outra maneira. Deferência é uma forma de escolha discricionária.²⁷²

Quanto às razões que levam as cortes a atuarem com deferência, apesar da importância conferida à independência judicial, Horwitz oferece duas categorias de justificação, que embora possam convergir e se confundir, são aptas a esclarecer o tema: (a) razões de autoridade jurídico-constitucional (*legal authority*); e (b) razões de autoridade epistêmica (*epistemic authority*).

As razões de autoridade jurídico-constitucional se baseiam no *status* da autoridade para quem as cortes agem com deferência. Tal deferência resulta das prescrições constitucionais a respeito do intérprete prioritário. A mais proeminente razão de autoridade jurídico-constitucional é a separação dos poderes, que relaciona-se intimamente com outra razão do mesmo tipo, a legitimidade democrática. Assim, Horwitz afirma que além do argumento textual básico de que a deferência é apropriada quando a Constituição atribui certas tarefas aos poderes políticos, as cortes também justificam sua deferência a tais poderes em razão de tais poderes estarem mais ligados a mecanismos de responsabilização política que legitimam e restringem suas decisões.²⁷³

Por sua vez, as razões de autoridade epistêmica se baseiam na crença de que as cortes deferem para autoridades que sabem mais do que elas a respeito de determinados temas. Mais usualmente as cortes agem de tal maneira em razão de uma abordagem comparativa das capacidades institucionais, que se desdobra em um primeiro momento em que a corte considera que a outra instituição possui expertise, informações relevantes e habilidades que as habilitam a decidir de forma corretamente, e um segundo momento no qual considera-se que a outra instituição não só decide bem, mas decide melhor que a própria corte.²⁷⁴

Também optando por uma abordagem „do outro lado da moeda”, Richard A. Posner contrapõe „ativismo judicial” ao seu que considera seu oposto, qual seja,

²⁷² HORWITZ, Paul. *Three faces of deference*. Notre Dame Law Review. Vol. 83 (3), 2008, p. 1075-1077.

²⁷³ Idem, p. 1079-1085.

²⁷⁴ Idem, p. 1085-1090.

„autorrestrição judicial“ e afirma que tais termos estariam desgastados, pelo que, após questionar se seria melhor descartá-los, passa a argumentar que essa não seria a melhor opção, pois com eles é possível esclarecer algumas questões a respeito dos limites adequados à criação legislativa judicialmente²⁷⁵

O autor faz sua análise partindo de uma definição de discricionariedade judicial como a área em que o juiz não decide os casos apenas referindo-se à vontade de outros – constituintes, legisladores, ou juízes de casos anteriores (de maneira formalista). Nesse espaço o juiz deve trazer seus próprios valores e preferências, na forma principiológica, para chegar a uma decisão. Dentre esses princípios, na discricionariedade, é que Posner afirma estarem o ativismo e a autorrestrição.²⁷⁶

Segundo Posner, o termo „autorrestrição judicial“ pode ser usado ao menos de cinco diferentes maneiras. O juiz autocontendo: (i) não permite que sua visão política influencie suas decisões; (ii) é cauteloso, prudente e hesitante quanto a introduzir suas visões pessoais sobre política; (iii) se preocupa com os constrangimentos políticos para o exercício do poder judicial; (iv) tem suas decisões influenciadas por uma preocupação em evitar uma promíscua criação judicial de direitos que resulte no atolamento dos tribunais em razão do aumento de litigância a ponto de não permitir que os tribunais funcionem efetivamente²⁷⁷; (v) pretende reduzir o poder do sistema jurídico em relação aos outros poderes.²⁷⁸

A maneira „j“ é considerada inútil, visto que, ao se considerar a discricionariedade como área na qual a autorrestrição vai ocorrer, não é possível que o juiz não permita que sua visão pessoal influencie suas decisões.

Por sua vez, a maneira „j“ é identificada não com a „autorrestrição judicial“ no sentido desejado pelo autor, mas sim com algo diferente, qual seja, a „deferência judicial“, que, embora não fique claro, parece ser utilizada pelo autor em oposição ao ativismo judicial em sua vertente relacionada à superação de precedentes.

²⁷⁵ POSNER, Richard A. *The Meaning of Judicial Self-Restraint*. v. 59 Indiana Law Journal, n. 1, 1983, p. 1-2.

²⁷⁶ Idem, p. 9-10.

²⁷⁷ No original: “his decisions are influenced by a concern lest promiscuous judicial creation of rights result in so swaping the courts in litigation that they cannot function effectively”.

²⁷⁸ Idem, p. 10.

As demais formas de utilizar o termo são utilizadas por Posner ao distinguir de um lado a „autorrestrrição prudencial“, que teria dois aspectos: a) autorrestrrição prudencial política, que corresponderia à maneira „iii“ de decisão, na qual a deferência a outros poderes não é um puro valor de relacionamento institucional, mas meio de proteger a integridade do tribunal, e (b) autorrestrrição prudencial funcional, que corresponde à maneira „iv“ de decisão, na qual o tribunal evita decidir ou decide de modo estreito por preocupar-se em debilitar sua habilidade jurisdicional; e de outro a „autorrestrrição estrutural“, que seria a maneira „v“.

A preocupação central do autor é com relação à última. A autorrestrrição estrutural, também chamada de „autorrestrrição judicial da separação dos poderes“, é o sentido que Posner gostaria que se tornasse exclusivo ao termo autorrestrrição judicial. Aqui 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. A não ser que o Poder Judiciário esteja agindo contrariamente à vontade dos outros poderes ele não estará sendo „ativista“ no sentido que Posner pretende consagrar²⁷⁹.

Para o autor, autorrestrrição estrutural não está relacionado a uma posição liberal ou conservadora da autoridade judicial²⁸⁰. Ativismo ou autorrestrrição judiciais são independentes da posição política a que se alinha o julgador. O autor afirma, ainda, que a autorrestrrição não é sinônimo de uma boa decisão judicial, pois tal análise dependerá da situação histórica particular em que a autoridade judiciária se encontra. É possível afirmar, por exemplo, que seria desastrosa a adoção, por Marshall, de uma posição autorrestritiva em *Marbury v. Madison*. A autorrestrrição, deste modo, seria um „bem contingente“, e não absoluto²⁸¹.

Assim como realizado quando da análise do ativismo judicial, considera-se útil o estudo do desenvolvimento da doutrina da autorrestrrição judicial no meio acadêmico e judicial norte-americanos.

Antes de passar ao próximo ponto, cabe fazer uma ressalva, cuja compreensão deve permear toda a análise do ativismo/autorrestrrição judicial. Em um mundo integrado como o atual é necessário o estudo do Direito Comparado,

²⁷⁹ POSNER, Richard A. *The Federal Courts, Challenge and Reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 320.

²⁸⁰ *Idem*, p. 319.

²⁸¹ POSNER, Richard A. *The Meaning of Judicial Self-Restraint*. v. 59 *Indiana Law Journal*, n. 1, 1983, p. 14-15.

dadas as múltiplas influências entre os diversos sistemas jurídicos. Contudo, quando analisados os limites da atividade do Poder Judiciário, uma ressalva deve ser sempre levada em consideração. A análise da função jurisdicional deve ser avaliada considerando se a decisão é proferida em sistema jurídico de *civil law* ou *common law*²⁸², sem que sejam necessários aprofundamentos nas características dos sistemas.

O direito francês (*civil law*) diferenciou-se do inglês (*common law*) no fim do século XIII e no século XIV, após o fortalecimento do Parlamento de Paris e do tribunal inglês em Londres.

A força e a independência histórica do Judiciário são características inerentes ao *common law*, em cuja tradição os juízes eram os defensores e também os próprios portadores da tradição jurídica. Tal independência tem origens, na Inglaterra, após lutas constitucionais durante o século XVII, em que o Judiciário aliou-se ao Parlamento contra o Poder Executivo (autoridade real). O processo histórico culminou, em 1701, no *Act of Settlement*, que impediu que a nomeação dos magistrados fosse feita de acordo com a vontade da Coroa.

A era dourada do *common law* inglês ocorreu no século XVIII, na era dourada do direito dos juízes, momento em que era comum a ideia de que a criação do direito não deveria ser atividade do Parlamento, mas sim do Judiciário. Qualquer tentativa de legislar/codificar o direito „não escrito“ inglês era visto como forma de descartar uma das maiores vantagens que os ingleses usufruíam em seu sistema: a aptidão de possuir aplicação flexível. Contra a legislação, à época, Lorde Mansfield afirmava que, apesar de uma lei poder ser aplicada a todos os casos, o *common law* funcionaliza-se a partir de si próprio e suas regras são oriundas da própria fonte da justiça: razão pela qual ele seria superior à lei do Parlamento²⁸³.

Chegamos, assim, a outro fator diferenciador, que é o modelo de aplicação do direito de cada um desses sistemas. Por meio do *case law* o *common law* elabora suas decisões em função da casuística dos tribunais, enquanto por intermédio do *code law* o *civil law* utiliza técnicas de interpretação do direito escrito

²⁸² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104-105.

²⁸³ ABBOUD, Georges. *Discrecionabilidade administrativa e judicial: O ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 292.

que estão fundadas em uma tradição histórica antiga, recorrendo às instituições jurídicas para solucionar seus casos.

Importa observar que o *common law*, desde sua formação na Inglaterra, diferenciava julgamento pautado em critérios jurídicos em oposição ao julgamento com base em discricionariedade. Neste último, denominado de *equity*²⁸⁴, não primava a obrigatoriedade de seguir o direito, de modo que sua característica essencial era admitir julgados fundados precipuamente na consciência do jurista. Apenas por intermédio do *Judicature Act*, de 1873, ocorreu a fusão da *common law* pautada em critérios jurídicos com a *equity*.

A doutrina dos precedentes judiciais, base do *common law*, alça as decisões judiciais como fonte imediata do direito, junto à equidade e legislação, vinculando, assim, as cortes, no julgamento dos casos análogos. O desenvolvimento obtido pela doutrina dos precedentes do *common law* no século XIX, na Inglaterra e nos Estados Unidos, é designado de *stare decisis*, que passou a distinguir com maior clareza entre *holding* e *dictum*, o que se fez possível a partir do momento em que passou a haver fonte confiável de reprodução das decisões judiciais²⁸⁵. A *holding* do precedente é sua fundamentação que irradia o efeito vinculante para todo o sistema, sendo que tal efeito não decorre da Constituição ou da lei, mas sim da tradição.

Assim, na tradição jurídica do *common law*, a jurisprudência é tipicamente uma das fontes do direito no sentido formal, ao lado do direito legislativo, constitucional e as regras do Executivo. Isso faz com que neste sistema o juiz não inicie a decisão do caso a partir e tão somente do texto legal. Ainda que a decisão judicial demande a aplicação da lei, o juiz busca aplicar o precedente ao caso. Isso ocorre em virtude da própria evolução histórica que faz com que o Judiciário no *common law* não decida o caso concreto a partir da interpretação da lei analisar a cadeia de precedentes já existente. Essa é forma de argumentar e decidir a questão jurídica em um sistema que historicamente privilegiou a fonte oriunda do próprio Judiciário, examinando desconfiança as fontes advindas de outros poderes.

²⁸⁴ A *equity* caracterizava-se por ser recurso voltado à autoridade real diante da injustiça de flagrantes casos concretos, que eram despachados pelo chanceler, encarregado de orientar e guiar o rei em sua decisão. (ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: O ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 285).

²⁸⁵ ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: O ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 297-299.

Como afirma Mauro Cappelletti, “o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito”²⁸⁶. A jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte, não obstante o impacto de uma Constituição dotada de supremacia formal e da crescente importância da legislação. As leis são plenamente integradas no direito apenas quando o seu alcance foi determinado por decisões judiciais.

Já no *civil law*, por possuir sua formação relacionada ao direito romano canônico, e ter o direito alemão medieval entre suas formas de criação, destaca-se o Poder Legislativo, alçando a lei a uma posição privilegiada perante as demais fontes do direito. Assim, o modelo baseado no direito legislado pressupõe normas gerais previamente editadas, em geral por um Parlamento, que servirão como base para a solução dos casos concretos. “É, pois, um sistema normativista, e não judicialista, herdeiro, ademais, de uma concepção estatal do Direito”²⁸⁷.

Deve ser reconhecido que no sistema da *civil law* a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros. A jurisprudência encontra seu limite direto na lei, na medida em que prevalece o direito escrito. As decisões judiciais devem, assim, ser fundamentadas em um texto legal, votado democraticamente. Conforme salienta Georges Abboud, “numa democracia, a aplicação da lei não pode ser uma questão de escolha e vontade”²⁸⁸.

Antecipando-se em relação a tema que será tratado mais adiante, deve ser notado que a aproximação entre os dois grandes sistemas é fato apontado pela maioria dos comparativistas²⁸⁹, podendo ser afirmado que a inevitável criatividade da função judiciária, bem como sua intensificação, aplicam-se a ambas as famílias jurídicas. Contudo, continua a subsistir uma diferença de grau no que concerne ao fenômeno da criação judiciária do direito. Essa diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil

²⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993, p. 123.

²⁸⁷ TAVARES, André Ramos. *As decisões vinculantes (precedentes) da justiça constitucional*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, jul. 2009, p. 2.

²⁸⁸ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: O ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 300.

²⁸⁹ Ver. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

a caracterização do que seria uma atuação fora dos limites do Poder Judiciário do que nos sistemas da família romano-germânica.²⁹⁰

No sentido de que existe no *common law* uma proximidade maior entre a atuação do juiz e do legislador no que tange à produção de normas jurídicas, destaca-se a lição de Hans Kelsen, no sentido de que a função criadora de Direitos dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, “surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes”²⁹¹.

Não obstante, não há que se equiparar plenamente a função exercida pelo Judiciário e Legislativo, no *common law*, já que a atividade jurisdicional, naquele sistema, é sempre direcionada à solução de um litígio, pelo que resta limitada a dimensão prescritiva e criativa da atividade desempenhada²⁹².

A exposição realizada permite compreender melhor a razão pela qual nos sistemas da *common law* não é atribuída, necessariamente, uma conotação negativa ao ativismo judicial. Na medida em que é franqueado ao Poder Judiciário uma atuação ativa no processo de geração do direito, é compreensível que seja elogiado o ativismo que proporciona a adaptação do direito diante de novas exigências sociais, políticas e morais²⁹³.

Ademais, cumpre desde já afastar a aplicabilidade da noção de ativismo judicial relacionada à superação de precedentes no contexto brasileiro, em situações em que as cortes não se restringem por precedentes. Ocorre que os precedentes vinculantes são criações recentes no sistema jurídico nacional, sendo que sua observância, aqui, é obrigatória, pois prevista em lei, pelo que se afasta da noção de ativismo exposta pelos autores supracitados.

Antes de prosseguir podem ser afastadas, também, considerações a respeito de ativismo judicial decorrentes da contraposição entre decisões fundamentadas de maneira maximalista ou minimamista (justificação de decisões

²⁹⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107.

²⁹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 279.

²⁹² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1109.

²⁹³ Elival da Silva Ramos afirma que a possibilidade de atuação mais alargada do Judiciário na elaboração do direito no *common law* faz com que nos Estados Unidos a discussão sobre o ativismo tenda a se deslocar do plano da consistência jurídica para o plano da legitimidade.

em formulações teóricas ambiciosas, extensas e profundas, além do necessário para fundamentar o resultado de suas decisões concretas), visto que no sistema brasileiro a vinculação da fundamentação da decisão é, ou muito pequena e rara, ou inexistente²⁹⁴.

2.4.5. Um breve histórico da autorrestrrição judicial norte-americana

Diversos pensadores do direito constitucional norte-americano têm elaborado propostas teóricas de autorrestrrição judicial que exercem grande influência em diversos outros países, especialmente nos países nos quais a expansão do controle de constitucionalidade se deu apenas mais recentemente. É o caso do Brasil.

A busca por um papel adequado à fiscalização de constitucionalidade já faz parte das lições de história e permanece até hoje, nessa dificuldade de conciliação entre a soberania popular e o constitucionalismo, que teria no Poder Judiciário uma de suas instituições garantidoras.

As propostas, com os mais diferentes fundamentos, procuram minimizar a participação das cortes nas decisões políticas e morais complexas ao combinar os elementos de autorrestrrição já apontados no presente trabalho. Contudo, serão expostas em seguida apenas algumas propostas, selecionadas por uma relação mais direta com o escopo do presente trabalho.

Considerando o debate norte-americano, Richard A. Posner²⁹⁵ aponta que a mais conhecida e bem desenvolvida versão da autorrestrrição judicial exercida por juízes que são altamente relutantes em declarar inconstitucionais atos legislativos e executivos em respeito aos ramos eleitos de governo possui um início claro no artigo

²⁹⁴ O Supremo chegou a manifestar apreço pela teoria da transcendência dos motivos determinantes na manifestação de alguns Ministros, mas atualmente, a posição pacífica da Corte é no sentido de que não pode ser acolhida. (Rcl 11477 AgR/CE, rel. Min. Marco Aurélio, 29.5.2012).

²⁹⁵ POSNER, Richard A. *The rise and fall of judicial self-restraint*. California Law Review, v. 100, n. 3, 2012, p. 521-522.

*The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*²⁹⁶, elaborado em 1893, de James Bradley Thayer.

Thayer não era inteiramente contra a revisão judicial da constitucionalidade das leis, mas a favor do exercício moderado desta atribuição. Na construção de um papel adequado para as cortes, o autor parte da excepcionalidade da revisão judicial, atividade que não encontrava paralelo em outras democracias consolidadas à época. A revisão judicial, ademais, deveria ser exercida num ambiente que leve em consideração o concerto constitucional entre os ramos de governo. Nesse ponto, a função acometida ao Judiciário seria unicamente a aplicação das normas, o que exclui sua atuação quando referida aos atos puramente políticos ou que denotem exercício de discricionariedade, de maneira a que as cortes não privassem os outros poderes de sua função apropriada. Para o autor, caberia à Suprema Corte fixar os limites externos da ação legislativa razoável, pois o mérito, a razão e a competência das decisões constitucionais são atribuídos ao Legislativo e ao Executivo²⁹⁷.

Por considerar que as normas constitucionais são vagas e abrem espaço para interpretações diversas, as complexas exigências de governo permitem diversas decisões, inconstitucionais para uns, mas constitucionais para outros. Thayer considerou existirem situações que demandam uma margem de escolha e julgamento, nas quais o tribunal deve resguardar-se em seu próprio critério de constitucionalidade e levar em conta a atuação permitida pela Constituição ao departamento encarregado de atuar quanto ao tema. A ausência de critérios para apreciação gera a presunção de que as decisões dos outros ramos são constitucionais²⁹⁸.

Essa pressuposição é fundamental para a proposta de Thayer, que Alexander Bickel batizou a de „regra do erro manifesto”²⁹⁹ (*rule of the clear mistake*), segundo a qual a incompatibilidade com a Constituição deve ser manifesta, e somente nestas situações de inequívoco erro é possível a anulação da lei. Apenas quando a corte depara-se com um erro claro (*a very clear one*), diante do qual não

²⁹⁶ THAYER, James B. *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*. Harvard Law Review, v. 7, n. 3, 1893, p. 129-156.

²⁹⁷ Idem, p. 138-149.

²⁹⁸ Idem, p. 146-150.

²⁹⁹ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 35-46.

se tenha escolha, salvo a declaração de sua inconstitucionalidade (*that is not open to rational choice*), é que lhe cabe interferir na atuação do departamento legislativo. A função da corte é decidir se a legislação é compatível com o texto ou não³⁰⁰.

O artigo examinava, ainda, relevante ponto, ao afirmar que se as cortes impusessem limitações constitucionais muito restritas, os legisladores deixariam de considerar suas opiniões pessoais a respeito da constitucionalidade das normas que pretendessem promulgar, dando mais valor a considerações pragmáticas a respeito do que as cortes iriam decidir no ponto, antecipando-se, assim, ao controle de constitucionalidade que provavelmente seria exercido. A adoção de tais práticas acarretaria, então, que questões de justiça e de direito fossem distanciados do espaço político-legislativo. Contudo, conforme ressalta Thayer, jamais “o poder das Cortes poderia ter sucesso em salvar um povo da destruição; proteção principal repousa em outro lugar”³⁰¹. O autor tinha uma boa opinião a respeito da deliberação legislativa. Considerava que as legislaturas norte-americanas faziam um bom trabalho e, além disso, deliberavam de maneira responsável a respeito da constitucionalidade da legislação proposta³⁰².

As noções presentes no trabalho de Thayer influenciaram sobremaneira a discussão acadêmica sobre a atuação da Suprema Corte, especialmente na intensa crítica acadêmica à Suprema Corte nas primeiras décadas do século XX, posteriormente conhecida como Era Lochner, caracterizada pela constante anulação de normas que promoviam reformas sociais e limitavam as práticas comerciais.

A autorrestrrição de Thayer não encontrou ressonância na atividade da Corte durante a Era Lochner, mas alguns importantes expoentes da defesa da limitação judicial, cujos trabalhos acadêmicos e votos dissidentes são constantemente mencionados nos trabalhos acerca do tema, atuaram no tribunal naquele período. Em comum, eram declaradamente influenciados por Thayer³⁰³.

³⁰⁰ “*In the class of cases which we have been considering, this ultimate question is not what is the true meaning of the constitution, but whether legislation is sustainable or not*”. (THAYER, James B. *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*. Harvard Law Review, v. 7, n. 3, 1893, p. 149-150).

³⁰¹ THAYER, James B. *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*. Harvard Law Review, v. 7, n. 3, 1893, p. 155-156.

³⁰² POSNER, Richard A. *The rise and fall of judicial self-restraint*. California Law Review, v. 100, n. 3, 2012, p. 525.

³⁰³ MENDELSON, Wallace. *The influence of James B. Thayer upon the work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter*. Vanderbilt Law Review, n. 31, 1978.

O mais ilustre e imediato sucessor de James Bradley Thayer foi Oliver Wendell Holmes Jr., nomeado para a Suprema Corte em 1902. Holmes reconheceu que sua concepção de autorrestricção judicial é derivada da de Thayer, mas deve ser constatado que o autor partia de premissas um pouco distintas, por não acreditar que os legisladores tinham potencial para deliberarem de maneira responsável sobre a constitucionalidade da legislação que propunham³⁰⁴. Os legisladores não atuavam baseados em razões.³⁰⁵

A impressão de Holmes como um dos baluartes da autorestricção judicial na Suprema Corte consolidou-se na controversa decisão *Lochner v. New York*, de 1905, na qual foi considerada inconstitucional norma que limitava a carga de trabalho dos padeiros. No que é apontado como um dos mais celebrados e importantes votos dissidentes da história da Suprema Corte³⁰⁶, Holmes argumentou que o caso estaria sendo decidido com base numa teoria econômica não compartilhada por grande parte do país, e mesmo que concordasse com ela, não seria sua função impô-la sobre a vontade do legislador. Além disso, a decisão naquele caso era contrária a outros julgamentos do próprio tribunal, o que reforçaria a crítica já recorrente de incoerência na atuação da Corte.

Holmes destacou que “uma Constituição não é ambicionada a incorporar uma teoria econômica em particular”, “é feita para pessoas com pontos de vista fundamentalmente divergentes”. Era, assim, deslegitimada a Suprema Corte, ao passo que eram legitimadas as maiorias políticas de cada tempo. Afirma, então que o fato de os membros da Suprema corte considerarem certos pontos de vista naturais e familiares ou inovadores, ou mesmo chocantes, não deve gerar conclusões a respeito da constitucionalidade das normas questionadas. Condenou, ainda, o maximalismo manifestado na profunda teorização da XIV Emenda e da

³⁰⁴ POSNER, Richard A. *The rise and fall of judicial self-restraint*. California Law Review, v. 100, n. 3, 2012, p. 526.

³⁰⁵ Posner destaca a pronunciada influencia darwinista na concepção de Holmes, que considerava que a legislação apenas revelaria o equilíbrio existente entre os poderes políticos na sociedade. Que a disputa política era mais próxima à seleção natural. Que o processo político democrático era o método civilizado para registrar a disputa de poder entre as forças competindo na sociedade. (POSNER, Richard A. *The rise and fall of judicial self-restraint*. California Law Review, v. 100, n. 3, 2012, p. 527).

³⁰⁶ SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 196.

cláusula do devido processo legal, por entender que “proposições gerais não decidem casos concretos”³⁰⁷.

O jurista partia da noção thayeriana, mas avançou em outro argumento para a autorrestrrição judicial: o „teste do homem razoável”, segundo o qual a presunção da validade da norma não poderia ser afastada, a menos que se possa dizer que um homem racional e justo necessariamente admitiria que o estatuto proposto violaria os princípios fundamentais que tenham sido entendidos pelas tradições do povo e da lei³⁰⁸.

Ingressando na Suprema Corte em 1916, Louis Brandeis, que havia sido aluno de Thayer, aderiu à presunção de constitucionalidade das normas ao lado de Holmes. Após ambos deixarem a corte, foi Felix Frankfurter, quem, a partir de 1939, após o *Court Packing*, destacou-se como um dos mais notórios expoentes da autorestrrição judicial³⁰⁹ na história da Suprema Corte, a partir de uma concepção do papel da revisão judicial respaldado no trabalho de Thayer, a quem denominava de „grande mestre do Direito Constitucional”³¹⁰.

O jurista comungava do respeito de Thayer pela figura do legislador, cuja atividade entendia que deveria ser mantida pelo Tribunal, e seguiu à risca a noção

³⁰⁷ No original, e integral: “*But a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire. It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States. General propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise. But I think that the proposition just stated, if it is accepted, will carry us far toward the end. Every opinion tends to become a law. I think that the word liberty in the Fourteenth Amendment is perverted when it is held to prevent the natural outcome of a dominant opinion, unless it can be said that a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law. It does not need research to show that no such sweeping condemnation can be passed upon the statute before us. A reasonable man might think it a proper measure on the score of health. Men whom I certainly could not pronounce unreasonable would uphold it as a first instalment of a general regulation of the hours of work. Whether in the latter aspect it would be open to the charge of inequality I think it unnecessary to discuss.*” (198 U.S. 45 (1905)).

³⁰⁸ Interessa notar que Oliver Holmes parecia mais inclinado a rever suas posições quanto à autorrestrrição diante de casos em que eram debatidos direitos como a liberdade de expressão e habeas corpus. (POSNER, Richard A. *The rise and fall of judicial self-restraint*. California Law Review, v. 100, n. 3, 2012, p. 526-527).

³⁰⁹ Pesquisa empírica realizada por Frank Cross e Stefanie Lindquist, no qual foram analisados o comportamento decisório dos juízes da Suprema Corte entre 1953 e 2005, Frankfurter é considerado um dos juízes menos ativistas. (CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. *Measuring judicial activism*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 29).

³¹⁰ MENDELSON, Wallace. *The influence of James B. Thayer upon the work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter*. Vanderbilt Law Review, n. 31, 1978, p. 74.

segundo o qual somente deveria haver intervenção quando a inconstitucionalidade fosse evidente, adicionando um novo elemento limitador da fiscalização judicial: a busca de precedentes que apresentem semelhança com a legislação submetida a julgamento. Se existentes precedentes favoráveis à constitucionalidade, essa dubiedade beneficiaria a manutenção da norma.

Grande admirador de Frankfurter, Alexander Bickel defendeu em sua obra *The least dangerous branch*³¹¹, de 1962, a estratégia adjudicatória por meio da qual a Suprema Corte, diante de caso envolvendo a aplicação de princípio constitucional ainda não „maduro“ no seio da sociedade e entre os poderes políticos, deve não ceder o caso para adiar a solução da questão moral ou política de fundo até que o princípio adquira sentido majoritariamente aceito. Em tais situações, a Suprema Corte deve agir com prudência política, recursando-se a decidir no primeiro momento para minimizar conflitos com as outras instituições de governo e permitir uma discussão mais ampla entre os poderes políticos, o público e as cortes. Para cumprir tal estratégia, a Corte deveria lançar mão das chamadas „virtudes passivas“, técnicas doutrinárias que a permitem postergar a apreciação do mérito de questões problemáticas até que estejam presentes condições mais adequadas à sua resolução³¹²³¹³.

Bickel é consciente de que a *judicial review* é uma força contramajoritária e conseqüentemente, uma instituição desviante na democracia americana. Compreende que esse controle é exercido não em nome da maioria dominante, mas sim contra esta, o que atribui à pequena minoria um poder de veto sobre a maioria³¹⁴. Considera que no exercício da revisão judicial, a responsabilidade especial das cortes é agir como porta-vozes (*pronouncers*) e guardiões dos valores estáveis (*enduring values*) da sociedade. O autor encontra na distinção entre interesses imediatos e estáveis a justificativa para a fiscalização de constitucionalidade. Se o autogoverno tem por finalidade atingir o bem comum, não há contradição com a idéia de que a boa sociedade não se satisfará apenas com o

³¹¹ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

³¹² Idem, p. 111-244.

³¹³ As virtudes passivas possibilitam ainda que a corte explore o „maravilhoso mistério do tempo“, em suas diversas implicações. (BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 26).

³¹⁴ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p. 16-18.

atendimento das necessidades imediatas, mas se esforçará para apoiar e manter os valores gerais duradouros³¹⁵.

Observa-se, na mencionada obra, um esforço para compreensão do novo papel a ser desempenhado pelos tribunais. O autor era consciente de que a Suprema Corte atuava – e defendia que deveria fazê-lo - em muitos aspectos da vida pública americana, mas entendia que esta deveria limitar sua atividade, pois seria intolerável para o tribunal governar todos os temas que lhe são dirigidos, sob pena de transformar os EUA num reino platônico contrário à moralidade do autogoverno.

Embora aprovasse grande parte do pensamento de Thayer³¹⁶, a abordagem dos autores apresenta relevantes diferenças. Enquanto Bickel estabeleceu limites procedimentais relacionados ao tempo do exercício da revisão judicial, Thayer impôs limites substantivos decorrentes da presunção de constitucionalidade das leis. Além disso, para Bickel o fundamento da autorrestricção era estritamente prudencial³¹⁷, pois a corte deveria agir com cautela a fim de que suas decisões prevalescessem sobre a dos outros poderes, o que coloca seu pensamento a respeito da relação entre os poderes em contraposição ao de Thayer, esse sim baseado em uma deferência epistêmica e fundada em valores democráticos. Por fim, importa destacar que, se de um lado Bickel considerava que a corte era mais adequada que o legislador para decidir sobre princípios da ordem constitucional, devendo fazê-lo quando tal princípio estivesse „maduro“, de sua parte Thayer vislumbrava um papel de interpretação constitucional mais secundário às cortes.

Richard A. Posner considera que com a morte de Alexander Bickel, em 1974, chega ao fim a principal corrente surgida com base nas lições de Bradley Thayer³¹⁸. Assim, embora o termo autorrestricção judicial continue a ser empregado de forma imprecisa, seu sentido original, tal qual formulado por Thayer, baseado no respeito aos poderes eleitos, foi praticamente perdido³¹⁹.

³¹⁵ Idem, p. 27.

³¹⁶ Idem, p. 35-46.

³¹⁷ Similar à dos Federalistas.

³¹⁸ Embora, conforme já demonstrado, os autores que admiravam e partiam das noções de Thayer nem sempre compartilhavam suas premissas.

³¹⁹ POSNER, Richard A. *The rise and fall of judicial self-restraint*. California Law Review, v. 100, n. 3, 2012, p. 533.

O desaparecimento da autorrestrrição judicial baseado no respeito aos poderes eleitos se relaciona, para Posner, ao surgimento, no mundo acadêmico, de teorias constitucionais modernas, estimuladas por decisões ativistas liberais e conservadoras a partir da Corte de Warren, que foram desenvolvidas para orientar os juízes, especialmente os da Suprema Corte, a decidir casos de maneira correta, ao invés de decidir casos de maneira prudente ou sensível³²⁰. É atingido o ponto mais vulnerável da teoria de Thayer: afirmar que os juízes deveriam manter válidas normas nos casos em que eles as consideravam inconstitucionais.

As pretensões de tais teorias constitucionais podem ser ilustradas pela insistência de Ronald Dworkin na afirmação de que até os casos mais difíceis baseados em previsões mais indeterminadas podem ser decididos de maneira correta. A questão é que, sendo possível demonstrar a existência de uma resposta correta até para o caso constitucional mais difícil, passa a ser natural pensar que essa é a resposta que o juiz deve dar, de maneira que qualquer outra resposta seria juridicamente inadequada.

Importa observar que, mesmo quando uma teoria constitucional que pretende obter respostas corretas não as encontra, e reconhece, então, a ausência de uma resposta clara para o caso, pelo que opta por agir com deferência às escolhas realizadas pelos poderes eleitos, tal situação se distingue da teoria de autorrestrrição desenvolvida por Thayer. O autor não queria que os juízes atuassem com deferência apenas quando não sabiam como decidir, mas sim que, mesmo nos casos em que fosse possível encontrar uma resposta que pessoalmente se considerasse correta, não se julgasse inconstitucional uma norma contrária a essa posição pessoal, a menos que não houvesse dúvidas acerca dessa inconstitucionalidade.

Carl Sunstein insere sua proposta teórica, o minimalismo judicial, num conjunto de teorias sobre a interpretação constitucional - não relacionadas diretamente com a formulação original da autorrestrrição judicial. O autor afirma não interceder, contudo, por uma única perspectiva interpretativa, mas que a seleção desta depende da norma constitucional e do contexto em que será aplicada. Entende que nenhuma concepção decisória pode ser defendida sob o argumento de que pode melhorar a ordem constitucional. Combate, assim, as chamadas

³²⁰ Idem, p. 535.

concepções perfeccionistas sob as quais as decisões judiciais almejam alcançar uma solução adequada da questão constitucional a ser observada nas decisões futuras acerca do tema³²¹.

Seu principal alvo é a concepção de Ronald Dworkin, exemplo da defesa de „decisões teoricamente ambiciosas“. Para Sunstein, o problema de decisões amparadas em abordagens perfeccionistas de primeira ordem é que elas tirariam a oportunidade de que as maiorias deliberem sobre esses temas e alcancem consenso. Assim, o autor defende o chamado perfeccionismo de segunda ordem, que reconhece, como um componente institucional necessário, a falibilidade e os limites daqueles que interpretam a constituição³²².

Mostrando-se preocupado com o espaço de deliberação democrática e com a falibilidade judicial, Cass Sunstein defende modelo de modéstia judicial por meio do qual os juízes devem utilizar estratégias minimalistas de adjudicação quando diante de questões morais complexas. Seguindo tais estratégias, os juízes devem optar por tomar decisões „estreitas“ em vez de amplas, isto é, evitar dizer mais que o necessário para justificar o resultado do caso, e optar por decisões „superficiais“ em vez de profundas, ou seja, deixar o máximo possível de questões teóricas ou filosóficas mais fundamentais sem decisão³²³.

A abordagem de Sunstein se aproxima da de Bickel no propósito de fomentar a deliberação democrática sobre questões morais e políticas controvertidas, mas o primeiro parte de pressupostos ligados à democracia deliberativa, direcionando suas preocupações ao Poder Legislativo, e não ao Judiciário, como o fez Bickel, que entendia serem as cortes dotados de uma compreensão superior aos demais ramos de governo sobre os princípios políticos fundamentais³²⁴.

Sunstein entende ser a representação política o único meio para a deliberação verdadeira numa democracia, e considera que o processo decisório

³²¹ SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 5-15.

³²² SUNSTEIN, Cass. *Second-order perfectionism*. *Fordham Law Review*, v.75, n. 6, 2007, p. 2880.

³²³ Estreiteza e superficialidade são observadas em diferentes gradações. São, ainda, conceitualmente independentes, pois uma decisão pode ser ampla e superficial ao mesmo tempo; ou estreita e profunda.

³²⁴ SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 127.

deve envolver pessoas que possam dialogar, abrindo-se aos argumentos opostos, de modo que as decisões sejam tomadas em benefício da coletividade. O sistema representativo seria dotado de mecanismos aptos a aperfeiçoar e ampliar a vontade popular, liberando-a de seus aspectos desinformados ou mal intencionados.

O autor sustenta que o controle de constitucionalidade fortaleceria a democracia, pois sua finalidade é proteger as opiniões mais estimadas pelo povo, como se representam na constituição, contra eventuais manifestações imponderadas e imediatistas, inclusive dos próprios representantes.

A aplicação de estratégias minimalistas seria, então, um instrumento de promoção da democracia, ao incentivar o debate público, podendo impulsionar o oferecimento das razões e garantir que as decisões importantes serão tomadas por atores democraticamente responsáveis. Reconhece-se o „uso construtivo do silêncio“, ao evitar-se decidir questões de incerteza moral e política para fomentar a deliberação democrática acerca da questão, deixando para outros poderes a tarefa de tomar essa decisão, bem como para reduzir o ônus da decisão judicial, tornando os erros judiciais menos frequentes e menos prejudiciais.

Em sua construção teórica, o autor salienta que, embora os desacordos tornem difícil a busca de um fundamento teórico para uma decisão, é possível obter um acordo sobre as decisões particulares, ainda que haja discordância sobre as teorias que as justificam. Assim, decisões minimalistas caracterizadas por expressarem „acordos incompletamente teorizados“ possam fazer com que possa ser atingido um consenso acerca do resultado sem prejuízo de continuarem a discutir as teorias mais abstratas a respeito do que divergem, o que seria improvável em decisões fundamentadas de forma mais „ambiciosa“. ³²⁵

Sunstein baseia-se na idéia de que as maiorias são mais capazes de oferecer respostas adequadas a questões mais controversas, em acordo com o „Teorema do Juri de Condorcet“, cuja aplicabilidade no Direito Constitucional fortalece-se com a noção de que, quando se está diante de uma questão moral e política, cabe à maioria solucioná-la ^{326 327}.

³²⁵ SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 40-53.

³²⁶ SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 7-9.

3. A AUTORRESTRIÇÃO JUDICIAL FUNDADA NA SEPARAÇÃO DOS PODERES EM SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS E PLURAIS

A exposição realizada nos tópicos anteriores deixa clara a dificuldade em encontrar precisão no uso das expressões „ativismo judicial” e „autorrestrrição judicial”, que fazem referência a um debate multifacetado e com critérios de avaliação controversos. A utilização intuitiva dos termos, desconectada de uma avaliação mais criteriosa, dificulta não apenas seu uso prático, mas também a realização uma discussão acadêmica útil. O ativismo judicial não deve ser utilizado politicamente para atacar decisões da Corte das quais se discorda. Entender que o ativismo, assim como a beleza, estaria nos olhos de quem vê tornaria essa categoria imprestável para a avaliar o comportamento judicial³²⁸. Ocorre que, de fato, não há uma única definição, clara e precisa, acerca do que é ativismo judicial, mas inúmeras definições utilizadas de acordo com a posição de cada autor.

A imprecisão apontada torna necessário que cada autor delimite qual é o conceito de ativismo judicial por ele adotado, para que haja uma compreensão do que pretende expor. Chega, então, o momento, então, de optar por uma delimitação mais específica do principal objeto deste trabalho, pois a possibilidade de se eleger ou refinar metodologicamente os critérios de análise da atuação judicial traz a vantagem de albergar outros aspectos acerca do processo decisório e suas conseqüências³²⁹.

³²⁷ Importa observar que o minimalismo judicial não prescinde de alguns compromissos substantivos, relativos ao conjunto de ideais intrínsecos à moralidade interna da democracia, composta pelas noções de igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política. Tais compromissos estão relacionados ao núcleo das relações políticas e são essenciais para a manutenção do projeto democrático-deliberativo proposto pelo autor. Fala-se em um núcleo composto por dez compromissos normativos: (1) proteção contra prisão injusta (devido processo legal); (2) garantia do dissenso político; (3) voto; (4) liberdade religiosa; (5) proteção da propriedade; (6) proteção da pessoa e da propriedade contra o abuso policial; (7) garantias quanto aos pressupostos da rule of law – princípios da anterioridade e irretroatividade das normas, princípio da legalidade e garantias processuais como contraditório, ampla defesa e duplo grau de jurisdição; (8) proibição da tortura; (9) proteção contra qualquer tipo de “subordinação” em decorrência da raça ou sexo, nela incluída a escravidão; (10) proteção do corpo humano contra interferências das agências de governo.

³²⁸ No sentido combatido: ROBERTS, Caprice L. *In search of judicial activism: dangers in quantifying the qualitative*. Tennessee Law Review, v. 74, p. 1-45, 2007. Disponível em: <papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm?abstractid=1003542>. Acesso em: 30 set. 2016.

³²⁹ KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*. In: *California Law Review*, Inc. October, 2004, p. 1444.

Considerando o exposto a respeito da cláusula da separação dos poderes, especialmente considerando sua aplicação em uma sociedade democrática e plural, parece haver um espaço de discricionariedade judicial, no exercício da jurisdição constitucional, dentro do qual é possível estabelecer um limite entre posturas ativistas e autorrestritivas, a ser avaliado sopesando as legitimidades jurisdicionais (relativa à justiça constitucional) e democráticas envolvidas.

Deve ser esclarecido desde já que a postura de autorrestrição que será desenvolvida incide principalmente no exercício de jurisdição realizado sobre a legislação. A questão a ser abordada diz respeito à legislação primária promulgada pelo parlamento eleito de um Estado politicamente organizado com uma sociedade democrática e plural. Alguns argumentos se aplicam também à ação tomada pelo Poder Executivo, afinal de contas, esse também possui algumas credenciais políticas próprias com as quais pode se opor à tomada de decisão dos juízes, mas sendo certo que sua atuação só pode ocorrer na medida a dar cumprimento aos comandos normativos constitucionais e legais, é certo que sua atuação deve sofrer maior controle judicial.

Pretende-se, assim, que a análise desenvolvida influencie a postura do Poder Judiciário especialmente em matéria de controle de constitucionalidade em razão da maior tensão existente entre atuação jurisdicional e os poderes políticos quando o primeiro anula a norma editada pelo segundo, mas também na aplicação direta de normas constitucionais aos casos concretos, pois muitas vezes a decisão fundamentada na Constituição vai ignorar medidas tomadas, ou não, pelos poderes eleitos dentro do espaço de conformação admitido pelo regramento constitucional.

A cláusula da separação de poderes em uma sociedade plural será empregada como argumento em favor de uma postura autorrestritiva em determinadas situações, tem-se que é mais oportuno desenvolver o tema a partir de um refinamento da autorrestrição judicial que se fundamente em tais argumentos. A partir de tal definição será possível realizar uma contraposição entre ativismo/autorrestrição de maneira mais útil e precisa, pois, se terá em mente, desde o início, o parâmetro específico com que se estará trabalhando.

Não se admitide argumentos de prudência em favor da autorrestrição judicial, seja a prudência política, pois o medo de sofrer retaliações não pode impedir que seja exercida plenamente sua função jurisdicional, constitucionalmente

atribuída, ou seja a prudência funcional, no caso do Poder Judiciário brasileiro, pois não lhe é dada a possibilidade de controlar sua agenda decisória de acordo com sua conveniência, pelo que não pode deixar de julgar uma causa com o medo de uma avalanche de processos. Aqui a cláusula da separação dos poderes deve ser entendida como uma legitimadora e garante do Poder Judiciário no exercício de suas funções, pelo que não se coaduna com noções de prudência.

A compreensão do ativismo e da autorrestrição no esquema estrutural da separação dos poderes em uma democracia plural implica em fundamentar a autorrestrição na necessidade de deferência do Poder Judiciário em favor dos poderes democraticamente eleitos, em tratamento que se adequa à filosofia política do constitucionalismo democrático e que compreende e aceita a discordância que envolvam desacordo moral, social e político.

Não se desconhece os problemas de representatividade existentes na democracia. De fato, há muitas décadas, é recorrente o discurso acerca da crise dos parlamentos e das dificuldades de representação política nas nações democráticas. Disfuncionalidade, corrupção, captura por interesses privados são temas globalmente associados à atividade política. Não obstante, em qualquer Estado democrático, a política é gênero de primeira qualidade e assim, deve ser mantida. Parte-se, portanto, assim como Bradley, de uma alta estima aos poderes democraticamente eleitos, não por achar que eles fazem um bom trabalho, mas por considerá-los mais adequados à tarefa de elaborar normas aptas a regular a complexa vida societal.

A alta estima aos poderes democráticos parte, da verificação da existência de duas premissas trabalhadas por Jeremy Waldron, em sua crítica à *judicial review*³³⁰.

Pressupõe-se, assim, que as instituições democráticas estão funcionando razoavelmente bem, ante a constatação de que a sociedade levada em conta é democrática e que, apesar das dificuldades enfrentadas, chegou a uma situação em que suas leis são criadas e suas políticas públicas são estabelecidas pelo povo ou seus representantes, que atuam em instituições que compõem um sistema político

³³⁰ WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review*. In. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 105-113.

amplamente democrático com voto universal e eleições que acontecem em uma base imparcial e regular. E pressupõe-se, ainda, existir um comprometimento forte, da parte da maioria dos membros da sociedade, com a ideia de direitos individuais e minorias. Embora tais membros acreditem na busca do bem comum de acordo com alguma concepção utilitarista ampla e no governo da maioria como um princípio geral básico para a política, eles aceitam que indivíduos têm certos interesses e direito a certas liberdades que não deveriam ser-lhes negadas simplesmente porque isso seria mais conveniente para a maioria.

Essa deferência justifica-se por razões de autoridade jurídico-constitucional, na forma das cláusulas da separação dos poderes e na consagração do regime democrático, mas também por razões de autoridade epistêmica, por considerar que as capacidades institucionais dos poderes eleitos são mais adequadas a resolver discordâncias que envolvam desacordo moral, social e político, adotando, assim, a premissa de que as deliberações democráticas tendem a gerar melhores soluções coletivas do que aquelas tomadas por agentes isolados.

Na verdade, os argumentos de autoridade jurídico-constitucional e os de autoridade epistêmica trabalham juntos, pois apenas a separação dos poderes não poderia fundamentar uma autorrestrição judicial diante da evolução do constitucionalismo, especialmente na necessária atribuição de força normativa à constituição em países que preveem a jurisdição constitucional. Apenas com o acréscimo da democracia, que se fundamenta na crença de ser a decisão majoritária do povo a forma adequada de tomada de decisões que vinculam a coletividade, é que a separação dos poderes passa a constituir um argumento favorável à autorrestrição, tanto pela autoridade jurídico-constitucional dos poderes eleitos, quanto pela autoridade epistêmica dos procedimentos decisórios democráticos em uma sociedade plural³³¹.

A teoria defendida por Bradley propugna uma primazia absoluta do texto normativo sobre a atividade do intérprete-aplicador, redizida à mera constatação e

³³¹ “ (...) o magistrado seria impelido a decidir em prol da lei, sob a justificativa de que, nada obstante as preferências do próprio magistrado ou a relevância dos pontos levantados pela parte contrária, o resultado encerrado na lei é lógico e coerente, de acordo com as premissas que o fundamentam, e, mais importante, passou por um procedimento democrático, em que, inclusive os que lhe eram contrários, tiveram a oportunidade de expor suas dissensões”. (TAVARES, André Ramos; BUCK, Pedro. *Direitos fundamentais e democracia: complementaridade/contrariedade*. In. CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (org.). *Direitos humanos e democracia*. São Paulo: Forense, 2007, p. 178).

aplicação mecânica dos enunciados normativos. Não seria conferida qualquer criação ao Judiciário. Não é isso que se pretende.

Considera-se que a discricionariedade é área na qual a autorrestricção vai ocorrer, ante a constatação de que deferência envolve um tomador de decisões seguir uma determinação feita por outro indivíduo ou instituição, sendo essa determinação diferente da que chegaria sozinho. Discricionariedade, entendida como essa como a possibilidade de interpretar de diferentes formas o texto constitucional, sendo todas elas racionais e razoáveis, mas que, por tratar-se de situação na qual é exercida jurisdição constitucional, devem influir as razões já apontadas a favor da autorrestricção judicial, pelo que deve o julgador agir com deferência.

Assim, os argumentos que fundamentam a „autorrestricção judicial fundada na separação dos poderes em sociedades democráticas e plurais” estabelecem a linha da que demarca que a decisão tomada é legítima. Ativismo judicial significa o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo ordenamento, considerada a determinação constitucional de observância à separação dos poderes, pluralismo político e democracia, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também das funções administrativas e de governo nas quais esteja presente uma liberdade de conformação informada pela vontade popular.

Por ser considerado que o ativismo/autorrestricção são posturas possíveis dentro do espaço de discricionariedade, deve ficar claro que uma decisão fora dos parâmetros normativos fixados pela Constituição não se pode sequer ser considerada uma decisão ativista. Trata-se de uma decisão violadora da Constituição.

Conforme observa Carlos Alexandre de Azevedo Campos³³², a doutrina geralmente relaciona ativismo judicial e legitimidade de três formas distintas: (a) considerando o ativismo judicial como exercício ilegítimo do poder judicial; (b) considerando o ativismo judicial como exercício legítimo do poder judicial; (c) considerando que a relação entre ativismo judicial e legitimidade é contingente.

³³² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 158-159.

O autor elenca como paradigma da primeira forma Robert Bork, que considera que juízes ativistas são sempre ilegítimos por eliminarem o direito fundamental democrático do autogoverno do povo ao decidirem casos sem fundamento na lei que pretendem aplicar. O outro extremo, segunda forma, é exemplificado por Aharon Barak, que afirma a legitimidade de todas as decisões ativistas, por considerar que decisões pautadas exclusivamente em preferências pessoais do julgador não podem ser consideradas ativistas, por extrapolarem as fronteiras da licitudes, de maneira que ativismo e autorrestrrição são apenas diferentes graus que operam sempre dentro dos limites da legitimidade judicial.

Campos rejeita as duas primeiras formas de relacionamento entre ativismo e legitimidade, por considerar, de acordo com sua perspectiva conceitual acerca do ativismo, não há como afirmar aprioristicamente que uma decisão judicial ativista é 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 impostos pela respectiva constituição de regência e pelas diferentes variáveis políticas e sociológicas presentes. Assim, “o ativismo judicial pode ser bom ou ruim, legítimo ou ilegítimo, e isso é contingente”³³³.

Não há como discordar de Campos quanto à contingencia da legitimidade da atuação judicial se considerado o conceito de ativismo judicial utilizado pelo autor. Contudo, há que se discordar da afirmativa no sentido de não ser possível a utilização do termo ativismo judicial como sinônimo de legitimidade ou ilegitimidade. Ocorre que os autores que consideram a atuação ativista como algo sempre legítimo ou ilegítimo partem de outra conceituação de ativismo judicial, na qual o ativismo é utilizado como um adjetivo que identifica se uma postura judicial específica se encontra dentro ou fora de determinado parâmetro de legitimidade, ao invés de uma conceituação tão ampla quanto a utilizada por Campos, em que é possível encontrar dimensões ativistas e autorrestritivas em uma mesma decisão.

Mas a crítica de Carlos Alexandre de Azevedo Campos não é tão superficial quanto pode ter parecido no parágrafo anterior. O que fundamenta a posição do autor é considerar que “pensar de modo diverso daria razão àqueles que afirmam a absoluta inutilidade do termo: bastaria então substituí-lo por ilegitimidade”. De fato, considerar a relação entre ativismo e legitimidade como necessária ou

³³³ Idem, p. 159.

excludente gera uma situação em que ativismo e legitimidade/ilegitimidade são quase sinônimos. Contudo, acredita-se que a caracterização de uma decisão ilegítima ou legítima como ativista é útil e bem vinda por possibilitar uma melhor delimitação do aspecto envolvido na análise da legitimidade desta decisão.

A decisão que não observa os parâmetros de „autorrestrição judicial fundada na separação dos poderes em democracias pluralistas“, deve ser considerada ilegítima, por ser ativista, mas fica claro, com a utilização do termo, que se trata de uma ilegitimidade com fundamentos bem definidos.

Por fim, cumpre ressaltar que uma definição adequada de ativismo judicial deve ter sempre em conta a ideia de que o que era ativismo judicial no passado, hoje pode ser um exercício ordinário da atividade judicial³³⁴. A avaliação não pode ocorrer a partir de parâmetros estáticos. Assim, a identificação e avaliação do ativismo judicial não podem ser desvinculados das estruturas constitucionais que, em lugares e em épocas distintas, disciplinam a dinâmica e o funcionamento dos poderes e as relações entre indivíduos e Estado, tampouco das particulares estruturas políticas, culturais e institucionais locais.

³³⁴ Idem, p. 161-162.

4. A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Importante distinção que deve ser feita na delimitação do objeto deste trabalho é a diferenciação entre uma simples expansão na atuação do Poder Judiciário brasileiro e a prática de ativismo judicial, nos moldes descritos anteriormente, pelo mesmo.

Luís Roberto Barroso contribui na análise do tema ao tratar do que designa de “Judicialização da Vida”³³⁵. Para o autor, judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. A judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro³³⁶.

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização. Com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado. Uma geração de novos Ministros do Supremo Tribunal Federal já não deve seu título de investidura ao regime militar. O ambiente democrático reavivou a cidadania. A redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. O autor destaca que essa é uma tendência mundial potencializada pela Constituição de 1988, que é considerada analítica, ambiciosa, e desconfiada do legislador.

³³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado, n. 13, 2009, p. 73

³³⁶ Idem, p. 74-75

A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, por combinar aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu.

Barroso traz, no ponto, uma extensa lista de matérias relevantes a respeito do qual o Supremo Tribunal se manifestou. No entanto, assinala que em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados, não se podendo imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. Conclui, então, que “a judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente”³³⁷. Assim, no texto analisado, verifica-se que ao se referir à judicialização, o foco de Barroso na delimitação do conceito é, além da grande repercussão política e social de tais decisões, a ausência de vontade, por parte do Poder Judiciário, em expandir os limites de sua atividade³³⁸.

Daniel Sarmiento realiza, contudo, uma análise mais crítica de tal processo, em análise mais voltada às características da Constituição de 1988. Para o autor, a constitucionalização do ordenamento jurídico é algo profundamente novo, pois pela primeira vez na história do Brasil os mais relevantes conflitos políticos e sociais estão sendo equacionados a partir da Constituição. Mas não só isso, além

³³⁷ “A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado, n. 13, 2009, p. 76-77).

³³⁸ Deve ser destacado, contudo, que a posição do autor, nos moldes descritos, é a encontrada no artigo denominado *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, pois no artigo *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, Barroso passa a definir e caracterizar a “judicialização” de maneira muito mais próxima à que será desenvolvida no próximo capítulo, na qual verifica-se uma expansão também qualitativa das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, conforme será abordado oportunamente. (BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 21, 2011).

das grandes questões, também os pequenos conflitos têm sido equacionados de tal maneira.³³⁹

Ao lado das premissas relacionadas à revitalização das considerações morais aos textos constitucionais do segundo pós-guerra, e à incorporação e fortalecimento de mecanismos de jurisdição constitucional garantidores da supremacia da Constituição, um outro fenômeno seria importante no panorama da „constitucionalização do Direito“, qual seja, a expansão das tarefas da Constituição. Para o autor, até meados do século XX, as constituições tratavam apenas da estrutura básica do Estado, quando muito incorporando um elenco de direitos individuais do cidadão, concebidos exclusivamente como direitos de defesa em face dos governantes. Contudo, a partir das Constituições do México de 1917, e de Weimar de 1919, esse modelo se altera, pois passam a ser agregados ao texto constitucional vários outros assuntos, dentre os quais assumem especial relevo os direitos sociais e econômicos, que demandam prestações positivas do Estado. Conforme explica Sarmento, “Se até então prevalecia a idéia de que, para não desrespeitar estes direitos, bastava que os poderes públicos se abstivessem de atentar contra eles, doravante será reconhecido que o Estado tem também deveres positivos nesta esfera”³⁴⁰.

O processo de constitucionalização do direito, afirma Sarmento, envolve duas facetas distintas: (i) a Constituição passa a tratar, em maior ou menor detalhe, de temas que antes eram disciplinados pelo legislador, retirando uma série de decisões do alcance das maiorias legislativas de cada momento; e (ii) os princípios e valores da Constituição penetram em todo o ordenamento jurídico, impondo uma “filtragem” constitucional do ordenamento, vale dizer, a releitura dos conceitos e institutos dos mais diversos ramos do Direito à luz da Constituição.³⁴¹

Em análise semelhante à que pode ser encontrada nas três grandes causas da judicialização que são descritas por Barroso, a redemocratização brasileira, coroada pela Constituição de 1988, é apontada por Sarmento como ponto inicial de uma modificação na cultura jurídica nacional que têm como causas as características do mencionado diploma constitucional. Conforme salienta, o lado

³³⁹ SARMENTO, Daniel . *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. RDE. Revista de Direito do Estado , v. 2, 2006, p. 83-84.

³⁴⁰ Idem, p. 86-89.

³⁴¹ Idem, p. 92.

mais virtuoso da Constituição revela um profundo compromisso com os direitos humanos, em plena sintonia com os tratados e declarações internacionais existentes nesta área, contendo o que talvez seja o mais amplo elenco de direitos fundamentais do constitucionalismo mundial. Além disso, o constituinte não quis fazer dos direitos meras proclamações retóricas despidas de significado prático, pelo que preocupou-se com a efetivação dos direitos fundamentais, afirmando por isso a sua aplicabilidade imediata³⁴². Reforçou, nesse sentido, os mecanismos de tutela de direitos, instituindo novos remédios constitucionais e ampliando os já existentes, além de ter fortalecido institucionalmente o Poder Judiciário, e reforçado o sistema brasileiro de jurisdição constitucional.³⁴³

A Constituição de 1988 marca o início de um processo de crescimento institucional do Poder Judiciário, e especialmente do Supremo, na guarda da Constituição, podendo ser afirmado que essa atuação era anteriormente marcada, no Brasil, por uma debilidade institucional histórica. Conforme parcialmente demonstrado quando exposto o histórico nacional da separação dos poderes, do Poder Judiciário e do controle de constitucionalidade, o número, o mandato, e os mecanismos de nomeação dos juízes das mais altas cortes brasileiras eram livremente manipulados pelos demais poderes. Além disso, os efeitos das decisões de inconstitucionalidade eram restritos, ante a ausência de uma doutrina de precedentes no controle difuso, e a ausência de efeito vinculante e o limitado acesso no controle concentrado.

Marco histórico das profundas transformações do direito constitucional brasileiro contemporâneo, a nova constituição 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”. “Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”³⁴⁴.

Importa ressaltar que a Constituição brasileira de 1988 nasce em um momento de transição da realidade econômica global em que se desenvolviam, e

³⁴² Art. 5º, Parágrafo 1º, da Constituição de 1988.

³⁴³ Idem, p. 93-94.

³⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, 2005, p. 4.

esse processo continua ainda hoje, na Europa e nos Estados Unidos o processo de desmonte acelerado do „Estado de bem-estar social“, que se fundava no tripé de direitos sociais à saúde, educação e previdência, universalizados, públicos e gratuitos e em uma economia onde o Estado regulava, planejava e exercia a atividade econômica ao lado do setor privado. Tomavam, em seu lugar, governos de perfis conservadores, representantes de uma construção ideológica que passou a ser rotulado como „neoliberal“³⁴⁵.

Nascia, assim, uma Constituição social, „remando contra a maré“ neoliberal, trazendo grande relação de direitos fundamentais, individuais, políticos, sociais, econômicos e sociais, em uma ordem econômica que era a expressão de um „capitalismo social“. Por esse motivo José Luiz Quadros de Magalhães afirma que a Constituição de 1988 mal acabara de nascer e já sofria ataques na forma de emendas que começavam a reformar o Estado Social, transformando-a em uma colcha de retalhos, em um texto repleto de contradições³⁴⁶.

A atual Constituição enquadra-se na categoria das constituições dirigentes, pois o constituinte foi além do estabelecimento da estrutura básica do Estado e a garantia de direitos individuais ao prever, também, objetivos e diretrizes para a comunidade política, correlacionados a um amplo e generoso projeto de transformação da sociedade brasileira, no sentido da promoção da justiça social, da liberdade real e da igualdade substantiva. Por tais motivos é pródiga na consagração de valores substantivos, não se contentando em traçar as regras do jogo democrático, visto que acolhe valores materiais como dignidade da pessoa humana e solidariedade social, tornando-os de observância compulsória no âmbito do Estado e da sociedade.

É, também, uma Constituição compromissória, pois não representa a cristalização normativa de alguma específica corrente ideológica ou cosmovisão. Pelo contrário, conforme afirma Sarmiento, “cuida-se de uma Constituição pluralista, que resultou do compromisso possível entre a ampla variedade de forças políticas e de interesses que se fizeram representar na Assembléia Constituinte de 1987/88”,

³⁴⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *A constituição de 1988 e a construção de um novo constitucionalismo democrático na América Latina: direito à diversidade individual e coletiva e a superação de uma teoria da constituição moderna*. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos Fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 555.

³⁴⁶ Idem, p. 556.

característica essa que “de certa forma explica a heterogeneidade dos valores e princípios acolhidos no texto magno: solidariedade social e livre iniciativa, liberdade de imprensa e privacidade, laicidade estatal e invocatio Dei no preâmbulo, etc.”³⁴⁷.

O detalhamento da Constituição de 1988 é criticado por Sarmento, por considerar que em alguns momentos o documento chega a ser prolixo e pródigo em miudezas, embora reconheça que a adoção deste modelo inflacionado é compreensível em razão do interesse das forças políticas em assegurar, no momento da constituinte, todos seus interesses e bandeiras, já que desconfiados do legislador do futuro³⁴⁸.

O modelo político criado pela nova Constituição realmente está longe de ser puramente majoritário. A imposição de limites rígidos às decisões das maiorias de cada tempo regula espaço importante da vida política e social e confia ao Poder Judiciário a garantia da validade prática desses limites³⁴⁹ por meio de diversas competências e instrumentos decisórios que fortalecem sobremaneira sua atuação, inclusive em situações de interferência nas decisões e ações estatais.

Para Lenio Luiz Streck, o caráter dirigente e compromissório novo texto constitucional faz com que o Direito seja transformador da realidade, fazendo com que aumente o foco de tensão acerca da jurisdição constitucional, que é a garantidora dos direitos fundamentais sociais e, ao mesmo tempo, da democracia em nosso Estado Democrático de Direito³⁵⁰.

Ocorre que, durante os primeiros anos de vigência da Constituição, o Poder Judiciário brasileiro não respondeu a essas novas demandas constitucionais de maneira adequada.

³⁴⁷ SARMENTO, Daniel . *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. RDE. Revista de Direito do Estado , v. 2, 2006, p. 94-95.

³⁴⁸ Idem, p. 96.

³⁴⁹ Esse „entrenchamento constitucional“ de decisões políticas conjunturais e de interesses puramente corporativos é, na opinião de Daniel Sarmento, profundamente antidemocrático, por implicar na criação de limites moralmente injustificáveis para a deliberação política majoritária. Produz, ainda, a consequência “nefasta” de que, a cada alteração social significativa, ou a cada mudança no equilíbrio das forças políticas, novas emendas constitucionais sejam editadas, comprometendo, assim, o dever de estabilização da ordem jurídica, bem como sua capacidade de “deitar raízes mais profundas nos corações e mentes dos cidadãos”. (SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. RDE. Revista de Direito do Estado , v. 2, 2006, p. 104).

³⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1-16.

A partir do momento em que passam a ser formuladas constituições no contexto do Estado Social, marcadamente intervencionista, não deveria o Poder Judiciário ter alternativa senão a implementação dos direitos sociais proclamados na Constituição. Ocorre que a realidade brasileira não observava tal regra. Gilberto Bercovici aponta que os textos constitucionais brasileiros de 1934 e 1946 já previam expressamente direitos sociais, mas que a constituição não era tomada como referência nas ações estatais, de maneira que o autor afirma que na prática “o Estado se desenvolve e atua apesar da constituição”³⁵¹. A doutrina publicística da época reforçava o distanciamento entre as constituições e as políticas sociais ao definir, em sua maioria, os direitos sociais como „normas programáticas”³⁵². A aplicação prática de tal categoria de normas passou, no Brasil³⁵³, a ser sinônimo de norma que não tem qualquer valor concreto. O autor considera que apenas com a tese sobre a „aplicabilidade das normas constitucionais” de José Afonso da Silva³⁵⁴, é que tomou forma final a teoria no sentido da não concretização dos direitos sociais, dando origem “à paradoxal e auto-intitulada „Doutrina Brasileira da Efetividade”, que impede o avanço da teoria constitucional brasileira até hoje”³⁵⁵.

Para Gilberto Bercovici, a Constituição de 1988 expressa um plano de transformação para a sociedade brasileira, com o reforço dos direitos sociais, a proteção ao mercado interno, o desenvolvimento e a erradicação da miséria e das desigualdades sociais e regionais como objetivos da República. “No entanto,

³⁵¹ BERCOVICI, Gilberto. *Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo Entre Ausentes*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel & BINENBOJM, Gustavo (orgs.) *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 729.

³⁵² Dentre outros autores, Pontes de Miranda, nos comentários às Constituições de 1934 e 1946, adota a categoria de normas programáticas para definir as normas constitucionais que versam sobre as políticas públicas e os direitos econômicos e sociais, definindo o texto destes artigos como mera recomendação, sem que houvesse sanção pelo seu descumprimento. (BERCOVICI, Gilberto. *Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo Entre Ausentes*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel & BINENBOJM, Gustavo (orgs.) *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 728).

³⁵³ Tal noção foi desenvolvida de maneira aprofundada pelo italiano Vezio Crisafulli, e adquiriu grande importância na Itália ao afirmar que os dispositivos sociais da constituição eram também normas jurídicas, pelo que poderiam ser aplicadas nos casos concretos. (BERCOVICI, Gilberto. *Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo Entre Ausentes*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel & BINENBOJM, Gustavo (orgs.) *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 731).

³⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2015.

³⁵⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo Entre Ausentes*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel & BINENBOJM, Gustavo (orgs.) *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 732.

constituição e Estado continuam se estranhando mutuamente³⁵⁶. Haveria um „descolamento“ entre o Estado, desestruturado, privatizado, patrimonialista e ainda autoritário, e a constituição meramente normativa, sem meios efetivos de ser concretizada.

Apesar de toda a nova arquitetura constitucional que oportunizava a expansão do papel do Judiciário, o comportamento passivo do Supremo Tribunal Federal foi a primeira impressão deixada³⁵⁷. Relevante o fato de que, antes do marco constitucional de 1988, o Supremo Tribunal Federal possuía baixo poder decisório e sofria constantes ataques políticos de Executivos hipertrofiados e de Presidentes autoritários, sem impor resistência alguma, de maneira que as forças políticas, então dominantes, sempre por meios ilegítimos constrangeram a independência do Supremo e fizeram dele um órgão subserviente³⁵⁸.

A respeito do Direito Constitucional no período ditatorial, Luís Roberto Barroso afirma que durante o período a teoria e o direito constitucional oscilaram entre dois extremos, ambos destituídos de normatividade. De um lado, “o pensamento constitucional tradicional, capturado pela ditadura, acomodava-se a uma perspectiva historicista, puramente descritiva das instituições vigentes, incapaz de reagir ao poder autoritário”. De outro, a teoria crítica do direito, cujo “discurso crítico, como intuitivo, fundava-se em um propósito de desconstrução do sistema vigente, e não considerava o direito um espaço capaz de promover o avanço social”. O resultado foi um mundo jurídico que era um „feudo“ do pensamento tradicional, mas cuja visão crítica foi decisiva para o surgimento de uma geração “menos dogmática, mais permeável a outros conhecimentos teóricos e sem os mesmos compromissos com o *status quo*”, até que a redemocratização e a

³⁵⁶ Idem, p. 733.

³⁵⁷ Paradigmática a decisão sobre a aplicação direta ou não do artigo 192, §3º, da Constituição de 1988, que dispunha sobre o limite de juros reais em 12% ao ano, na qual a maioria do Supremo entendeu pela não aplicabilidade imediata do dispositivo constitucional que dependeria de lei complementar regulatória de todo o Sistema Financeiro Nacional. (ADI 4/DF, Rel. Min Sidney Sanches, j. em 07.03.1991, Dj de 01.06.1993).

³⁵⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 362.

reconstitucionalização do país impulsionaram o que o autor considera “uma volta ao direito”³⁵⁹.

Com a promulgação da Constituição de 1988, teve início a luta teórica e judicial pela conquista da efetividade das normas constitucionais, cujos esforços iniciais eram para que o Poder Judiciário assumisse o seu papel e desse concretização efetiva aos princípios, regras e direitos inscritos na Constituição. Contudo, o fato de o processo de redemocratização brasileiro ter sido realizado por meio de uma transição orientada pelo próprio regime ditatorial resultou que as instituições envolvidas, inclusive o Supremo, continuassem vinculadas aos titulares do poder de fato, pelo que apenas lenta e gradualmente o processo de mudança se fez sentir³⁶⁰. Ilustrativo que quando entrou em vigor a Constituição Cidadã, nove ministros sentados no Supremo haviam sido nomeados por presidentes militares, sendo que quatro desses ministros permaneceriam na corte na virada para o século XXI.

Ademais, nos primeiros anos de vigência da atual constituição o Supremo Tribunal Federal ainda sentia a natural necessidade de ser cauteloso diante do novo cenário político que estava apenas em sua fase inicial de desenvolvimento. Tais anos foram marcados pelos esforços da teoria constitucional para que o Judiciário assumisse o seu papel constitucional e desse concretização efetiva aos princípios, regras e direitos inscritos na Constituição. Luís Roberto Barroso observa que “Pode parecer óbvio hoje, mas o Judiciário, mesmo o Supremo Tribunal Federal, relutava em aceitar esse papel.”³⁶¹.

Foi gradualmente que o ambiente político pós-88 se mostrou favorável ao desempenho pleno das atribuições do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade. A formação desse novo padrão de relações institucionais entre os poderes, favorável à ascensão do Judiciário, parece poder ser convincentemente explicada pela estabilidade democrática e a fragmentação do poder político, especialmente visível na prática do que ficou conhecido como „presidencialismo de

³⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 5.

³⁶⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 245.

³⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 6.

coalisão”, que proporcionam a inexistência de uma instância hegemônica de poder, o que aumenta a independência judicial para decidir sobre questões que antes ficavam de fora de suas atribuições³⁶².

A questão é que há, hoje em dia, uma grande preocupação quanto ao papel que o Poder Judiciário vem assumindo, mas caso não seja dada atenção para a causa disso e se essa proatividade é permitida ou até mesmo exigida por nosso sistema jurídico, será grande o risco de confusão entre ativismo judicial e mera aplicação das normas constitucionais.

A atuação efetiva do poder judiciário na proteção de direitos – sejam eles individuais, coletivos ou sociais –, e a invalidação frequente de leis inconstitucionais não podem ser utilizados como parâmetros para aferição do ativismo no Brasil. Como bem destaca Georges Abboud, esse tipo de atuação é considerada ativista por parte dos juristas norte-americanos³⁶³ por ser o texto constitucional norte-americano extramamente enxuto, não contando, por exemplo, com extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Por sua vez, no caso brasileiro, todas as ações supracitadas podem ser realizadas pelo Judiciário brasileiro, sem que sua atuação extrapole os limites impostos pela Constituição.

Georges Abboud critica a identificação, no Brasil, do ativismo como um fenômeno benéfico para a democracia por se opor ao passivismo do magistrado³⁶⁴. Segundo essa visão equivocada, a manifestação do magistrado que implementa

³⁶² Lenio Luiz Streck afirma que esse seria um dos motivos pelo qual o Judiciário brasileiro seria o mais poderoso do mundo. Em suas palavras: “E no Brasil? Aqui o Presidente é eleito com 50% mais um; o Parlamento tem „vontade geral” que, para apoiar o governo, negocia para formar a maioria. E negocia bem (...) E mesmo assim, há tensões. Constantes. Legislativo *versus* Executivo. Para onde vai esse tensionamento? Para o Poder Judiciário, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal. Assim, mais tensões, mais demandas ao STF; mais forte este fica. Inércia do Executivo? Demandas que vão ao Judiciário *lato sensu*, que, assim, fica mais forte. Inércia do Legislativo? Idem. E o judiciário se fortalece dia a dia. Não há Judiciário mais poderoso no mundo do que o do Brasil.” (STRECK, Lenio Luiz. *O supremo tribunal deve julgar por princípios ou por políticas?* In. FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 256).

³⁶³ Georges Abboud utiliza como exemplo a posição de Christopher Wolfe, que se considera favorável a uma modalidade moderada de ativismo judicial, mediante a qual a *judicial review* seria utilizada para proteger direitos individuais, resguardar minorias, impulsionar reformas sociais, eliminar discricões ilegais, bem como fulminar e atualizar leis inconstitucionais. (ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: O ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 419).

³⁶⁴ Nesse sentido, Marina Faraco: “a autocontenção pode significar a ineficácia de direitos consagrados na Constituição e o próprio descumprimento do dever imposto ao Poder Judiciário de garantir a observância dos seus ditames.” (FARACO, Marina. *Poder Judiciário e crise hídrica no Brasil: o protagonismo judicial no controle de políticas públicas*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 658).

política pública e concede tutela de direito fundamental seria ativismo do bem. Contudo, conforme arremata Abboud, “Ativismo não se relaciona com a concretização do texto constitucional, do mesmo modo que não pode ser aferido pelo resultado.”³⁶⁵.

Interessante, aqui, utilizar parte das considerações de Roberto Basilone Leite a respeito do tema. O autor distingue dois tipos de ativismo judicial: (i) o ativismo judicial político – corresponde à postura em função da qual o juiz tende a buscar ampliar o campo de abrangência de suas decisões de modo a decidir questões de mérito político; e (ii) ativismo judicial jurisdicional – consiste na tendência adotada pelo juiz que atua no ambiente judiciário de um Estado pós-autoritário, ambiente esse inapto para permitir que se garanta efetividade aos direitos dos cidadãos, de dedicar especial ênfase no sentido de ampliar os limites tradicionais – portanto pré-democráticos – da ação judiciária no desempenho da atividade jurisdicional propriamente dita. Esse segundo tipo de ativismo atua, assim, em decisões que versem não sobre matéria de conteúdo político, mas sobre matéria puramente jurídica relativa à garantia de direitos e sanção de atos ilícitos³⁶⁶.

Assim, a efetividade da atuação judicial não deve ser confundida com sua abrangência. Para Leite, o ativismo judicial jurisdicional não deve ser combatido, mas estimulado, de maneira que o Poder Judiciário se mostre forte e eficaz para garantir os direitos dos cidadãos. O festejado ativismo judicial jurisdicional na verdade só é passível de ser percebido no contexto de um Estado que padeça de déficit político de jurisdição. “Déficit no desempenho das funções político-institucionais inerentes à jurisdição”³⁶⁷.

Restam poucas dúvidas que a Constituição brasileira de 1988 ainda não se efetivou para grande parte da população. Luiz Edson Fachin relembra, ante tal constatação, “a lição extraída de Ferdinand Lassalle que se antecipando ao seu tempo chamou a Constituição de folha de papel”³⁶⁸. Prenunciava-se, ali, o risco de as Constituições viverem apenas dos seus escritos e não serem efetivadas.

³⁶⁵ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: O ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 422.

³⁶⁶ LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional*. São Paulo: LTr, 2014, 25.

³⁶⁷ Idem, 181.

³⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. *O Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional: da preservação à justificação material dos direitos*. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos*

Para Lenio Luiz Streck, a judicialização decorre de „(in)competências“ de poderes e instituições, abrindo caminho para demandas das mais variadas junto ao Judiciário, enquanto o ativismo seria mais „behaviorista“, dependendo da visão individual de cada julgador, pelo que conclui que “A judicialização pode ser inexorável, o ativismo não. O ativismo não faz bem à democracia”³⁶⁹.

Como observado, é comum a afirmação de que o ativismo judicial ou a judicialização da política seriam benéficos, por constituírem importante elemento na concretização de direitos. No entanto, desponta cristalino que o conceito de ativismo judicial empregado em tais casos – que consideram o ativismo positivo, por implementar direitos – não é similar ao ativismo trabalhado neste trabalho, afinal, o conceito de ativismo jurisdicional empregado por Roberto Basilone Leite, por exemplo, não ultrapassa os limites ao Poder Judiciário demarcados pela separação dos poderes, pelo pluralismo político e pela democracia.

Percebe-se que a ampliação do espaço tradicional do Judiciário na tutela da Constituição e sua supremacia foi viabilizada, em grande parte, pela simples vinculação dos poderes aos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.

Não é defensável uma autorrestrrição judicial que deslegitime a atuação da jurisdição constitucional em áreas nas quais sua atuação tem sido decisivamente positiva quando a Constituição, como a brasileira, oferece sinais de adoção de uma atuação do Poder Judiciário como implementador de direitos e garantias previstos em seus textos. “Insistir numa retirada ampla da Justiça constitucional do papel de concretizadora de direitos fundamentais encontra restrições teóricas severas, especialmente por regredir a uma posição de supremacia do Legislativo”³⁷⁰. Da mesma forma argumentar que o Judiciário não pode promover direitos previstos na Constituição porque essa promoção dependeria de recursos materiais, humanos,

Fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 688.

³⁶⁹ Deve ser ressaltado que o autor considera é possível o judiciário julgar por princípios e chegar à uma solução correta em todos os casos, sendo que tal postura não seria ativista. A decisão ativista ocorreria quando o julgador decide por políticas, ao invés de princípios. (STRECK, Lenio Luiz. *O Supremo Tribunal deve julgar por princípios ou por políticas?* In. FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 261).

³⁷⁰ TAVARES, André Ramos. *O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva*. Fórum administrativo - Direito Público, v. 100, 2009, p. 5-6

planejamento prévio, etc. significa desconhecer a dimensão vinculativa das normas constitucionais na atuação do Poder Executivo.

Deve-se admitir, contudo, que a defesa de uma jurisdição constitucional que pretende ir além do que pode ser apreendido do texto Constitucional é democraticamente repulsiva. Ocorre que “opções políticas de não implementação ou da (tradicional) violação são ilegítimas do ponto de vista da Constituição e devem sofrer a intervenção da Justiça Constitucional”, mas isso “não significa que a Justiça Constitucional deva se auto-proclamar como instância exclusiva e auto-suficiente na implementação da Constituição”³⁷¹.

Não se pode pretender concentrar poderes nas mãos do Poder Judiciário sob a presunção de que essa é a maneira mais adequada de defender direitos e garantias fundamentais, ou de que essa é a agenda que guia a orientação dos magistrados e, mais importante, do Supremo Tribunal Federal. O avanço da atuação do Poder Judiciário, mesmo com nobres objetivos devem ser precedidos de uma limitação qualitativa de sua atividade, para que seja resguardado o espaço dos poderes democraticamente eleitos. Ocorre que mesmo nos casos em que se pretende a efetivação de direitos fundamentais previstos constitucionalmente, é preciso que seja estabelecida a linha demarcatória da atribuição de cada um dos Poderes. Além disso, não se pode perder de vista que a arbitrariedade das decisões proferidas no exercício da jurisdição constitucional é algo plausível, pois o Poder Judiciário não está livre do perigo de converter uma vantagem democrática e eventual risco para a democracia.

A título de ilustração, cabe expor alguns dados que questionam tal presunção, em complementação às críticas de Hans Hirschl já expostas. Com enfoque no controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, Juliano Benvindo e Alexandre Araújo Costa realizam pesquisa empírica que pretende investigar a premissa de que o controle concentrado de constitucionalidade é, efetivamente, mais adequado para a defesa de direitos e garantias fundamentais e, portanto, condizente com o espírito democrático originário da Constituição Federal de 1988, que atualmente fundamenta as agendas teóricas jurídico-políticas e de reforma institucional do Supremo em direção a uma

³⁷¹ Idem, p. 6-7

progressiva concentração ou abstrativização do controle de constitucionalidade das leis.

Por meio dos dados levantados pela pesquisa, descreve-se um cenário preocupante, que identifica que o sistema de defesa da Constituição, tão elogiado, “não tem efetivamente desenvolvido uma verdadeira defesa dos direitos e garantias fundamentais”³⁷². Ilustrativa a constatação de que entidades patronais têm uma atuação mais ativa que as dos trabalhadores, sendo que a única decisão que estas entidades obtiveram com base na aplicação de direitos fundamentais foi na defesa dos benefícios fiscais das entidades, e não dos interesses dos próprios trabalhadores. Ao fim de seu estudo, os autores chegam à preocupante conclusão de que:

“O perfil geral das decisões e dos atores mostra que a combinação do perfil político dos legitimados com a jurisprudência restritiva do STF em termos de legitimidade conduziu a um modelo de controle concentrado que privilegia a garantia dos interesses institucionais e corporativos. Apesar dos discursos de legitimação do controle concentrado normalmente se justificarem na necessidade de oferecer proteção adequada aos direitos dos cidadãos, o que se observa na prática é uma garantia relativamente efetiva dos interesses corporativos e não do interesse público. E mesmo quando o interesse público é efetivamente garantido por decisões em ADI baseadas na aplicação de direitos fundamentais, quase sempre peço MP ou pelos governadores, a maior parte das intervenções é no sentido de anular benefícios concedidos de forma indevida, e não de garantir direitos individuais, coletivos e difusos, que têm uma participação minoritária.”³⁷³

Assim, fatores sociológicos relevantes à ascensão institucional do Poder Judiciário, na forma de apoio popular a decisões que atendem anseios sociais antigos e demandas reprimidas que encontravam obstáculos na arena legislativa, devem ser questionados, para que decisões pontuais positivas não justifiquem uma expansão deletéria para o arranjo institucional brasileiro e, principalmente, para a democracia.

Não obstante, deve ser reconhecido que a maior parte das transformações do Poder Judiciário sentidas na sociedade especialmente nos últimos 20 anos não decorre da adoção de uma postura ativista dos magistrados, no

³⁷² BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? - O descompasso entre teoria e prática na defesa de direitos fundamentais*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541>. Acesso em: 20 jun. 2016, p. 80.

³⁷³ Idem, p. 77.

sentido trabalhado neste trabalho. É que a Constituição de 1988 e a redemocratização, conforme apontado, trouxeram consigo a possibilidade de o Poder Judiciário desempenhar sua função jurisdicional constitucional de forma efetiva em relação a temas nas quais a violação à Constituição era evidente, mas que os magistrados se viam impedidos de combater em razão de fatores não jurídicos que limitavam suas possibilidades de atuação. Assim, não se pode falar em ativismo judicial de forma genérica em relação à nova postura na qual de fato é conferida normatividade ao rico texto constitucional atual. Tratar o tema desta forma conduziria a conferir ao termo ativismo judicial um sentido positivo, mas impreciso e desapegado às origens do próprio termo, ou a um sentido negativo retrógrado e contrário às normas constitucionais transformadoras da realidade social.

5. A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E SUAS COMPLEXIDADES: DELIMITANDO O ESPAÇO DO ATIVISMO/AUTOCONTENÇÃO

Quando o Poder Judiciário não se confina à aplicação das normas preestabelecidas, mas se lança à tarefa de participar ativa e criativamente da construção da ordem jurídica, há uma expansão da função que desempenha em detrimento dos poderes eleitos, especialmente do Poder Legislativo, a quem compete precipuamente elaborar a legislação infraconstitucional.

Contudo, a fim de analisar o real espaço para a autorrestrrição judicial fundada na separação dos poderes em uma sociedade democrática e plural, é necessário que se perca o medo de admitir que o Poder Judiciário estaria limitado pelo „dogma do legislador negativo“, e que apenas assim não haveria uma afronta ao princípio da separação dos poderes.

Até pouco tempo atrás era comum que o Poder Judiciário brasileiro considerasse que, ao exercer o controle de constitucionalidade, deveria atuar somente como legislador negativo, nunca como legislador positivo, sob pena de usurpar função típica do parlamento. Sua função seria meramente supressiva, competindo-lhe apenas retirar a eficácia jurídica de dispositivos, expressões ou mesmo de interpretações dos atos normativos impugnados que fossem considerados inconstitucionais.

O dogma, difundido no Supremo Tribunal Federal principalmente sob a influência intelectual do ministro Moreira Alves³⁷⁴, impunha, assim, que o magistrado deixasse de inovar na ordem jurídica, pois seria inviável que o Poder Judiciário atuasse como legislador positivo, suposto corolário da separação dos poderes.

A necessidade de superação de tal noção é destacada por André Ramos Tavares:

A superação da teoria do legislador negativo é, portanto, não apenas um capricho acadêmico, mas uma imposição decorrente da evolução ocorrida na realidade (inclusive normativo-constitucional, mas também jurisprudencial) da Justiça Constitucional. Impõe-se a tarefa doutrinária de aprimorar conceitos, institutos e a própria teoria subjacente à atuação cada vez mais sensível da Justiça Constitucional. A manutenção de uma teoria de separação rigorosa

³⁷⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 276.

entre “poderes” servirá apenas para mascarar uma realidade totalmente diversa, formando-se uma teoria desajustada e incompleta em sua função de oferecer respostas adequadas às dificuldades emergentes do modelo.³⁷⁵

A versão brasileira do „legislador negativo” apresenta, contudo, alguns problemas conceituais que devem ser esclarecidos. Conforme destaca Rodrigo Brandão, embora o conceito tenha sido concebido por Hans Kelsen, em seu debate com Carl Schmitt sobre quem deveria ser o „guardião da Constituição”, a forma como a teoria do „legislador negativo” vinha sendo aplicado no Brasil não encontra fundamento em sua obra. A „versão brasileira do conceito do legislador negativo” constitui, para Brandão, exemplo singular de uso sincrético de teorias inconciliáveis, qual seja, “a combinação de um positivismo *à la* Escola da Exegese com o normativismo kelseniano”³⁷⁶. Ocorre que esta primeira teoria não encontra fundamento na noção de legislador negativo desenvolvida por Kelsen.

É que tradicionalmente se apontava o caráter executório da jurisdição, em contraponto à natureza criativa ou inovadora da legislação. Assim, durante muito tempo, a doutrina foi reticente em admitir a atividade „criadora de direito” do magistrado, cuja descrita como um desdobramento quase mecânico da „vontade da lei”. Diante da clareza da lei, cessaria o espaço para a interpretação.

No entanto, enquanto o positivismo clássico defendia que a aplicação do direito pelo Poder Judiciário se reduziria a uma atividade executiva, o normativismo kelseniano expressamente reconhecia a sua dimensão criativa. Assim, o argumento de que atuar como „legislador negativo” significaria limitar-se a aplicar a Constituição, não atuando criativamente em qualquer medida – pois a interpretação se limitaria a conhecer a vontade do constituinte –, não encontra fundamento em Kelsen.

Hans Kelsen considerava que o controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal Constitucional deveria consistir em atividade essencialmente vinculada à Constituição, em que pese o reconhecimento da dimensão criativa da interpretação

³⁷⁵ TAVARES, André Ramos. *A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas da Justiça Constitucional*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2010. p. 2.

³⁷⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Aplicação direta de princípios constitucionais, ativismo judicial e superação do dogma do ‘legislador negativo’*. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos Fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, 753-754.

judicial. Ocorre que o uso de princípios abertos e conceitos indeterminados no texto constitucional transformaria o Tribunal Constitucional em „legislador positivo“, atuando de maneira eminentemente criativa, o que implicaria usurpação de competência legislativa.

Por tal razão, Kelsen delineou um modelo de controle de constitucionalidade na qual a Constituição seria meramente procedimental e apenas regras constitucionais precisas serviriam de parâmetro de controle. Nesse modelo, questionamentos a propósito da compatibilidade de leis com princípios abstratos e conceitos indeterminados tendiam a ser automaticamente descartados pelo Tribunal Constitucional por meio de um uso mecânico do princípio da separação dos poderes e dos seus corolários: discricionariedade legislativa, presunção de constitucionalidade e doutrina da insindicabilidade judicial das questões políticas. Como afirma Rodrigo Brandão: “é na essência do conceito kelseniano de „legislador negativo“ o emprego apenas de normas constitucionais precisas como parâmetros de controle de constitucionalidade, servindo como relevante instrumento de autorrestrrição judicial”³⁷⁷.

Verifica-se, assim, que Kelsen não defendeu a ausência de criatividade na atividade interpretativa³⁷⁸, mas sim que no caso de controle de constitucionalidade, tal criatividade deveria ser limitada, pois sua utilização usurparia a competência do Poder Legislativo. Ocorre que a concepção kelseniana só podia ser defendida diante de constituições bem distintas das que passaram a ser promulgadas no segundo pós-guerra, as quais estabeleciam diversos catálogos de direitos, normalmente veiculados por meio de pautas de valores e normas de textura muito aberta. Nesse contexto, negar a possibilidade de o controle de constitucionalidade ser exercido com base em tais parâmetros significaria negar a força normativa dos dispositivos constitucionais³⁷⁹, pelo que se afirma que “o juiz kelseniano não pode prevalecer em constituições não kelsenianas”³⁸⁰.

³⁷⁷ Idem, 757.

³⁷⁸ A descrição kelseniana da dinâmica dos sistemas jurídicos, segundo o qual “a aplicação do Direito é simultaneamente a produção do Direito”, deixa clara a natureza híbrida, cognosciva e criativa, da atividade exegética. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 260).

³⁷⁹ Constatando a incompatibilidade de uma doutrina de aceitação de princípios constitucionais como parâmetros de controle com o emprego do conceito kelseniano de „legislador negativo“, Rodrigo Brandão aponta que a aplicação de ambas as noções pelo Supremo Tribunal Federal constituiria um grave equívoco conceitual decorrente da má compreensão da ideia de Hans Kelsen.

A Constituição de 1988, como outras constituições democráticas contemporâneas, possui importantes enunciados vagos, ambíguos e dotados de alta carga valorativa, que oferecem, portanto, poucos parâmetros normativos para a solução de controvérsias. Além de regras, a Constituição é estruturada em princípios e cláusulas gerais também pouco claras. Contudo, a despeito da textura aberta de diversos dispositivos constitucionais, é certo que, no atual estágio de desenvolvimento do Constitucionalismo, não se pode mais falar em norma constitucional desprovida de normatividade ou que não sirva de parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade. Chega-se, assim, à complexa situação que Kelsen desejava evitar, qual seja, a situação na qual o órgão encarregado do controle de constitucionalidade decidirá dentro da „moldura“ desenhada pela Constituição e, ao fazê-lo, poderá sobrepor seu critério pessoal ao escolhido pelo legislador.

A moderna hermenêutica reconhece a dimensão criativa inerente à atividade judicial que contém um irreduzível caráter construtivo, pois, se o intérprete tem o texto como limite, dentro dessa baliza ele exerce uma função criativa. Daí a inviabilidade de o Poder Judiciário atuar como „mero executor“ da Constituição em qualquer forma de controle de constitucionalidade, mesmo quando o parâmetro seja regra constitucional e sejam utilizados argumentos estritamente jurídicos.

Não cabe mais nessa quadra histórica a propagação de teorias sustentando que a função jurisdicional apenas declara o Direito já existente ou que o juiz, ao realizar o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos, age apenas como legislador negativo. Conforme sustenta Mauro Cappelletti:

A resposta dada neste ensaio à indagação de se a tarefa do juiz é interpretar ou criar o direito, posiciona-se no sentido de que o juiz, inevitavelmente, reúne em si uma e outra função, mesmo no caso – que constitui, quando muito, regra não sem muitas exceções – em que seja obrigado a aplicar lei uma preexistente. Nem poderia ser de outro modo, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça

(BRANDÃO, Rodrigo. *Aplicação direta de princípios constitucionais, ativismo judicial e superação do dogma do 'legislador negativo'*. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos Fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, 758).

³⁸⁰ Leopoldo Elia. *La Corte nelqyadri deu poteri costituzionali*. Apud. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 277.

constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos.³⁸¹

Do ponto de vista da teoria jurídica, tem escassa adesão nos dias que correm, a crença de que as normas jurídicas tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

Deve, contudo, ser destacado que a noção de que apenas no *civil law* não se admitiria a interpretação como ato dotado de elementos de criatividade não é verdadeira. O problema não se limita ao *civil law* ou ao *commom law*. Se após a Revolução Francesa o juiz deveria ser visto tão somente como a boca da lei, até hoje o originalismo, que entende ser dever do magistrado se ater a concretizar a vontade dos *Founding Fathers*, possui grande força nos Estados Unidos. O entendimento de que o silogismo deve ser a única ferramenta para se solucionar questões jurídicas está presente em ambos os sistemas³⁸². Nos dois o juiz pode afirmar que a interpretação do direito consiste em atividade para desvelar a vontade de seu paradigma decisório, seja ele a lei, a constituição ou o precedente.

O que se verifica é que interpretar corretamente independe do sistema jurídico adotado. Deve-se ter em mente que a norma é fruto da atividade interpretativa criativa do jurista, de modo que a aplicação do jurista é algo mais que a simples subsunção de um enunciado legislativo ao caso concreto. Não se pode mais conceber o processo como uma atividade exclusivamente cognitiva, mas fundamentalmente valorativa, criativa, pelo que se passa a falar em produção da norma; em atribuição, e não descoberta do significado do enunciado linguístico. As demandas judiciais não comportam soluções simplistas. Há múltiplas possibilidades de interpretação. Declarar e criar o direito não são funções contraditórias, mas sim complementares. O texto é apenas o invólucro da norma, que surge pelo trabalho

³⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 128-129.

³⁸² ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: O ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 317-318.

do intérprete. “A norma não é o pressuposto, mas o resultado do processo hermenêutico”³⁸³.

A dificuldade decorre de a linguagem jurídica não pode renunciar a um mínimo de compreensibilidade geral, pois do contrário não seria compreendida pelos seus destinatários, de maneira que não resta ao legislador alternativa que não se valer da linguagem natural para veicular seus comandos, mesmo cientes de que, pela „textura aberta” da linguagem normativa, em alguma medida sempre serão indeterminadas suas ordens.

Ao intérprete cabe preservar a força normativa dos enunciados jurídicos, na espinhosa tarefa de atribuir significados atuais a textos pretéritos, buscando significado que lhe pareça o melhor entre as leituras distintas do texto que está à sua frente. Leituras distintas que são possíveis porque os enunciados normativos possuem textura aberta, fórmulas dotadas de múltiplos significados³⁸⁴ situados uns na zona central – zona de certeza –, outros em seu círculo de incerteza – zona de penumbra –, sem limites ou contornos definidos, pois qualquer vocábulo pode tanto adquirir novos sentidos quanto migrar da zona de certeza para a zona de penumbra, e vice-versa, a depender de seu uso³⁸⁵.

A respeito dos problemas da imprecisão da linguagem, Alf Ross alerta que a maior parte das palavras não tem um campo de referência único, e sim dois ou mais, cada um deles construído na forma de uma zona central e um círculo de incerteza³⁸⁶.

A respeito da textura aberta da linguagem jurídica, Herbert Hart afirma que haverá um núcleo de significado estabelecido, um núcleo de certeza, embora haja também uma zona de penumbra de casos discutíveis, em que as palavras não resultam obviamente aplicáveis nem obviamente inaplicáveis. Ressalta o autor que a imprecisão da linguagem normativa não é um defeito, mas um imperativo da razão prática, qual seja, o de que o legislador é obrigado a regular condutas por meio de

³⁸³ COELHO, Inocêncio Mártires. *Indeterminação do Direito, Discricionariedade Hermenêutica e Controle de Constitucionalidade nos Regimes Democráticos*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 415.

³⁸⁴ De consolo a constatação de que apenas nas linguagens puramente formais não se suscitam problemas de imprecisão ou de vagueza.

³⁸⁵ *Idem*, p. 417.

³⁸⁶ ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1997, p. 111-112.

padrões gerais, pois não pode prever todas as situações da vida e editar regulando-as especificamente³⁸⁷.

A necessidade de interpretar todos os textos legais decorre, para Karl Larenz, do fato de que a maioria das representações gerais e dos conceitos de linguagem corrente possui „contornos imprecisos“³⁸⁸.

Assim, embora possam existir certezas positivas e negativas acerca do que significam ou deixam de significar, é indiscutível que há uma ampla área de penumbra que se presta a valorações que não poderão refugir a algum grau de subjetividade. Nesse espaço o direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete.

É por isso que analisar o ativismo judicial a partir da análise de uma oposição entre interpretativismo e não interpretativismo parece pretender fugir do verdadeiro problema. Formulado dessa forma a resposta seria obviamente no sentido de que os tribunais não deveriam ter, em uma democracia, um poder decisório amplo. Contudo, no fundo, o originalismo, assim como outras teorias de pretensões não interpretativistas, acabam por interpretar à sua maneira³⁸⁹. Na verdade, o debate a ser travado deve ocorrer em termos de concorrência entre qual a interpretação mais adequada para o texto³⁹⁰.

A questão não concene à existência, ou não, de atuação criativa, mas sim aos limites dessa criatividade no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. “o cerne do problema da atuação do Judiciário como legislador positivo se vincula à distância entre os sentidos (ou normas) construídos pela Corte e os sentidos literais dos textos normativos interpretados (constitucionais e legais)”³⁹¹.

³⁸⁷ HERBERT, Hart. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 161-176.

³⁸⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 349-367.

³⁸⁹ Richard A. Posner rejeita a afirmação de que o formalismo seria uma forma de autorrestrrição judicial, pois afirma que na verdade o que o formalismo faz é disfarçar o seu exercício de poder afirmando que não há elemento criativo em sua interpretação quando na verdade esse elemento criativo é algo necessário à qualquer interpretação. (POSNER, Richard A. *The Federal Courts, Challenge and Reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 331).

³⁹⁰ TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79.

³⁹¹ BRANDÃO, Rodrigo. *Aplicação direta de princípios constitucionais, ativismo judicial e superação do dogma do ‘legislador negativo’*. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos Fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 775.

A indeterminação do Direito assume grande importância, pois os limites da autoridade jurídica se confundem com os limites impostos à sua interpretação. E tais limites ficam especialmente confusos no momento de interpretar enunciados plurissignificativos.

O emprego pelo legislador de conceitos vagos e indeterminados não caracteriza, de modo geral, uma falha na formulação de textos legais, mas si uma técnica de regulação que pretende ser mais flexível para alcançar as finalidades pretendidas³⁹². Sua função é dinamizar o sistema normativo, permitindo uma maior adaptação do texto normativo para a evolução da sociedade e modificação da realidade, afinal, evidente a impossibilidade de um ordenamento jurídico exclusivamente formado por normas precisas abranger todos os aspectos da vida social em uma sociedade complexa como a atual.³⁹³

Além disso, as normas produzidas pelos constituintes e legisladores frequentemente refletem correntes em conflito entre seus formuladores, e, por isso, deixam pontos obscuros, ambíguos e mesmo conflitantes, pois do contrário não seria alcançado o consenso mínimo para a própria edição da norma. As constituições são muitas vezes documentos dialéticos e compromissórios, que consagram valores e interesses diversos, que eventualmente entram em rota de colisão.

Assim, não há que se falar em um sistema jurídico coerente e completo, e, quando o Poder Judiciário se vê diante dessa situação não há como impedir a participação, no processo de interpretação, de relevante elemento subjetivo do intérprete, seja ao produzir a norma a partir do significado de enunciados jurídicos de textura aberta, seja ao definir critérios para conciliar disposições constitucionais conflitantes. Como o ordenamento impõe ao juiz o dever de decidir sempre, ele fica

³⁹² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, 124.

³⁹³ Deve, contudo, ser vista com cautela a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, pois a história demonstra que tais preceitos também podem ter por finalidade permitir ao magistrado alcançar a decisão que quiser. Conforme destaca Mario Losano, referindo ao regime nazista, que se valeu de tais cláusulas na legislação a fim de que fosse possível „dobrar“ o direito conforme sua vontade: “a incerteza do direito fazia parte de uma recusa mais geral da racionalidade e, além disso, permitia qualquer mudança interpretativa que resultasse necessária ao poder”. (LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 256).

„liberado“ para produzir o direito a fundamentar sua decisão e desempenhar sua função³⁹⁴.

Parece inafastável e irrevogável o novo papel assumido pelo Poder Judiciário como co-criador de significantes normativos. Contudo, desde que Kelsen revisou a teorização clássica do binômio interpretação-aplicação da lei e evidenciou o tema da discricionariedade judicial³⁹⁵, entendida como espaço de liberdade do julgador relegado ao território da Política do Direito, pouca atenção tem sido dada aos limites ou critérios que poderiam controlar ou legitimar essa discricionariedade³⁹⁶.

A discricionariedade, tão trabalhada no âmbito do Direito Administrativo, pouco é desenvolvida em sede de jurisdição, sendo que tal atraso pode ser atribuído à equivocada redução da tarefa jurisdicional à atividade de mera subsunção. Ocorre que, conforme já demonstrado, tal noção não se sustenta mais, pelo que se faz presente a importância de revisitar tais temas, embora, em face dos objetivos específicos da presente análise, não caiba adentrar a densa construção doutrinária acerca do tema da discricionariedade.

O núcleo essencial da discricionariedade judicial consiste na possibilidade de escolha, por parte do juiz, entre duas ou mais soluções que, embora diferentes, são igualmente válidas ou admissíveis dentro do mesmo sistema jurídico³⁹⁷. Ao falar-se em soluções válidas ou admissíveis o que se pretende é deixar claro que a

³⁹⁴ Se a indeterminação do direito, a textura aberta da linguagem normativa, e a existência de disposições conflitantes estão presentes em todos os âmbitos da experiência jurídica, no direito constitucional esses aspectos são potencializados, a ponto de ser possível cogitar de uma hermenêutica especificamente constitucional. (COELHO, Inocêncio Mártires. *Indeterminação do Direito, Discricionariedade Hermenêutica e Controle de Constitucionalidade nos Regimes Democráticos*. In. FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 448).

³⁹⁵ “Discricionariedade judicial é um conceito que se desenvolve em um novo ambiente de interpretação jurídica, no qual se deu a superação da crença em um juiz que realizaria apenas subsunções mecânicas dos fatos às normas, lenda cultivada pelo pensamento jurídico clássico.” (BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 14).

³⁹⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122.

³⁹⁷ Hans Kelsen trabalhava com a ideia de que, de um ponto de vista orientado ao direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades que se apresentam seja preferencial à outra, desde que ambas estejam dentro da moldura do direito a aplicar. Que todos os métodos de interpretação conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 390-391.

discricionariedade existe apenas dentro dos contornos traçados pelas zonas de certeza negativa e positiva presentes na qualquer interpretação de qualquer conceito ou conflito em normas constitucionais.

A partir dos estudos de Manuel Ortega a respeito da discricionariedade judicial, algo inerente à atividade de interpretação e aplicação de normas a fatos concretos, Inocêncio Mártires Coelho considera que as causas da discricionariedade judicial podem ser reduzidas a uma causa fundamental: a indeterminação do direito. Passa, então, a analisá-la sob quatro perspectivas diferentes³⁹⁸.

Uma primeira perspectiva se refere à indeterminação do Direito relativamente ao seu conteúdo, que decorre do acolhimento do pluralismo ideológico e axiológico nas constituições contemporâneas. Sob a perspectiva da indeterminação linguística, afirma que esta seria consequência da textura aberta da linguagem normativa, pelo que o legislador deixaria a cargo do intérprete/aplicador a tarefa de ajustar a aplicação dos comandos jurídicos às situações da vida, por demais singulares para uma regulação precisa. Já sob a perspectiva da indeterminação intencional do legislador, isso acontece quando o legislador deixa a critério do intérprete/aplicador a escolha entre os diferentes instrumentos para alcançar os objetivos traçados pelos comandos jurídicos. Por fim, quanto à indeterminação do direito decorrente de defeitos do sistema, o autor afirma tratar-se de uma insuficiência que acomete todos os ordenamentos e se manifesta na existência de lacunas e antinomias.

Em todas as hipóteses referidas acima, envolvendo casos difíceis, o sentido da norma precisará ser fixado pelo juiz. Como se registrou, são situações em que a solução não estará pronta em uma prateleira jurídica e, portanto, exigirá uma atuação criativa do intérprete, que deverá argumentativamente justificar seu itinerário lógico e suas escolhas.

No mesmo sentido, referindo-se às hipóteses nas quais a solução do problema jurídico não se encontra „pré-pronta“ no sistema jurídico, Luís Roberto Barroso afirma que “Ela precisará ser construída argumentativamente pelo juiz, a quem caberá formular juízos de valor e optar por uma das soluções comportadas

³⁹⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Indeterminação do Direito, Discricionariedade Hermenêutica e Controle de Constitucionalidade nos Regimes Democráticos*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 430-433.

pelo ordenamento. Não é incomum referir-se a essa maior participação subjetiva como discricionariedade judicial.”³⁹⁹.

Deve ficar claro, contudo, que embora haja uma dimensão subjetiva na discricionariedade judicial, não se trata de uma subjetividade da vontade política própria do julgador, mas a que inequivocamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época.

O magistrado, ao contrário do legislador, exerce sua discricionariedade se guiando não por critérios de conveniência e oportunidade, mas sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso. Assim, “ao juiz não é dado optar entre diferentes possibilidades de decisão judicial, restringindo-se, pois, a sua discricionariedade ao plano da compreensão do significado dos dispositivos legais”⁴⁰⁰.

Assim, a Constituição não confere liberdade ao magistrado para atuar arbitrariamente em substituição ao legislador, mesmo diante de toda a complexidade que marca a contemporânea aplicação do direito pelo juiz. O legislador é o natural detentor da função constitucional de inovar na ordem jurídica, e a atuação jurisdicional deve se pautar por critérios jurídicos impostos pela própria Constituição. A indeterminação jurídica não pode servir de desculpa para que o magistrado traga sua vontade pessoal para solucionar o caso jurídico.

Conferir poder para controlar o exercício do poder político não significa atribuir ao juiz constitucional o poder de realizar funções estritamente políticas. Sua função é jurisdicional e deve ser realizada de acordo com parâmetros materiais fixados nas normas e princípios da Constituição⁴⁰¹. Não se pode, sob uma suposta aplicação criativa do direito, substituir as escolhas políticas feitas por outros órgãos constitucionais por seus próprios sentimentos de escolhas políticas mais adequadas.

³⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 15.

⁴⁰⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126.

⁴⁰¹ Dalton Santos de Moraes destaca a atualidade da orientação de Alexander Hamilton no sentido de o poder de controlar a conformação de validade constitucional pelo Poder Judiciário não atribuir a este a condição de ser superior ao Poder Legislativo, pois ambos os Poderes devem submeter-se às determinações constitucionais à medida que o poder do povo (que institui a Constituição) é superior a ambos (os Poderes). (MORAIS, Dalton Santos. *Democracia e direitos fundamentais: propostas para uma jurisdição constitucional democrática*. In. FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 175).

Diferentemente da função legislativa *strictu sensu* sob a qual se pode revogar uma norma positivada por meros juízos de discricionariedade, conveniência e/ou oportunidade política, a atividade dos juiz constitucional é uma atividade mais técnica, de verificação de regularidade normativa segundo a Constituição⁴⁰².

Contudo, cabe o alerta de que “O fato de existir consenso de que ao atribuir sentido a conceitos indeterminados e a princípios não deve o juiz utilizar-se dos seus próprios valores morais e políticos não elimina riscos e complexidades, funcionando como uma bússola de papel”⁴⁰³. A dificuldade está em delimitar as fronteiras entre a aplicação das disposições constitucionais e a criação normativa pelo Poder Judiciário quando concretiza essas normas vagas e imprecisas⁴⁰⁴.

Há uma íntima relação entre a noção de discricionariedade e a atuação harmônica entre os Poderes, conforme leciona Elival da Silva Ramos:

“A categoria técnica da discricionariedade, em qualquer de suas vertentes, está fortemente vinculada ao princípio da separação dos Poderes. Importa na contenção do controle jurisdicional em favor do Poder Legislativo ou da Administração, diante da inexistência de limitação normativa ou em face do entendimento de que as normas existentes não autorizam ao Poder Judiciário a imposição de determinado padrão de conduta em substituição àquele adotado pelo poder controlado.”⁴⁰⁵

Na visão do autor, o pragmatismo e moralismo jurídicos são dois fatores que impulsionam o ativismo judicial. O pragmatismo, por seu ceticismo quanto à possibilidade de contenção normativa da atividade judiciária, conduz à liberação do juiz de decidir de acordo com as necessidades sociais, o que geralmente causará uma invasão das competências do Legislativo e Executivo no momento de avaliar as decisões destes, visto que tipo de análise efetuado será o mesmo, com a diferença de que a decisão judicial poderá se sobrepor às demais, em caso de discordância.

⁴⁰² MORAIS, Dalton Santos. *Democracia e direitos fundamentais: propostas para uma jurisdição constitucional democrática*. In. FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 178.

⁴⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 21, 2011, p. 106.

⁴⁰⁴ Analisando de forma crítica a revisão judicial dos atos administrativos pelo Judiciário nos Estados Unidos, Christopher F. Edley afirmou que o Judiciário não apresentava uma teorização coerente e uma fundamentação linear para justificar as hipóteses em que deveria cassar o ato administrativo discricionário. Na análise do autor, as decisões judiciais também seriam pautadas em critérios discricionários, e essa simples substituição de uma discricionariedade pela outra não representa nenhum avanço para o Estado Democrático de Direito. (ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: O ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 312).

⁴⁰⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, 128.

Já o moralismo, em razão da atração sofrida pelo idealismo axiológico, que conduz muitas vezes ao rompimento das barreiras que o direito impõe aos órgãos oficialmente incumbidos de sua aplicação. “A consequência do pragmatismo e do moralismo jurídico é o ativismo subjetivista do intérprete-aplicador; amplo e explícito no primeiro, circunscrito e implícito, no segundo”⁴⁰⁶.

Deve-se ter em mente que o ativismo judicial realizado pelo Poder Judiciário pode surgir na interpretação e na aplicação da Constituição por meio de condutas hermenêuticas como a expansão normativa de princípios para regular condutas concretas e 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. O ativismo se relaciona, em tais casos, ao alto teor de criatividade normativa empregado na decisão judicial⁴⁰⁷.

Ocorre que a descrição do processo interpretativo realizada até este ponto não permite atribuir o rótulo de ativista a qualquer decisão na qual o julgador no exercício da jurisdição constitucional se utilize de elementos subjetivos ao interpretar/aplicar a Constituição. Tal análise desconsideraria os avanços teóricos na compreensão da atividade interpretativa e se mostraria apegada a uma noção de separação dos poderes que não é compatível com as lições do constitucionalismo contemporâneo, por significar a negação da eficácia de diversas normas constitucionais em que há indeterminação jurídica.

O problema surge apenas quando o juiz constitucional ativista pretende substituir decisões tomadas em conformidade aos parâmetros constitucionais tomadas pelos poderes políticos, em especial o legislador, complementando e exaurindo ele mesmo a linha de valoração iniciada pelo constituinte originário.

Importante a lição de Paulo Gonet Branco, que delimita o conceito de ativismo com critérios similares:

“Quando atua (o legislador) dentro das fronteiras dessa margem de discricionariedade interpretativa não se abre ao julgador, por força da separação de Poderes e das exigências da democracia

⁴⁰⁶ Idem, p. 135-137.

⁴⁰⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 278-279.

representativa num Estado Democrático de Direito, desmerecer as opções feitas pelos Poderes políticos-representativos. Se o faz, a decisão pode ser materialmente comportável na Constituição, mas se desmerecerá por invadir espaço próprio de outros Poderes⁴⁰⁸.

Portanto, pode-se dizer que se o julgador não respeita o espaço de interpretação das normas constitucionais conferida aos demais poderes, está havendo ativismo, mas apenas se considerado a relação entre cada um dos poderes e a democracia. O que se afirma é que ao argumento da separação de poderes deve ser acrescida a análise da função de cada um desses poderes na democracia em uma sociedade plural. Dessa maneira, compreende-se que a discricionariedade judicial pode conduzir ao ativismo judicial quando a atividade interpretativa realizada pelo juiz se sobrepor a outras igualmente legítimas tomadas pelos poderes eleitos competentes.

⁴⁰⁸ BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial*. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 404.

6. O ESPAÇO DA AUTORRESTRIÇÃO JUDICIAL E ALGUNS PARÂMETROS PARA SUA DELIMITAÇÃO

Como afirma André Ramos Tavares, “A discussão acerca da legitimidade da Justiça Constitucional é correlata à temática da concepção hermenêutico-constitucional que deve guiar a atividade da Justiça Constitucional”⁴⁰⁹, sendo certo, também que qualquer reflexão a respeito da hermenêutica exige um posicionamento acerca de haver uma única interpretação possível ou se, havendo várias possibilidades interpretativas, uma delas há de ter precedência sobre as demais. Essa análise é a que passará a ser realizada.

O necessário ponto de partida da desafiadora análise é a indeterminação do Direito, que é encontrada em todo o ordenamento jurídico, da Constituição às leis mais específicas, sendo por sua causa que existem situações nas quais haverá um espaço de discricionariedade ao membro do Poder Judiciário que irá decidir a controvérsia jurídica.

Posto que o magistrado é obrigado a decidir, sua função será sempre a encontrar a solução que considera mais adequada ao caso sob análise, guiado sempre por critérios e argumentos jurídicos, embora seja certo que há uma dimensão subjetiva em sua atuação. “Isso significa que, para um dado intérprete, existe uma única solução correta, justa e constitucionalmente adequada a ser perseguida”⁴¹⁰.

Ocorre que a existência de uma decisão subjetivamente correta não implica na adoção de teorias que considere existir uma única decisão universalmente correta. A decisão subjetivamente correta decorre do fato de não dispor o julgador de duas ou mais opções dentre as quais pode optar, pois não pode se valer de conveniência e oportunidade em sua decisão. Mas a decisão subjetivamente correta tomada por um magistrado pode ser diferente da decisão subjetivamente correta tomada por outro magistrado. Diante da indeterminação do Direito é logicamente necessário que, nos limites da incerteza conceitual, o

⁴⁰⁹ TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

⁴¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 17.

magistrado deva fixar, ele próprio, uma das várias interpretações possíveis, sendo que, nessa fixação da interpretação que é a correta para ele, vão influir elementos subjetivos seus. Ora, variando os elementos subjetivos de cada um dos intérpretes é certo que variarão, também, as decisões tomadas, sendo que ambas poderão estar dentro da margem de discricionariedade que reservada aos julgadores daquele mesmo caso.

Assim, possui razão Eduardo Mendonça ao afirmar que:

“a teoria da única resposta certa faz mais sentido como ideal normativo – destinado a estruturar o raciocínio monológico de cada participante da comunidade interpretativa – do que como parâmetro decisório”⁴¹¹

Mais especificamente a respeito da descrição do juiz Hércules, de Dworkin, deve-se concordar com Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, que afirmam:

“Uma teoria que se baseie em idealizações distantes da realidade não funcionará bem na prática, quando operada por juízes constitucionais concretos, „de carne e osso“, atuando no interior de instituições que têm as suas fragilidades e limitações.”⁴¹²

Descartada a existência de apenas uma única interpretação possível em todos os casos, passa-se, então, ao segundo problema a ser a ser trabalhado: a possibilidade de haver precedência de uma possibilidade interpretativa sobre as demais.

Valendo-se do já exposto no presente trabalho, é possível afirmar que a aplicação de uma separação dos poderes nos moldes desenvolvidos por Montesquieu em um cenário de reconhecimento da indeterminação do direito ocasionaria a situação na qual o espaço de discricionariedade judicial seria, na verdade, o espaço na qual o Poder Judiciário não poderia atuar. É que o juiz seria, nesse caso, apenas a boca da lei, e em situações de imprecisão ele não poderia agir criativamente em sua interpretação, pelo que se veria obrigado a não decidir, sob

⁴¹¹ MENDONÇA, Eduardo, *A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático*. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 160.

⁴¹² SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão da "Última Palavra" e alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial*. In. FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 155.

pena de criar o direito, violando a separação dos poderes ao usurpar competência do Poder Legislativo.

Felizmente, conforme já analisado, a separação dos poderes que deve ser respeitada atualmente não comporta mais esse tipo de restrição à atuação do Poder Judiciário, pelo que o espaço de discricionariedade deixa de significar a absurda impossibilidade de decidir, imaginada no parágrafo anterior, e passa a se caracterizar apenas como uma margem de decisão adequada dentro do qual o julgador irá atuar.

A situação imaginada serve, contudo, para lançar luz a respeito de um equívoco mais real, ligado à jurisdição constitucional. Ora, os parâmetros jurídicos utilizados para delimitar a margem de discricionariedade judicial na análise da constitucionalidade de uma lei são os mesmos que irão orientar magistrado na definição do que certamente é inconstitucional e do que certamente é constitucional. É dentro dessa margem de discricionariedade, portanto, que estarão tanto as possibilidades de decisão subjetivamente correta do julgador quanto as normas que são plausivelmente consideradas constitucionais. E aí reside o problema.

Caso seja adotada uma concepção de autorrestrrição judicial fundamentada exclusivamente na separação dos poderes deverá ser reconhecido que dentro dessa margem de discricionariedade judicial deverá estar presente, também, a presunção de constitucionalidade das leis, pois como compete ao Poder Legislativo elaborar a lei, e ele a elabora de maneira a que não haja nenhuma matéria que será considerada inconstitucional por qualquer juiz, o resultado será a impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade da lei.

Não é isso que se defende neste trabalho. Conforme exposto anteriormente, a atribuição de normatividade à todas as normas da Constituição, bem como a previsão do exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário impedem que seja adotada semelhante postura autorrestritiva.

Mas o fato de não se poder adotar uma postura autorrestritiva tão radical não permite desconsiderar a dificuldade contramajoritária existente na situação de o Poder Judiciário exercer a jurisdição constitucional invalidando as opções políticas daqueles a quem a Constituição atribui a função de produzir normas jurídicas e que foram eleitos democraticamente para tomar decisões nos poderes majoritários.

A dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário reside justamente no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisão, quem as interpreta também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que a jurisdição constitucional confere aos juízes a possibilidade de moldar a Constituição de acordo com suas preferências valorativas, em detrimento daquelas adotadas pelos poderes eleitos, especialmente o Legislativo⁴¹³.

Com o objetivo de esclarecer o que será defendido a seguir, cabe fazer uma distinção. De um lado, deve ser considerada a atuação do juiz de uma disputa entre particulares, caso em que, em que pese a indeterminação do direito, o juiz deve tomar uma decisão a favor de uma das partes, sendo essa será uma decisão correta desde que tomada dentro da margem de discricionariedade judicial. De outro lado, há a situação peculiar do exercício do controle de constitucionalidade em abstrato, caso em que o juiz deverá aferir a constitucionalidade da lei „X“, mas, ao contrário da situação anterior, no qual ele poderia criar livremente a norma para o caso concreto, por ser obrigado a decidir, nesta situação há que ser considerado o fato de a própria constituição estabelecer a separação dos poderes, a democracia, e a pluralidade, bem como o fato de a lei ter sido editada após a tomada de uma decisão política majoritária pelo órgão encarregado constitucionalmente de tal função.

Na primeira situação pode até haver uma indeterminação do Direito que gere a situação de ambas as partes da lide possuírem argumentos plausíveis aptos a gerarem o ganho de causa para qualquer uma das partes, mas isso não impedirá que o juiz decida em favor de apenas uma delas.

Já na situação do juiz analisando a constitucionalidade de uma lei „X“ aprovada com 50% + 1 dos votos do Congresso, no lugar da lei „Y“, de conteúdo similar, mas que por pouco não obteve o apoio necessário para a aprovação, e sendo o conteúdo de ambas implementações razoáveis de uma determinação constitucional, não se pode afirmar com tanta tranquilidade que o juiz, por considerar que a implementação constitucional mais adequada seria a presente na lei „Y“, poderia declarar inconstitucional a lei „X“.

⁴¹³ Idem, p. 132.

Essa diferença decorre, como apontado ao longo do trabalho, de argumentos relacionados à separação dos poderes em sociedades democráticas e plurais. Conforme afirmado, acredita-se que há um espaço, dentro da margem de discricionariedade judicial, dentro do qual deverá ser adotada uma postura de autocontenção fundada na separação dos poderes em sociedades democráticas e plurais. Dentro desse espaço no qual a autorrestrição é recomendada, uma medida não autorrestritiva, ou seja, ativista, será considerada ilegítima, por contrariar os valores democráticos e pluralistas da Constituição.

Deve-se rechaçar qualquer leitura das cláusulas constitucionais que acabe por amesquinhar o papel da política ordinária na vida social⁴¹⁴. Conforme aponta Dieter Grimm, “A Constituição estrutura a ação política organizando-a, guiando-a, limitando-a. Mas ela não regula a ponto de a política estar reduzida à mera execução de ordens constitucionais.”⁴¹⁵.

Aqui deve ser ressaltado que a menção a „sociedades democráticas e plurais” na fundamentação do ativismo defendido não é sem razão. Ocorre que tais valores acrescentam uma utilidade e importância prática à separação dos poderes, pois através deles é que se pode afirmar que a decisão tomada pelos poderes eleitos possui uma autoridade epistemológica, além da autoridade jurídico-constitucional decorrente de sua consagração constitucional.

As razões que justificam a autorrestrição judicial com que se trabalha decorrem do fato de que os poderes eleitos foram erigidos de acordo com o modelo desenhado pelas constituições em observância à teoria da separação dos poderes que, em contextos democráticos e plurais, atribui a determinados poderes a função de possibilitar que sejam realizadas práticas democráticas ligadas à soberania popular. Através de tais poderes os cidadãos poderão, antes de se submeter à norma, participar de sua elaboração em situação de igualdade, através de seus representantes, mediante procedimentos voltados para a formação de acordos que irão ser a base para a formulação das normas jurídicas infraconstitucionais. Os

⁴¹⁴ FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o direito e a política: alguns parâmetros de atuação*. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 36.

⁴¹⁵ No original: “*The constitution structures political action by organizing, guiding, and limiting it. But it does not regulate it to an extent which would reduce politics to mere execution of constitutional orders.*” (GRIMM, Dieter. *Constitution Adjudication and Democracy*. *Israel Law Review*, v. 33, 1999, p. 210).

poderes eleitos possuem, dessa maneira, a capacidade de lidar melhor com o dissenso existente em sociedades plurais.

Ora, não há como concordar com a afirmação de Carl Schmitt, no sentido de que, por entender o Estado como a unidade política decisiva⁴¹⁶, apenas o Estado com unidade política poderia assegurar harmonia e estabilidade. O pluralismo permitiria que o dissenso permanente entre diferentes pontos de vista fosse autodestrutivo, solapando esse ideal de unidade⁴¹⁷.

Acredita-se que pluralismo da sociedade democrática contemporânea se caracterize pela diversidade de concepções individuais sobre a vida digna e sobre o bem⁴¹⁸, sendo que o Estado organizado segundo um modelo democrático deve ter condições de operacionalizar com eficiência tal pluralismo de sua sociedade, de maneira que a tensão entre as diversas concepções de seus indivíduos não atue como algo nocivo, como defendido por Schmitt, mas como um fator de evolução e melhoria da sociedade.

Pessoas diferentes, de boa-fé, podem entender, por exemplo, que o princípio da dignidade da pessoa humana importa no reconhecimento do direito à prática da eutanásia, ou que a veda. É natural a possibilidade de que se estabeleçam profundos desacordos na sociedade sobre a interpretação de determinadas normas constitucionais.

Para Marcelo Neves a sociedade moderna é multicêntrica e policontextual, quer dizer, “não há um centro da sociedade que possa ter posição privilegiada para sua observação e descrição”⁴¹⁹, em outras palavras, “não há sistema ou mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos”⁴²⁰. Ao contrário das sociedades pré-modernas, na qual existia uma unidade orientadora e um ponto de observação único ou socialmente privilegiado, como o foi, por exemplo, a moral religiosa, a sociedade moderna é marcada pelo pluralismo pelo pluralismo de valores, interesses e discursos que se manifestam

⁴¹⁶ O autor considerava que a indeterminação das normas constitucionais tornava essencialmente política a tarefa de controlar a constitucionalidade das leis, pelo que defendeu que tal tarefa competiria ao Chefe de Estado, que representaria a unidade do povo alemão.

⁴¹⁷ SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 69-72.

⁴¹⁸ LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional*. São Paulo: LTr, 2014, p. 198.

⁴¹⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 23.

⁴²⁰ Idem, p. 24.

entre os indivíduos e os mais diversos grupos sociais. Por tais motivos, o autor afirma que a esfera pública pluralista é a arena do dissenso a respeito de todos os valores, interesses e expectativas que possam apresentar-se livre e igualmente no âmbito dos procedimentos políticos e jurídicos.

Esse pluralismo permeia os espaços de imprecisão da linguagem constitucional, permeia, portanto, a margem de discricionariedade judicial. Conforme afirma Marcelo Neves, como toda seleção frente à contingência, a tomada de decisão implica em escolhas que desconsideram outras possibilidades, de maneira que a interpretação do texto constitucional deve ser realizada de modo sensível à pluralidade de outras interpretações possíveis. O que se defende neste trabalho é justamente que essa sensibilidade à pluralidade pode, em determinados casos, gerar uma situação na qual o juiz deva agir com deferência à decisão tomada pelo poder eleito.

Com razão Jeremy Waldron afirma que as discordâncias quanto a direitos não são questões de interpretação em um sentido estritamente legalista. São questões que definem escolhas maiores que qualquer sociedade moderna deve enfrentar. Escolhas essas que são o ponto focal da discordância moral e política em muitas sociedades⁴²¹.

A existência de dissenso substancial em relação aos direitos existentes, e seu conteúdo, é uma pressuposição trabalhada por Jeremy Waldron em sua crítica ao *judicial review*. Para o autor, discordâncias sobre direitos dizem respeito a aplicações marginais e centrais, sem que isso signifique, necessariamente, que uma das partes da discordância não leve os direitos a sério, pois, “na maioria das vezes, a discordância acontece de maneira razoável e de boa-fé”⁴²². São sérias as questões envolvidas, mas não é razoável esperar que houvesse consenso.

De fato, não parece razoável esperar que os pontos de vista das pessoas de uma sociedade complexa e plural convergirão em um consenso a respeito de questões constitucionais controversas. Além dos problemas de ambiguidade da

⁴²¹ WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review*. In. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 113.

⁴²² Um pressuposto previamente apresentado por Waldron é o fato de que a sociedade analisada é comprometida com os direitos individuais e de minorias. (WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review*. In. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 114).

linguagem, que envolvem a determinação semântica de sentido da norma, existem, também o que se tem denominado de desacordo moral razoável⁴²³. Pessoas bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível.

A multiplicidade de grupos sociais e culturais e a pluralidade de opiniões e de projetos de vida são características centrais das sociedades ocidentais atuais. Ainda que se possa falar em certo consenso quanto aos pontos mais essenciais, as sociedades pluralísticas e heterogêneas são marcadas pelo dissenso sobre questões políticas importantes. Cada indivíduo ou grupo defenderá opiniões diferentes sobre tais questões.

Conforme afirma Celso Fernandes Campilongo, “Duvidar da possibilidade do consenso – consenso esse no mínimo improvável nas sociedades altamente diferenciadas e complexas – significa reconhecer legitimidade ao dissenso”⁴²⁴.

Cabe ao Estado organizar suas instituições de forma a possibilitar a convivência livre e igualitária entre indivíduos com diferentes opiniões, muitas vezes antagônicas entre si. Nesse arranjo é fundamental a adoção, pelo poder Judiciário, de uma postura que não elimine, em alguns casos, a possibilidade de êxito político de todas as posições divergentes, desde que não haja violação das zonas de certezas extraídas das disposições constitucionais.

Conforme já apontado, a legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a proteção dos direitos fundamentais, insuscetíveis de serem violados por deliberação política majoritária, e a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política a todos. A maior legitimidade do Poder Judiciário em tais casos é, de fato, um bom argumento a favor da não existência, ou diminuição do espaço que deve ser reservado à autorrestrrição judicial fundada na separação dos poderes em sociedades democráticas e plurais.

O ponto é abordado por Jeremy Waldron, que afirma que o argumento no sentido de que a aplicação de direitos fundamentais deveria ser confiada a qualquer

⁴²³ Ver. MCMAHON, Christopher. *Reasonable Disagreement: A Theory of Political Morality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

⁴²⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 124-125.

procedimento decisório político que, nas circunstâncias do tempo e do lugar, tenha maior probabilidade de aplicá-los bem, com a menor quantidade de efeitos colaterais adversos, é um exemplo de razão relacionada ao resultado⁴²⁵. Para o autor, contudo, nem esse tipo de argumentação favorece exclusivamente à defesa da *judicial review*, pois razões relacionadas ao resultado valem nas duas direções, pois “existem coisas sobre os parlamentos que às vezes os tornam vulneráveis aos tipos de pressão contra os quais se supõe que os direitos devam prevenir, mas também existem coisas sobre os tribunais que lhes dificultam lutar diretamente contra questões morais que as discordâncias sobre direitos apresentam”⁴²⁶.

De outro lado, Waldron afirma que a preponderância das razões relacionadas ao processo pesa a favor dos parlamentos. A questão da legitimidade política dos procedimentos decisórios em face da discordância sobre resultados é descrita por Jeremy Waldron:

“Imaginemos uma decisão sendo tomada por um determinado processo e imaginemos uma cidadã Cn – que será obrigada ou onerada pela decisão – discordando da decisão e perguntando porque ela deveria aceitar, cumprir ou torelá-la. (...) Mesmo que ela discorde do resultado, ela pode ser capaz de aceitar que se chegou a ele de maneira imparcial. A teoria de uma resposta baseada no processo como essa é a teoria da legitimidade política. (...)

Tornemos mais concreta essa álgebra abstrata. Suponha que uma cidadã que discorde da decisão legislativa sobre direitos e formule as duas questões que eu vislumbrei. Ela pergunta: (1) por que deveria esse grupo de aproximadamente 500 homens e mulheres (os membros do legislativo) ser privilegiado para decidir uma questão de direitos que afeta a mim e a outras 500 milhões de pessoas? e (2) mesmo que eu aceite o privilégio dado a esses 500, por que não foi dado maior peso aos pontos de vista daqueles legisladores com os quais eu concordo?

Nas democracias, os legislativos são erigidos de modo a fornecer respostas razoavelmente convincentes a essas duas questões.

A resposta à primeira questão é dada pela teoria das eleições imparciais para a composição do parlamento, eleições nas quais pessoas como Cn foram tratadas com igualdade, juntamente com seus concidadãos, para determinar quem seria privilegiado para fazer parte do pequeno grupo que toma decisões desse tipo. A resposta à segunda questão é dada pelos princípios da decisão majoritária (DM). (...)

⁴²⁵ Razões relativas ao processo são razões para insistir que determinada pessoa tome uma decisão, ou participe de sua tomada, independentemente de considerações sobre o resultado apropriado. Por sua vez, razões relacionadas ao resultado são razões para projetar o procedimento de decisão de uma maneira que assegurará o resultado apropriado.

⁴²⁶ WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 124.

Mais do que qualquer outra regra, a decisão majoritária (DM) é neutra em relação aos resultados contestados, trata os participantes com igualdade e dá a cada opinião expressa o maior peso possível compatível com a igual ponderação de todas as opiniões. Quando discordamos sobre o resultado desejado, quando não queremos predispor uma questão antecipadamente de uma forma ou de outra e quando um dos participantes relevantes tem uma reivindicação moral a ser tratada como igual no processo, então a DM – ou algo parecido – é o princípio a ser utilizado. (...)

Para os legislativos, utilizamos uma versão da DM para escolher representantes e uma versão da DM para tomar decisões entre os representantes. A teoria é a de que, juntas, essas versões fornecem uma aproximação razoável do uso da DM como processo decisório entre a coletividade dos cidadãos como um todo (...).

Em geral, então, o que estamos dizendo a Cn é mais ou menos isto: você não é a única que que questiona os procedimentos decisórios que utilizamos. Na verdade, milhões de indivíduos o fazem. (...) Conferimos a cada pessoa a maior oportunidade de opinar possível que é compatível com uma igual oportunidade de opinar para cada um dos outros. Este é o nosso princípio. E acreditamos que nossos complicados arranjos eleitorais e de representação satisfaçam à demanda de igualdade política – ou seja, de voz igual e de igual autoridade decisória.⁴²⁷

A descrição do processo Jeremy Waldron admite ter sido convencido por Ronald Dworkin de que o critério de decisão majoritária sozinho não é um princípio apropriado a ser utilizado em relações de justiça de primeira ordem. Se em um bote salva-vidas superlotado alguém tiver que ser lançado ao mar, não seria apropriado usar a decisão majoritária para decidir quem seria. Mas Waldron continua acreditando que a decisão majoritária é um princípio apropriado para escolher entre regras gerais.

Os argumentos de Waldron são poderosos, mas não se pode concordar com sua afirmação de que as razões de razões relativas ao resultado não favoreçam a legitimação da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário, pois acredita-se que há situações em que a forma adequada para lidar com o dissenso existente a respeito de determinados temas é através do Judiciário. Em geral, tais situações irão envolver matérias nas quais se faz realmente necessária uma atuação contramajoritária do Poder Judiciário. Quando a contramajoritariedade não for uma dificuldade, mas sim um trunfo. Situações em que confiar a aplicação das normas constitucionais às maiorias não seja a melhor opção.

Deve-se, por sua vez, reconhecer que estão corretas as considerações de Waldron em relação às razões relacionadas ao processo, sendo esclarecedoras as

⁴²⁷ Idem, p. 134-137.

vantagens atribuídas ao processo democrático no tratamento de temas objeto de dissenso, tão comuns em contextos de pluralidade social, moral e ideológica. Os poderes majoritários contam com informações e ferramentas muito mais profundas, numerosas e adequadas para criar, ajustar ou simplesmente revogar os regramentos elaborados com base em suas decisões, além das diversas razões já mencionadas no decorrer deste trabalho.

Ante todo o exposto, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis deve ser exercido com moderação, de forma a não subtrair dos poderes eleitos seus espaços de livre conformação por meio de postura ativista quando seria adequada uma autorrestrição fundada na separação dos poderes em sociedades democráticas e plurais.

Conforme já analisado, a postura de autorrestrição judicial defendida por James Thayer deu origem à formulação clássica da presunção de constitucionalidade segundo a qual só em caso de evidente inconstitucionalidade de uma lei, quando o vício possa ser afirmado além de qualquer dúvida razoável, é que os tribunais podem invalidá-la. Já expostos, também, os argumentos pelos quais não se pode adotar uma concepção de autorrestrição judicial tão extrema.

Admite-se que há razões que justificam uma intervenção mais invasiva do Poder Judiciário nas deliberações majoritárias, bem como há razões que requerem uma maior autorrestrição judicial, de maneira a não ser invadida arbitrariamente o espaço dentro do qual o pluralismo se manifesta e é decidido por meio de procedimentos democráticos adequados ao tratamento do dissenso. Deve ser reconhecido, assim, que a teoria constitucional contemporânea caminha em direção de uma posição “com mais nuances sobre a presunção de constitucionalidade e a autocontenção judicial”⁴²⁸, pelo que se passa a ser comum a formulação de gradações na autorrestrição judicial a ser aplicada em cada situação, a depender de diversas variáveis.

A ideia de se trabalhar com uma gradação da presunção de constitucionalidade teve sua origem na já mencionada na nota de rodapé nº 4, da

⁴²⁸ SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão da "Última Palavra" e alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 149.

decisão de *United States v. Carolene Products*⁴²⁹, proferida em 1938, na qual Harlan Fiske Stone defende a necessidade de abandono do controle judicial assertivo da legislação econômica regulatória e, por outro lado, o controle judicial mais pronunciado em casos de leis que ameçassem os valores da democracia ou que restringissem as liberdades individuais e os direitos das minorias.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, ao longo do tempo, pautada na ideia de 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.

A jurisprudência consolidou, assim, parâmetros diferentes para o exercício do controle de constitucionalidade, que envolvem graus variáveis de deferência em relação às decisões legislativas ou administrativas: o „teste de racionalidade“ (*rationality test*) seria caracterizado pela extrema autorrestricção judicial; o „teste intermediário“ (*intermediate test*), mais rigoroso que o primeiro; e o „teste do escrutínio estrito“ (*strict scrutiny*), extremamente rigoroso, em que ocorre praticamente uma inversão na presunção de constitucionalidade⁴³⁰.

A tendência atual é a de se conceber de forma graduada e heterogênea o exercício do ativismo judicial, considerando diversas variáveis. O ativismo judicial será mais intenso em alguns casos, e mais suave em outras. Os parâmetros que serão utilizados dependem a depender do autor, pelo que vale elencar algumas dessas formulações.

Dedicando-se à identificação e sistematização de diversos graus de intensidade pelos quais se desenvolve o controle jurisdicional dos atos do Poder Público, Elival da Silva Ramos elabora gradação considerando os limites de tal controle, a fim caracterizar como ativista a decisão judicial que ultrapassá-los.

Para o autor, enquanto se mantenha no plano exclusivamente político, a função de governo revela-se „judicialmente incontrolável“.

⁴²⁹ 304 U.S. 144 (1938).

⁴³⁰ SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão da "Última Palavra" e alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 150.

Existem, ainda, situações na qual o ordenamento brasileiro consagra um controle judicial de „grau mínimo“ em relação a atividades estatais, como é o caso do exercício atípico de função jurisdicional pelo Senado, no processo e julgamento de crimes de responsabilidade, sindicável apenas sob o prisma da observância ao devido processo legal e seus consectários no plano formal.

Já no tocante às questões *interna corporis*, deve-se ir além do controle meramente formal, calcado em princípios e regras constitucionais, tipificador do controle de grau mínimo, para se adentrar na discussão dos próprios fundamentos jurídicos das decisões *interna corporis*, muito embora com uma autorrestrição um pouco maior do que aquele que prevalece a respeito de outras matérias. Esse tipo de „controle médio fraco“ também deve ser aplicado à apreciação judicial dos atos pelos quais se exerce a função de chefia de Estado e, por fim, ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos fundado em normas-princípio, em face de seu menor grau de vinculatividade.

Deve, ainda, ser qualificado de „controle médio forte“ o existente na fiscalização de constitucionalidade balizada por normas-regra, com redução significativa da discricionariedade legislativa, na medida em que as normas de referência dispõem de maior densidade de sentido, bem como o exercido sobre atos administrativos em que subsista alguma discricionariedade em favor da administração.

Por fim, há que se observar o „nível máximo“ que pode ser atingido pelo controle jurisdicional fundado na Constituição, que diz respeito aos atos administrativos plenamente vinculados⁴³¹.

Outra análise interessante é a realizada por Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, formulados a partir do reconhecimento de que os principais fundamentos da presunção relativa de constitucionalidade das leis são a democracia e a separação de poderes. Consideram que dita presunção expressa a deferência devida aos atos emanados de órgãos eleitos pelo povo. Impõe-se, assim, que se

⁴³¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153-168.

respeite a esfera de atuação própria de cada poder do Estado, especialmente a preservação do espaço das escolhas normativas feitas pelo Poder Legislativo⁴³².

Os autores listam, então, alguns parâmetros que consideram importantes para „calibrar“ a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, e, por consequência, o grau de ativismo do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional:

(a) considerando o grau de legitimidade democrática do ato normativo. Quanto mais democrática tenha sido a elaboração do ato normativo, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame de sua constitucionalidade. O foco, contudo, não é no conteúdo da norma, mas sim na maneira como foi elaborada. Ex. maior presunção de constitucionalidade de emenda, por ser aprovada com maioria qualificada de três quintos dos deputados e senadores, do que leis ordinárias, aprovadas por maioria simples;

(b) entende que o Poder judiciário deve atuar de maneira ativa para proteger condições de funcionamento da democracia. Há direitos e institutos que são diretamente relacionados com o funcionamento da democracia, como os direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de acesso à informação, e as prerrogativas políticas da oposição. As restrições a esses direitos, bem como as tentativas dos grupos hegemônicos de alterar as regras do jogo político em favor dos próprios interesses devem ser avaliadas de forma mais estrita pelo poder judiciário;

(c) se relaciona à proteção de minorias estigmatizadas. O processo político majoritário pode não ser suficientemente atento em relação aos direitos e interesses dos integrantes de grupos vulneráveis, pelo que nesses casos deve ser menos forte a presunção de constitucionalidade de normas prejudiciais a tais grupos;

(d) diz respeito à relevância material do direito fundamental em jogo. Normas que restrinjam direitos básicos merecem escrutínio mais rigoroso, tendo sua presunção de constitucionalidade mais relativizada;

⁴³² SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão da "Última Palavra" e alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 148-158.

(e) considera a comparação entre as capacidades institucionais do Poder Judiciário e do órgão que editou o ato normativo discutido. Recomenda a postura de autorrestrrição diante da falta de *expertise* do judiciário para tomar decisões em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito;

(f) deve ser considerada a época de edição do ato normativo, pois normas editadas não desfrutam de presunção de constitucionalidade equiparada àquelas feitas posteriormente;

(g) diz respeito à „inconsistência temporal“: a tendência humana de sobrevalorizar interesses de curto prazo em detrimento daqueles de longo prazo.⁴³³

Não faz parte do objeto do presente trabalho rejeitar ou formular parâmetros precisos, mas cabe observar maioria dos parâmetros expostos são adequados para o tratamento da autorrestrrição judicial fundada na separação dos poderes em sociedades plurais, pois ligados à valorização dos procedimentos democráticos que consubstanciam os poderes eleitos para tratar de dissensos decorrentes da pluralidade das visões dos cidadãos e grupos representativos. Tais parâmetros devem influenciar, assim, o Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional na forma de aumentar o espaço na qual a autorrestrrição é a postura adequada a ser tomada.

Não obstante, foram mencionados parâmetros que atuam no sentido oposto, pois formulados para diminuir a área na qual a autorrestrrição deve incidir, ante a existência de razões para crer que os procedimentos democráticos não são a forma adequada para lidar com o dissenso envolvido.

Importância especial deve ser conferida ao critério da proteção de minorias, que pretende diminuir eventuais prejuízos causados pela „tirania da minoria“. De fato, uma das maiores preocupações sobre o trabalho dos poderes majoritários é o de que seus procedimentos possam dar expressão à tirania da maioria. É importante, contudo, distinguir entre a maioria e minoria „decisória“ e o que a maioria ou minoria „tópica“ – isto é, grupos majoritários e minoritários cujos direitos estão em jogo na decisão. A tirania da maioria é possível, mas esse termo não deveria ser usado simplesmente para registrar o desacordo de alguém com o

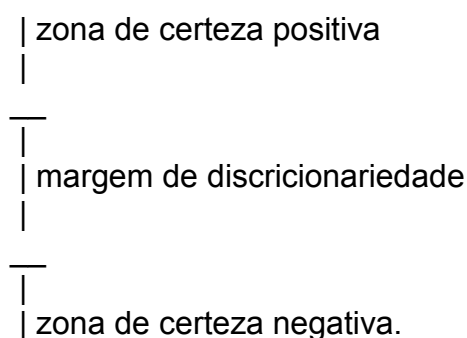
⁴³³ Os autores ressaltam a impossibilidade de hierarquizar os parâmetros apresentados, que nem sempre serão convergentes no caso concreto.

resultado de uma decisão da maioria. A tirania da maioria a ser combatida é aquela que acontece quando minorias tópicas estão alinhadas com minorias decisórias⁴³⁴.

As minorias decisórias que são, também, minorias tópicas, precisam das proteções que o controle de constitucionalidade proporciona na proteção de seus interesses e direitos, de maneira que em tais situações, a atuação do Poder Judiciário deve ser menos deferente para com as decisões tomadas pelos poderes majoritários.

No exercício da jurisdição constitucional, ao iniciar o processo decisório de determinada matéria, a primeira avaliação a ser realizada pelo magistrado não é sobre o mérito da questão de fundo, mas sim a respeito do alcance legítimo de sua intervenção. A resposta a esse questionamento deverá, então, pautar a intensidade de seu escrutínio.

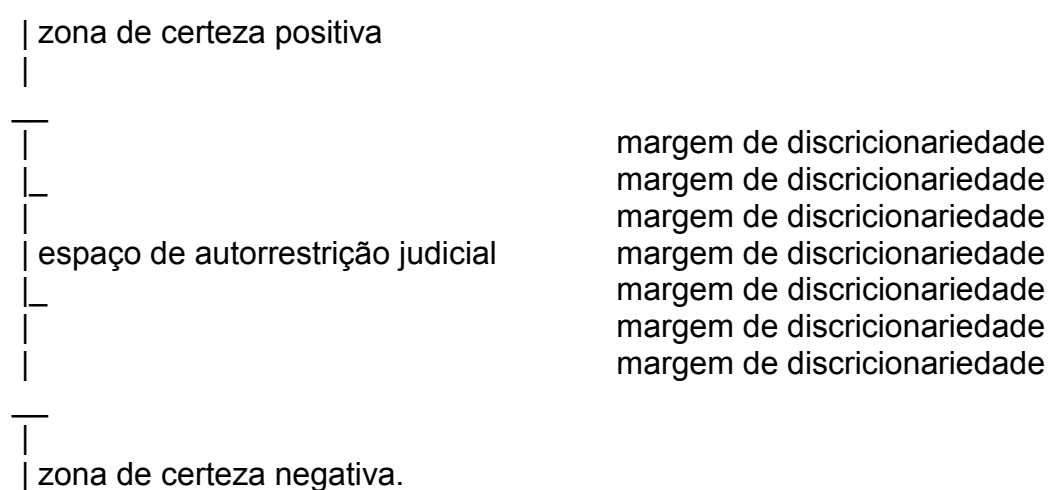
A primeira baliza a ser considerada decorre da indefinição do Direito. Quanto maior a indefinição do direito, maior será a margem de discricionariedade dentro do qual o juiz poderá decidir, sendo que se o regramento do poder eleito estiver dentro fora dessa margem de discricionariedade não restará opção ao juiz que não decidir a favor da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do regramento, pois tal decisão estará na zona de certeza positiva ou negativa. Dentro desta margem de indefinição, qualquer resposta subjetivamente correta tomada pelo juiz será considerada legítima juridicamente. Ilustra-se, para melhor compreensão:



A segunda baliza é a ser considerada decorre de considerações a respeito da separação dos poderes em sociedades democráticas e plurais. Ela poderá existir em situações de jurisdição constitucional, em razão da dificuldade

⁴³⁴ WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 145-148.

majoritária, e estará sempre localizada dentro da margem de discricionariedade, sendo que seu espaço de influência variará de acordo com os parâmetros envolvidos no caso. Quanto maior a legitimidade democrática dos poderes eleitos para lidar com o dissenso envolvido, maior será o espaço em que a postura judicial legítima será a autorrestrição judicial fundada na separação dos poderes em sociedades democráticas e plurais. Quanto menor a legitimidade democrática dos poderes eleitos para lidar com o dissenso envolvido, como no caso de envolver direito de uma minoria é ao mesmo tempo decisória e tópica, menor será a área na qual a postura judicial legítima será a autorrestrição judicial fundada na separação dos poderes em sociedades democráticas e plurais. Em ambos os casos, dentro do espaço de autorrestrição, e apenas dentro dele, será considerado que houve ativismo judicial quando a decisão do Poder Judiciário se sobrepor à dos poderes eleitos. Caso a decisão se situe na margem de discricionariedade, mas fora do espaço de autorrestrição judicial, ela será considerada legítima. Ilustra-se:



Para esclarecer como será operada a autorrestrição proposta, bem como os parâmetros considerados, passa-se a apresentar um exemplo de situação na qual o Poder Judiciário exerce jurisdição constitucional. Deve ser considerada uma sociedade democrática e plural na qual a Constituição prevê o reconhecimento da união estável „entre homem e mulher como entidade familiar“.

Questiona-se, inicialmente, a constitucionalidade de uma lei que prevê que uniões heterossexuais fora do casamento serão criminalizadas por violação da mencionada norma constitucional. No caso, é possível afirmar que a lei é

inconstitucional, pois embora haja alguma indefinição na norma constitucional, é certo que não se pode ser admitida tal interpretação. Assim, a interpretação pela inconstitucionalidade da lei está na zona de certeza positiva, pelo que deve ser declarada inconstitucional.

Questiona-se, então uma lei que prevê que uniões heterossexuais fora do casamento não constituem união estável. Nesse caso, a margem de discricionariedade do julgador admite tanto que se interprete a Constituição no sentido de que a lei é constitucional ou inconstitucional, pois trata-se de uma questão controversa que envolve a pluralidade de visões a respeito de temas sensíveis como moral e religião. Aqui, admite-se que a indefinição do direito permite que se faça tal interpretação da norma constitucional. Ademais, por ser uma questão na qual o legislador possui grande legitimidade democrática para lidar com o dissenso, o Poder Judiciário deve agir com deferência, pois a lei encontra-se no espaço dentro do qual apenas é legítima uma postura de autorrestricção judicial fundada na separação dos poderes em uma sociedade democrática e plural.

Questiona-se, por fim, uma lei que prevê que uniões homossexuais fora do casamento não constituem união estável. Ora, no caso, mesmo que se considere que a margem de discricionariedade do julgador admite tanto que se interprete a Constituição no sentido de que a lei é constitucional ou inconstitucional, assim como na hipótese anterior, aqui haverá, dentro da margem de discricionariedade, uma situação na qual o Poder Legislativo não parece ser tão adequado para lidar com o dissenso. No caso, a minoria decisória de homossexuais coincide com a minoria tópica, os homossexuais que não terão sua união estável reconhecida. Assim, verifica-se que a democracia falha como palco de decisão coletiva legítima, pois se está diante de uma situação em que a maioria pode mostrar-se tirânica. Caberá, então, ao Poder Judiciário, cumprir sua função contramajoritária e tomar uma posição mais invasiva às competências do legislativo. Na situação, portanto, dentro da margem de discricionariedade, será bastante reduzido o espaço na qual a postura adequada do Poder Judiciário será a autorrestricção judicial fundada na separação dos poderes em uma sociedade democrática e plural.

Cabe, por fim, trazer a análise de Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁴³⁵, a respeito do Supremo Tribunal Federal atual, no sentido de que argumentos institucionais de deferência à capacidade jurídica ou epistêmica de outros poderes não fazem parte da gramática decisória permanente dos ministros, mas apenas constam de alguns votos vencidos, nunca como „profissão de fé” dos autores, e sim como o argumento orientado ao resultado desejado. São raras as situações nas quais o Supremo Tribunal Federal conclui existirem espaços de decisão, ou questões relevantes, imunes à sua interferência. Na visão do autor, todas as decisões relevantes dos outros poderes estão sujeitas ao controle de legitimidade constitucional pela Corte, e as razões políticas ou empíricas dessas decisões relevantes estão todas inteiramente sujeitas a esse controle sem gozar de qualquer procedência normativa. “Uma vez provocado o controle, o jogo começa do zero”⁴³⁶. O Supremo Tribunal Federal justifica suas decisões afirmando que elas são o resultado do que entende ser a melhor interpretação da Constituição, sem se sentir constrangido pelas decisões anteriores de outros poderes ou pelo alto teor político ou moral das matérias que julga. Não se sente desconfortável em expandir poder em detrimento dos outros poderes.

Assim, embora este trabalho não tenha pretendido trazer a análise de casos concretos julgados pelo Poder Judiciário brasileiro, a avaliação apresentada serve de alerta, pois aparentemente as relevantes razões que fundamentaram a adoção do critério de autorrestrrição judicial adotado neste trabalho não estão influenciando a postura decisória dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Mas se essa constatação não coincide com o que foi defendido, ao menos são justificadas as preocupações e as razões que fizeram com que o tema fosse estudado, na esperança de que alguma contribuição positiva possa ser extraída.

⁴³⁵ Importante observar que o autor acredita haver autonomia não só descritiva, mas também funcional, entre a dimensão uma dimensão estrutural (ligada à separação dos poderes) e uma dimensão metodológica (ligada à interpretação) do ativismo do Supremo Tribunal Federal.

⁴³⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 314-315.

6. CONCLUSÃO

O Estado de Direito, marcado pela juridicização do poder, se tornou, dado o êxito do constitucionalismo, sinônimo de Estado Constitucional, que tem na separação dos poderes uma de suas noções fundantes, pois foi ela a principal ferramenta para a limitação do poder.

Verificou-se que a separação dos poderes tem suas origens na Grécia antiga, na ideia de governo misto, mas que foram os desenvolvimentos intelectuais relacionados às revoluções burguesas que tiveram como resultado sua noção clássica.

O constitucionalismo, teoria que erge o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos teve seu desenvolvimento mais expressivo também relacionado ao contexto das revoluções burguesas, mas assumiu seus contornos atuais especialmente por meio do desenvolvimento da *judicial review* nos Estados Unidos e nas teorias que atribuíram força normativa à Constituição na Europa do pós-II Guerra.

O controle de constitucionalidade se afirmou, pelo mundo, como um importante instrumento de contenção de poder político nas democracias contemporâneas. Seus mecanismos passaram a representar os limites institucionais do poder da maioria, pois determinados princípios e direitos constitucionalizados são subtraídos do embate político cotidiano, ficando reservados contra majorias legislativas ocasionais.

Verificou-se, então, que o constitucionalismo moderno se assenta sobre pilares da contenção do poder dos governantes, por meio da separação dos poderes, da garantia de direitos individuais, concebidos como direitos negativos oponíveis ao Estado, e da necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, pela via da democracia representativa.

Em seguida foi exposto que, mais recentemente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, pois as mudanças sofridas não só nos Estados, mas em toda a sociedade não deixam dúvidas a respeito da necessidade em se reavaliar algumas das noções tradicionalmente concebidas a respeito da separação dos poderes. Foram analisadas algumas dessas transformações,

especialmente as relacionadas ao Estado Social e às novas funções reconhecidas ao Poder Judiciário.

Considerou-se, contudo, que há que se reconhecer alguma função atual à separação dos poderes, que deve ser valorizada, visto que, após séculos nos quais os poderes desempenharam funções específicas, e foram moldados para o desempenho dessas funções, admitir a confusão ou a tomada de funções é, no mínimo, perigoso. Alterações nos papéis desempenhados pelos poderes, ou mesmo a superação da separação entre eles, devem ser cuidadosamente pensadas e previstas no texto constitucional.

Extraiu-se da cláusula da separação dos poderes, que a divisão do poder, bem como sua separação em Legislativo, Executivo e Judiciário, é essencial para o estabelecimento e a manutenção da liberdade política, sendo que a cada um desses três poderes há uma correspondente identificável função, não usurpável pelos demais, a ser exercida na forma de um processo articulado de maneira que os diferentes aspectos da criação legislativa e a ação legalmente autorizada não ocorram juntas, em confusão, antes que haja algum impacto no indivíduo. Apenas dessa maneira, por meio da ação concertada entre forças que se opõem, será obtida a organização ótima das funções estatais apta a gerar o avanço da sociedade de maneira legítima.

Foi analisado, então, o tratamento da separação dos poderes, do Poder Judiciário e do controle de constitucionalidade nas constituições brasileiras, para a delimitação das grandes mudanças efetuadas durante a história constitucional brasileira. As Constituições jamais deixaram de indicar quais órgãos são titulados ao exercício dos poderes estatais. Contudo, nem sempre indicam as funções que lhes competem exercer, e raramente se ocupam da caracterização material de tais atividades. Constatou-se, contudo, uma „virada institucional“ do Supremo Tribunal Federal e do controle jurisdicional de constitucionalidade como um todo, que a partir da Constituição de 1988 adquirem força e independência, e cujas mudanças serão parte da explicação da nova postura do Poder Judiciário brasileiro.

Chegou-se, então, ao tema mais central do trabalho, na qual foi exposta a tensão existente entre a democracia e a jurisdição constitucional, não obstante a virtudes da segunda. O exercício da jurisdição constitucional impõe bloqueios para a deliberação coletiva ao extrair respostas diretamente da Constituição, por intermédio

da interpretação judicial. Toma forma, assim, um modelo em que se permite a um órgão supostamente neutro, munido de técnicas jurídicas sofisticadas e não legitimado diretamente pelas urnas, invalidar as opções políticas daqueles que foram eleitos para conduzir as instituições majoritárias. São geradas tensões, que podem ser observadas por meio das relações entre os poderes.

Atenção especial foi conferida à uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático apelidada pela teoria constitucional de „dificuldade contramajoritária“, apesar da aceitação quase universal deste papel contramajoritário com base em dois fundamentos principais: (i) a proteção dos direitos fundamentais, insuscetíveis de serem violados por deliberação política majoritária; e (ii) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política a todos.

Esse modelo inicialmente contrário à vontade das maiorias tem se expandido no Brasil e no mundo, mas não sem passar por alguns questionamentos.

Foram apresentadas teorias de justificação da expansão da jurisdição da constitucional no mundo, especialmente as afirmações no sentido de que com o fim da Segunda Guerra Mundial verificou-se a necessidade de contenção dos poderes majoritários por meio de uma Constituição garantidora de direitos invioláveis, a ser guardada de forma efetiva por judiciários fortes, e de que há uma forte correlação entre a recente expansão da democracia mundialmente e a expansão do Poder Judiciário.

Expôs-se, então, posição que considera que ser mais adequada uma explicação estratégica densa, chamada pelo autor de „tese da preservação hegemônica“, segundo a qual o empoderamento judicial por meio da constitucionalização é melhor compreendido como produto de uma estratégia de três grupos chave: elites políticas ameaçadas que desejam preservar ou aumentar sua hegemonia política isolando determinadas políticas públicas das vicissitudes da política democrática; elites econômicas que podem ver a constitucionalização de certas liberdades econômicas como forma de promover uma agenda neoliberal de mercados abertos, desregulação econômica, não estatal e não coletiva; e elites judiciárias e altas cortes que buscam aumentar sua influência política e reputação internacional. Tais atores determinariam o momento, extensão e natureza da reforma constitucional, de acordo com seus interesses compatíveis.

Em seguida, questionou-se a expansão da jurisdição constitucional por meio de posição que considera que uma soberania popular permanentemente operante é contrária separação dos poderes que se expandiu no século XX e estranha à tradição constitucional que se cristalizou e se projeta a partir da concepção estadunidense, que teria reduzido a soberania ao ato de fundação constituinte.

Foram estudadas, então, as construções teóricas a respeito da judicialização da política, especialmente a faceta que trata da transferência de poder decisório dos poderes políticos e da sociedade para a arena judicial. Chegou-se à conclusão de que embora correspondam a noções distintas, o processo de judicialização é acentuado por uma postura ativista do Poder Judiciário, uma vez que o aumento das chances de sucesso da demanda que depende do avanço sobre as competências dos demais poderes converte-se num incentivo para a busca da intervenção judicial.

Verificou-se que o primeiro uso do termo „ativismo judicial” ocorreu em um artigo escrito por Arthur Schlesinger Jr. na revista *Fortune*, em 1947, no qual eram descritos os perfis dos juízes que compunham a Suprema Corte. Cada lado retratado por possuía uma distinta visão de mundo. Os ativistas acreditavam que direito e política eram inseparáveis, considerando que as decisões judiciais seriam orientadas por resultados, sem que houvessem resultados pré-ordenados. Os autocontidos, por sua vez, separariam direito e política, e seriam mais céticos quanto às noções individuais de justiça dos juízes, acreditando, ainda, que as leis teriam significados fixos e que o desvio de tais significados seria inapropriado, não importando o grupo que fosse se beneficiar de tal decisão.

Em razão de o ativismo judicial estar extremamente associado à história dos Estados Unidos da América foi estudado o tema no contexto de jurisdição norte-americana, pois além da longevidade do debate é destacada também sua completude, pois alí o tema desenvolveu-se em diferentes contextos ideológicos, sociais, políticos e culturais.

Exposta parte da longa história da discussão a respeito do ativismo judicial no contexto norte americano, fica clara que a indefinição a respeito do tema decorre, ao menos em parte, de sua utilização em situações bastante díspares, nas quais o que a Suprema Corte decidia variava de maneira substancial. Ocorre que o

ativismo judicial pode ser utilizado para identificar diversas formas de atuação, pelo que é necessário realizar um corte metodológico a fim de melhor delimitar o ativismo judicial que deve ser influenciado e avaliado sob a ótica de uma cláusula da separação dos poderes em uma sociedade democrática e plural. A fim de realizar tal tarefa foram examinadas teorias a favor da autorrestrrição judicial.

Considerou-se útil o estudo do desenvolvimento da doutrina da autorrestrrição judicial no meio acadêmico e judicial norte-americanos, pelo que foram examinadas as propostas, com os mais diferentes fundamentos, que procuram minimizar a participação das cortes nas decisões políticas e morais complexas ao combinar os elementos de autorrestrrição.

A exposição realizada deixou clara a dificuldade em encontrar precisão no uso das expressões „ativismo judicial“ e „autorrestrrição judicial“, que fazem referência a um debate multifacetado e com critérios de avaliação controversos. Necessário, assim, optar por uma delimitação mais específica, pois a possibilidade de se eleger ou refinar metodologicamente os critérios de análise da atuação judicial traz a vantagem de albergar outros aspectos acerca do processo decisório e suas consequências.

Considerando o exposto a respeito da cláusula da separação dos poderes, especialmente considerando sua aplicação em uma sociedade democrática e plural, foi considerado que há um espaço de discricionariedade judicial, no exercício da jurisdição constitucional, dentro do qual é possível estabelecer um limite entre posturas ativistas e autorrestritivas, a ser avaliado sopesando as legitimidades jurisdicionais (relativa à justiça constitucional) e democráticas envolvidas.

A postura de autorrestrrição que desenvolvida incide principalmente no exercício de jurisdição realizado sobre a legislação, pois a questão a ser abordada diz respeito à legislação primária promulgada pelo parlamento eleito de um Estado politicamente organizado com uma sociedade democrática e plural. Contudo, alguns argumentos se aplicam também à ação tomada pelo Poder Executivo, afinal de contas, esse também possui algumas credenciais políticas próprias com as quais pode se opor à tomada de decisão dos juízes, mas sendo certo que sua atuação só pode ocorrer na medida a dar cumprimento aos comandos normativos constitucionais e legais, é certo que sua atuação deve sofrer maior controle judicial.

A cláusula da separação de poderes em uma sociedade plural é empregada como argumento em favor de uma postura autorrestritiva em determinadas situações. A compreensão do ativismo e da autorrestrição no esquema estrutural da separação dos poderes em uma democracia plural implica em fundamentar a autorrestrição na necessidade de deferência do Poder Judiciário em favor dos poderes democraticamente eleitos, em tratamento que se adequa à filosofia política do constitucionalismo democrático e que compreende e aceita a discordância que envolvam desacordo moral, social e político.

A deferência justifica-se por razões de autoridade jurídico-constitucional, na forma das cláusulas da separação dos poderes e na consagração do regime democrático, mas também por razões de autoridade epistêmica, por considerar que as capacidades institucionais dos poderes eleitos são mais adequadas a resolver discordâncias que envolvam desacordo moral, social e político, adotando, assim, a premissa de que as deliberações democráticas tendem a gerar melhores soluções coletivas do que aquelas tomadas por agentes isolados.

Na verdade, os argumentos de autoridade jurídico-constitucional e os de autoridade epistêmica trabalham juntos, pois apenas a separação dos poderes não poderia fundamentar uma autorrestrição judicial diante da evolução do constitucionalismo, especialmente na necessária atribuição de força normativa à constituição em países que preveem a jurisdição constitucional. Apenas com o acréscimo da democracia, que se fundamenta na crença de ser a decisão majoritária do povo a forma adequada de tomada de decisões que vinculam a coletividade, é que a separação dos poderes passa a constituir um argumento favorável à autorrestrição, tanto pela autoridade jurídico-constitucional dos poderes eleitos, quanto pela autoridade epistêmica dos procedimentos decisórios democráticos em uma sociedade plural.

Considera-se que a discricionariedade é área na qual a autorrestrição vai ocorrer, ante a constatação de que deferência envolve um tomador de decisões seguir uma determinação feita por outro indivíduo ou instituição, sendo essa determinação diferente da que chegaria sozinho.

Os argumentos que fundamentam a „autorrestrição judicial fundada na separação dos poderes em sociedades democráticas e plurais“ estabelecem a linha da que demarca que a decisão tomada é legítima. Ativismo judicial significa o

exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo ordenamento, considerada a determinação constitucional de observância à separação dos poderes, pluralismo político e democracia.

Por ser considerado que o ativismo/autorrestricção são posturas possíveis dentro do espaço de discricionariedade, deve ficar claro que uma decisão fora dos parâmetros normativos fixados pela Constituição não se pode sequer ser considerada uma decisão ativista. Trata-se de uma decisão violadora da Constituição.

Passou-se, então para a importante distinção entre uma simples expansão na atuação do Poder Judiciário brasileiro e a prática de ativismo judicial, nos moldes descritos anteriormente, pelo mesmo.

Foram expostas as razões pelas quais a Constituição de 1988 marca o início de um processo de crescimento institucional do Poder Judiciário, e especialmente do Supremo, na guarda da Constituição, podendo ser afirmado que essa atuação era anteriormente marcada, no Brasil, por uma debilidade institucional histórica. A partir de tal marco teve início a luta teórica e judicial pela conquista da efetividade das normas constitucionais, cujos esforços iniciais eram para que o Poder Judiciário assumisse o seu papel e desse concretização efetiva aos princípios, regras e direitos inscritos na Constituição.

Verificou-se que há, hoje em dia, uma grande preocupação quanto ao papel que o Poder Judiciário vem assumindo, mas caso não seja dada atenção para a causa disso e se essa proatividade é permitida ou até mesmo exigida por nosso sistema jurídico, será grande o risco de confusão entre ativismo judicial e mera aplicação das normas constitucionais, pois a atuação efetiva do poder judiciário na proteção de direitos – sejam eles individuais, coletivos ou sociais –, e a invalidação frequente de leis inconstitucionais não podem ser utilizados como parâmetros para aferição do ativismo no Brasil. No caso brasileiro, todas as ações supracitadas podem ser realizadas pelo Judiciário brasileiro, sem que sua atuação extrapole os limites impostos pela Constituição.

A ampliação do espaço tradicional do Judiciário na tutela da Constituição e sua supremacia foi viabilizada, em grande parte, pela simples vinculação dos poderes aos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.

Ocorre que a defesa de uma jurisdição constitucional que pretende ir além do que pode ser apreendido do texto Constitucional é democraticamente repulsiva, pelo que não se pode pretender concentrar poderes nas mãos do Poder Judiciário sob a presunção de que essa é a maneira mais adequada de defender direitos e garantias fundamentais, ou de que essa é a agenda que guia a orientação dos magistrados e, mais importante, do Supremo Tribunal Federal. Não se pode perder de vista que a arbitrariedade das decisões proferidas no exercício da jurisdição constitucional é algo plausível, pois o Poder Judiciário não está livre do perigo de converter uma vantagem democrática e eventual risco para a democracia.

Foi exposto que quando o Poder Judiciário não se confina à aplicação das normas preestabelecidas, mas se lança à tarefa de participar ativa e criativamente da construção da ordem jurídica, há uma expansão da função que desempenha em detrimento dos poderes eleitos, especialmente do Poder Legislativo, a quem compete precipuamente elaborar a legislação infraconstitucional. Analisar o ativismo judicial a partir da análise de uma oposição entre interpretação criativa ou não parece pretender fugir do verdadeiro problema. Formulado dessa forma a resposta seria obviamente no sentido de que os tribunais não deveriam ter, em uma democracia, um poder criativo amplo. Contudo, no fundo, o originalismo, assim como outras teorias que negam a criatividade, acabam por interpretar à sua maneira. Na verdade, o debate a ser travado deve ocorrer em termos de concorrência entre qual a interpretação mais adequada para o texto. A questão não concene à existência, ou não, de atuação criativa, mas sim aos limites dessa criatividade no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

Em situações de indeterminação do Direito o sentido da norma precisará ser fixado pelo juiz. São situações em que a solução não estará pronta em uma prateleira jurídica e, portanto, exigirá uma atuação criativa do intérprete, que deverá argumentativamente justificar seu itinerário lógico e suas escolhas. Deve ficar claro, contudo, que embora haja uma dimensão subjetiva na discricionariedade judicial, não se trata de uma subjetividade da vontade política própria do julgador. O magistrado, ao contrário do legislador, exerce sua discricionariedade se guiando não por critérios de conveniência e oportunidade, mas sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso.

Constatou-se que não se pode atribuir o rótulo de ativista a qualquer decisão na qual o julgador no exercício da jurisdição constitucional se utilize de elementos subjetivos ao interpretar/aplicar a Constituição. Tal análise desprezaria os avanços teóricos na compreensão da atividade interpretativa e se mostraria apegada a uma noção de separação dos poderes que não é compatível com as lições do constitucionalismo contemporâneo, por significar a negação da eficácia de diversas normas constitucionais em que há indeterminação jurídica. O problema surge apenas quando o juiz constitucional ativista pretende substituir decisões tomadas em conformidade aos parâmetros constitucionais tomadas pelos poderes políticos, em especial o legislador, complementando e exaurindo ele mesmo a linha de valoração iniciada pelo constituinte originário.

Assim, pode-se dizer que se o julgador não respeita o espaço de interpretação das normas constitucionais conferida aos demais poderes, está havendo ativismo, mas apenas se considerado a relação entre cada um dos poderes e a democracia. Quer-se dizer que ao argumento da separação de poderes deve ser acrescida a análise da função de cada um desses poderes na democracia em uma sociedade plural. Dessa maneira, compreende-se que a discricionariedade judicial pode conduzir ao ativismo judicial quando a atividade interpretativa realizada pelo juiz se sobrepõe a outras igualmente legítimas tomadas pelos poderes eleitos competentes.

No capítulo final a fim de delimitar o espaço no qual deverá ser adotada a autorrestrrição judicial, partiu-se da afirmação de que a existência de uma decisão subjetivamente correta não implica na adoção de teorias que considere existir uma única decisão universalmente correta. Ora, variando os elementos subjetivos de cada um dos intérpretes é certo que variarão, também, as decisões tomadas, sendo que ambas poderão estar dentro da margem de discricionariedade que reservada aos julgadores daquele mesmo caso.

A dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário reside justamente no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisão, quem as interpreta também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que a jurisdição constitucional confere aos juízes a possibilidade de moldar a Constituição

de acordo com suas preferências valorativas, em detrimento daquelas adotadas pelos poderes eleitos, especialmente o Legislativo.

Afirmou-se, assim, a existência de um espaço, dentro da margem de discricionariedade judicial, dentro do qual deverá ser adotada uma postura de autocontenção fundada na separação dos poderes em sociedades democráticas e plurais. Dentro desse espaço no qual a autorrestrição é recomendada, uma medida não autorrestritiva, ou seja, ativista, será considerada ilegítima, por contrariar os valores democráticos e pluralistas da Constituição.

As razões que justificam a autorrestrição judicial defenida decorrem do fato de que os poderes eleitos foram erigidos de acordo com o modelo desenhado pelas constituições em observância à teoria da separação dos poderes que, em contextos democráticos e plurais, atribui a determinados poderes a função de possibilitar que sejam realizadas práticas democráticas ligadas à soberania popular. Através de tais poderes os cidadãos poderão, antes de se submeter à norma, participar de sua elaboração em situação de igualdade, através de seus representantes, mediante procedimentos voltados para a formação de acordos que irão ser a base para a formulação das normas jurídicas infraconstitucionais. Os poderes eleitos possuem, dessa maneira, a capacidade de lidar melhor com o dissenso existente em sociedades plurais, pois não é razoável esperar que os pontos de vista das pessoas de uma sociedade complexa e plural convergirão em um consenso a respeito de questões constitucionais controversas. Pessoas bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível.

Foi reconhecido, assim, que a teoria constitucional contemporânea caminha em direção de uma posição com mais nuances sobre a presunção de constitucionalidade e a autocontenção judicial, pelo que se passa a ser comum a formulação de gradações na autorrestrição judicial a ser aplicada em cada situação, a depender de diversas variáveis. Foram então expostos alguns parâmetros que podem devem influenciar o Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional na forma de delimitar o espaço na qual a autorrestrição judicial fundada na separação dos poderes em sociedades democráticas, bem como foram expostos os métodos para uma avaliação a respeito do alcance legítimo da intervenção judicial.

Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges. *Discrecionariiedade administrativa e judicial: O ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. *Separação de poderes e medidas provisórias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ACKERMAN, Bruce. *Adeus, Montesquieu*. Publicado em inglês com o título “Good-bye, Montesquieu” originalmente na *Comparative Administrative Law*, 2010. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira.

_____. *A Nova Separação de Poderes*. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009.

AGRA, Walber de Moura. *Neoconstitucionalismo e superação do positivismo*. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.) *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008.

ANHAIA MELLO, José Luiz de. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ARAUJO, Roberta Corrêa. *Legitimidade do Poder Político na Democracia Contemporânea*. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

ARCELO, Adalberto Antonio Batista. *Condições de possibilidade do discurso do positivismo jurídico no paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.) *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008.

ARISTÓTELES, *A Política, Livro III, Capítulo XI*. In: SALDANHA, Nelson. *Separação de poderes*. 1981.

BALEEIRO, Aliomar. *Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direito e política. Silêncio do legislador, interpretação e analogia*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Separação de poderes, Maioria Democrática e Legitimidade do Controle de Constitucionalidade*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, v. 53, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 21, 2011.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, 2005.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado, n. 13, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. *Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo Entre Ausentes*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel & BINENBOJM, Gustavo (orgs.) *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BICCA, Carolina Scherer. *Judicialização da Política e Ativismo Judicial*. Revista de Direito Brasileira, v. 2, 2012

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

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 5. ed. St. Paul: West Group, 1983.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo (1976)*. Brasília: Editora da UnB, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Do Estado liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRANDÃO, Rodrigo. *A Judicialização da Política: Teorias, Condições e o Caso Brasileiro*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. *Aplicação direta de princípios constitucionais, ativismo judicial e superação do dogma do 'legislador negativo'*. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos Fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial*. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Explicando o Avanço do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. *Supremo Tribunal Federal, Política e Democracia*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed, Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Revista de Informação Legislativa, v. 51, 2014.

CASTRO, Marcus Faro de. *Violência, medo e confiança: do governo misto à separação dos poderes*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 382, 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Indeterminação do Direito, Discricionariedade Hermenêutica e Controle de Constitucionalidade nos Regimes Democráticos*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da . *O Dogma da Separação das Funções Estatais no Estado Democrático de Direito: A necessidade de uma revisão da Teoria clássica da Separação de Poderes*. In: Cristiano Chaves; Dirley da Cunha Júnior; Ricardo Carneiro; Tiago Bockie. (Org.). *Temas Atuais do Direito: Modernidade, Pós-Modernidade e Direitos Fundamentais*. 1ed.Salvador: JusPodivm, 2013, v. 1.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. *Measuring judicial activism*. New York: Oxford University Press, 2009.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DORIA, Antonio de Sampaio. *Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1958.

FACHIN, Luiz Edson. *O Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional: da preservação à justificação material dos direitos*. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos Fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FEREJOHN, John. *Judicializing politics, politicizing law*. Law and Contemporary Problems, v. 65, n. 3, 2002.

FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à Divisão dos Poderes*. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, Recife, 2000, n. 11.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

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.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o direito e a política: alguns parâmetros de atuação*. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in asian cases*. New York: Cambridge University Press, 2003.

GREEN, Craig. *An Intellectual History of Judicial Activism*. In. *Emory Law Journal* Vol. 58, N. 5, 2009.

GRIFFIN, Stephen M. *A Era Marbury: o judicial review em uma democracia de direitos*. In. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Enfim a hora da democracia?: a nova crítica ao judicial review*. In. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Constitution Adjudication and Democracy*. *Israel Law Review*, v. 33, 1999.

GROHMANN, Luís Gustavo Mello. *A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada*. *Revista de Sociologia e Política*, Nº 17: 75-106 Nov. 2001.

Grupo Interinstitucional do Ativismo Judicial (coord. José Ribas Vieira). *O Supremo Tribunal Federal em tempos de mudanças: parâmetros explicativos*. Disponível em:

<<http://pesquisaconstitucional.files.wordpress.com/2010/06/o-supremo-tribunal-federal-em-tempos-demudancas.doc>>. Acesso em: 13 out. 2016.

HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992.

HAMILTON, Alexander. *O federalista. Capítulo LXXXVIII*. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17661>>, Acesso em: 18 de julho de 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HERBERT, Hart. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Hans. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HORWITZ, Paul. *Three faces of deference*. Notre Dame Law Review. Vol. 83 (3), 2008, p. 1085-1090.

KRAMER, Larry D. *Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint*. California Law Review, Vol. 100 (3), 2012, p. 621-634
KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*. In: California Law Review, Inc. October, 2004.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Leme/SP: Edijur, 2014.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LEITE, Glauco Salomão. *Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira*. Direito, Estado e Sociedade, n. 45, jul./dez. 2014.

LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional*. São Paulo: LTr, 2014.

LINCOLN, Abraham. *Discurso de Gettysburg*. 1863, Disponível em: <<http://www.arqnet.pt/portal/discursos/novembro01.html>>, Acesso em: 24 julho de 2016.

LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito*. V. 1 e 2, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MADISON, James. *O federalista. Capítulo XLVII*. In: SALDANHA, Nelson. *Separação de poderes*. 1981.

_____. *O federalista. Capítulo LI*. In: SALDANHA, Nelson. *Separação de poderes*. 1981.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *A constituição de 1988 e a construção de um novo constitucionalismo democrático na América Latina: direito à diversidade individual e coletiva e a superação de uma teoria da constituição moderna*. In: Clèmerson Merlin Clève; Alexandre Freire. (Org.). *Direitos Fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MALDONADO, Maurílio. *Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro*. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf> Acesso em: 07 de dezembro de 2015.

MARSHAL, John. *Marbury v. Madison*. Disponível em: <http://www.ache.org/pubs/hap_companion/Wing/MarburyMadison.pdf>, Acesso em: 18 de junho de 2016.

MAYER, Milton. *The americanization of Europe*. In: *New Europe and the U.S.A.: Part One. Great Books by Encyclopaedia Britannica*. Nova York: Atheneum Publishers. 1964.

MAUS, Ingeborg. *Separação dos poderes e função judiciária. Uma perspectiva teórico democrática*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MCMAHON, Christopher. *Reasonable Disagreement: A Theory of Political Morality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

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

MENDES, Conrado Hubner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Direitos Fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva. 2011.

MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

MENDONÇA, Eduardo, *A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático*. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MERRIAM-WEBSTER. Merriam-Webster's Dictionary of Law. Massachusetts: Merriam-Webster, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo I Preliminares – O Estado e os sistemas constitucionais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. in: São Paulo: Revista Direito GV, vol. 8, 2009.

_____. *Manual de Direito Constitucional. Tomo II. Constituição*. 5ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Justiça Constitucional e Democracia*. In. FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis. Capítulo VI*. In: SALDANHA, Nelson. *Separação de poderes*. 1981.

MORAIS, Dalton Santos. *Democracia e direitos fundamentais: propostas para uma jurisdição constitucional democrática*. In. FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

_____. *A Constitucionalização Simbólica*. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

_____. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do Sistema Jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

NOVELINO, Marcelo. *O STF e a opinião pública*. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PASSOS, Daniel da Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas: O problema da legitimidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle e Legitimidade Democrática*. In. FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

POSNER, Richard A. *The Federal Courts, Challenge and Reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. *The Meaning of Judicial Self-Restraint*. v. 59 *Indiana Law Journal*, n. 1, 1983.

_____. *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, *California Law Review*, v. 100, n. 3, 2012.

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

_____. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *A revisão do princípio da separação dos poderes: por uma teoria da comunicação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

ROBERTS, Caprice L. *In search of judicial activism: dangers in quantifying the qualitative*. Tennessee Law Review, v. 74, p. 1-45, 2007. Disponível em: <papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm?abstractid=1003542>. Acesso em: 30 set. 2016.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: Edipro, 2003.

_____. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>, Acesso em: 01 de agosto de 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direito e democracia: a reforma global da justiça*. In: PUREZA, José Manuel, FERREIRA, António Casimiro (orgs.), *A teia global. Movimentos sociais e instituições*. Porto: Afrontamento, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais, Democracia e "Cláusulas Pétreas" na Constituição Federal de 1988*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 2, 2006.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

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

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o terceiro estado?* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. *Jurisdição Constitucional da Liberdade no Brasil*. Revista do Centro de Estudos Políticos y Constitucionales. Disponível em: <

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976148.pdf>> Acesso em 15 de nov. de 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo*. In. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____ ; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2013.

_____ ; SARMENTO, Daniel. *Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão da "Última Palavra" e alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial*. In. FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo*. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.) *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008.

_____. *O Supremo Tribunal deve julgar por princípios ou por políticas?* In. FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz e OLIVEIRA, Fabio de. *Comentário ao artigo 2*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

_____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. *Second-order perfectionism*. *Fordham Law Review*, v.75, n. 6, 2007

TATE, C. Neal. *Why the expansion of judicial power?* In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. *As decisões vinculantes (precedentes) da justiça constitucional*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, jul. 2009.

_____. *A superação da doutrina tripartite dos "poderes" do Estado*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 29, 1999.

_____. *Democracia e exercício do poder: apontamentos sobre a participação política*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, SÃO PAULO, v. 3, 2004.

_____. *Justiça constitucional: superando as teses do 'legislador negativo' e do ativismo de caráter jurisdicional*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 7, 2009.

_____. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva*. *Fórum administrativo - Direito Público*, v. 100, 2009.

_____. *Curso de direito constitucional*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; BUCK, Pedro. *Direitos fundamentais e democracia: complementaridade/contrariedade*. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (org.). *Direitos humanos e democracia*. São Paulo: Forense, 2007.

_____; OSMO, Carla. *Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: uma postura (anti)realista?*. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (coord.) *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008.

TEN NAPEL, Hans-Martien; LOUITEN, Joost; VOERMANS, Wim. *Introduction*. In: _____; VOERMANS, Wim. *The Powers That Be. Rethinking the Separation of Powers. A Leiden Response to Mollers*. Leiden: Leiden University Press, 2016.

THAYER, James B. *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*. Harvard Law Review, v. 7, n. 3, 1893.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABOUD, Georges. *O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: Entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional*. Revista de Processo, v. 233, 2014.

TRINDADE, André Karam; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *O ativismo judicial na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v.11, n. 2.

TUSHNET, Mark. *Why the Constitution Matters*. New Haven: Yale University Press, 2010.

VALLINDER, Torbjörn. *When the courts go marching in*. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

VERONESE, Alexandre. *A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo*. Escritos: revista da Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, v. 3, 2009. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/escritos/numero03/FCRB_Escritos_3_13_Alexandre_Veronese.pdf>, Acesso em: 01 out. 2016.

VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palacios Cunha; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1997.

_____. *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. 1º. ed. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: Editora UFMG (Belo Horizonte); IUPERJ/FAPERJ (Rio de Janeiro), 2002.

_____; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo Social-Revista de Sociologia da USP, vol 19, n. 2, 2007

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. in: São Paulo:Revista Direito GV, 2009, vol. 8.

VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

LOCKE, John. *Segundo Tratado*. Capítulo XI. In: SALDANHA, Nelson. *Separação de poderes*. 1981

_____. *Segundo tratado sobre o governo*. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_tratado_Sobre_O_Governo.pdf>, Acesso em: 01 de agosto de 2016.

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

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *A essência da oposição ao judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Separation of powers in thought and practice?* Boston College Law Review, v. 54, 2013.

YOUNG, Ernest A. *Judicial activism and conservative politics*. University of Colorado Law Review, v. 73, n. 4, p. 1.139-1.216, 2002.