

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

ANDRÉ BORGES ULIANO

**ATIVISMO JUDICIAL, ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA:
Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial**

São Leopoldo

2021

ANDRÉ BORGES ULIANO

**ATIVISMO JUDICIAL, ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA:
Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Área de concentração: Direito Público

Orientadora: Profa. Dra. Clarissa Tassinari

São Leopoldo

2021

U39a Uliano, André Borges.
Ativismo judicial, estado de direito e democracia:
problemas e mecanismos de controle da “onipotência”
judicial / por André Borges Uliano. – São Leopoldo, 2021.

205 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio
dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São
Leopoldo, RS, 2021.

Área de concentração: Direito Público.

Orientação: Prof^a. Dr^a. Clarissa Tassinari, Escola de
Direito.

1.Direito constitucional. 2.Estado de direito.
3.Democracia. 4.Poder judiciário. 5.Poder judiciário e
questões políticas. 6.Separação de poderes.
7.Hermenêutica (Direito). I.Tassinari, Clarissa. II.Título.

CDU 342
342.56

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: " **ATIVISMO JUDICIAL, ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA: Problemas e mecanismos de controle da "onipotência" judicial**" elaborada pelo mestrando **Andre Borges Uliano**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 13 de dezembro de 2021.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Clarissa Tassinari Participação por Webconferência

Membro: Dr. Georges Abboud Participação por Webconferência

Membro: Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy Participação por Webconferência

RESUMO

A dissertação visa a examinar mecanismos institucionais aptos a permitirem o controle e a correção do ativismo judicial. Para esse fim, busca responder a três questões: o que é o ativismo judicial; quais os seus efeitos deletérios sobre a engenharia constitucional; quais instrumentos podem ser utilizados para conter e corrigir o ativismo judicial. Os métodos utilizados foram os de revisão bibliográfica e comparação entre diferentes sistemas jurídicos, com enfoque no Brasil e alguns países da Common Law, a fim de analisar a tradição dos institutos e eliminar poluição semântica sobre os conceitos, com a finalidade de examinar os fenômenos sob uma abordagem hermenêutica. Inicialmente, o trabalho conceituou o ativismo judicial, à luz da tradição de estudos sobre o fenômeno, como a atuação do Poder Judiciário que substitui escolhas políticas sem razões jurídicas suficientes. Após, o texto aponta que o ativismo se tornou um problema bastante grave e pervasivo por duas causas principais: a forte expansão do Poder Judiciário ao longo dos últimos dois séculos; e, o advento e a consolidação de teorias jurídicas que relativizam os limites semânticos das normas e alocam excessiva discricionariedade no Poder Judiciário para concretizar diretamente princípios jurídicos, particularmente aqueles com redação mais aberta e abstrata. Num segundo momento, a dissertação aponta como e por que o ativismo judicial causa prejuízos a pilares relevantes do desenho institucional do constitucionalismo contemporâneo, particularmente: do espaço legítimo da política; do princípio democrático; do Estado de Direito; e, da Separação de Poderes. Por fim, a pesquisa identifica duas importantes ferramentas para o controle e enfrentamento do ativismo judicial: o desenvolvimento de teorias da interpretação e da decisão judicial que reduzam o voluntarismo de juízes e tribunais, e mecanismos que permitam que instituições externas ao Poder Judiciário reajam a decisões ativistas. O trabalho se concentra nesse segundo grupo, particularmente nos instrumentos de diálogos institucionais ou constitucionais, os quais viabilizam a reação dos poderes políticos em face de decisões ativistas. A dissertação, então, busca demonstrar que o Parlamento possui a estrutura e os modos de funcionamento que o habilitam a atuar como foro de princípios que leva os direitos a sério, podendo participar de um diálogo com o judiciário sobre direitos e princípios constitucionais. Derradeiramente, enumeram-se os institutos concretos de que os

poderes políticos podem lançar mão a título de resposta a decisões judiciais ativistas.

Palavras-chave: Ativismo judicial; democracia; estado de direito; separação de poderes; diálogos constitucionais.

ABSTRACT

The dissertation aims to examine institutional arrangements that makes viable to control and correct episodes of judicial activism. To that end, it seeks to answer three questions: what is judicial activism; what are its negative effects on the pillars of our constitutional design; which instruments can be used to contain and fix judicial activism. The methods used were literature review and comparative approaches, focusing on Brazil and some Common Law countries. Also, through a hermeneutic approach, the tradition of the institutes are analyzed in an attempt to eliminate the semantic pollution that can damage the comprehension of some concepts, in order to interpret them. Initially, the work conceptualizes judicial activism, according to the tradition of the studies on the phenomenon, as the act of the Judiciary Power that replaces political choices without sufficient juridical reasons. Afterwards, the text points out that activism has become a very serious and pervasive problem for two main reasons: the strong expansion of the Judiciary over the last two centuries; and, the advent and consolidation of legal theories that relativize the semantic limits of norms and allocate excessive discretion in the Judiciary Power to directly implement legal principles, particularly those embedded in more open-ended and abstract words. In a second moment, the dissertation points out how and why judicial activism harms relevant pillars of the institutional design of contemporary constitutionalism, particularly: the legitimate space of politics; the democratic principle; the Rule of Law; and, the Separation of Powers. Finally, the research identifies two important tools to control and confront judicial activism: the development of theories of interpretation and judicial decision that reduce the margin of voluntarism of judges and courts, and the mechanisms that allow institutions external to the Judiciary to react against activist decisions. The work concentrates on this second group of tools, particularly on the instruments of institutional dialogues, called constitutional dialogues as well, which enable the reaction of political powers in face of activist judiciary rules. The dissertation, then, seeks to demonstrate that Parliament has a structure and operating modes that enable it to act as a forum of principles which takes rights seriously, and can participate in a dialogue with the judiciary on constitutional rights and principles. Finally, the concrete institutes that political powers can use to respond to activist judicial decisions are listed.

Key-words: judicial activism; democracy; rule of law; separation of powers; constitutional dialogues.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO ATIVISMO JUDICIAL	13
2.1 Conceituando o ativismo judicial	15
2.2 O contexto de expansão do poder judiciário no Brasil e no mundo	33
2.3 O problema do ativismo judicial como equívoco de leitura institucional e uma questão hermenêutica	52
3 O DIREITO E O DECLÍNIO DA POLÍTICA NO CONTEXTO DA ENGENHARIA CONSTITUCIONAL	58
3.1 O direito de fazer escolhas e o espaço legítimo da política	58
3.2 Democracia, igualdade política e autogoverno popular	74
3.3 Estado de Direito	84
3.4 Separação de poderes	103
4 O PARLAMENTO COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO	119
4.1 O parlamento como foro de princípios.....	123
4.2 Diálogos constitucionais	136
4.3 Instrumentos de Reação Política ao Ativismo Judicial.....	150
4.3.1 Instrumentos de interação via influência institucional no poder judiciário.....	152
4.3.2 Instrumentos de interação via superação legislativa de precedentes	159
5 CONCLUSÃO	172
REFERÊNCIAS.....	184

1 INTRODUÇÃO

A finalidade do presente trabalho é apresentar um dos mecanismos institucionais aptos a ser utilizado como instrumento para corrigir decisões ativistas: os *diálogos constitucionais*. Uma vez que tal ferramenta é apresentada como resposta ao ativismo judicial, é necessário também buscar uma definição (o mais precisa possível) desse fenômeno, visto que é importante saber *ao quê* se está respondendo quando se lança mão dos diálogos. Ademais, se este último é apresentado como dispositivo de *correção*, fica aí implícita a ideia de que o ativismo judicial resulta em um produto *negativo, constitucionalmente inadequado*, o qual necessita ser corrigido. Daí porque também é necessário justificar essa postura e demonstrar as razões pelas quais o ativismo judicial é um fenômeno criticável.

Assim, o trabalho tem como chave temática o ativismo judicial, seja na sua perspectiva conceitual (o que envolve seu desenvolvimento histórico, uma vez que o conceito e o fenômeno foram objeto de formação paulatina, cujo estudo ilumina sua compreensão); seja no tocante às críticas que podem ser contra ele formuladas, por conta dos valores constitucionais agredidos ante sua ocorrência factual; seja na análise de um mecanismo institucional apto a viabilizar uma resposta a decisões judiciais ativistas, no caso, os chamados *diálogos constitucionais* (por vezes, também descritos como *diálogos institucionais* ou *diálogos interinstitucionais*).

Nesse sentido, o trabalho visa a responder três perguntas: o que é o ativismo judicial? Por que ele seria – ou não – um fenômeno negativo? Existe algum instrumento institucional que viabilize uma resposta a ele? A hipótese de trabalho, girou em torno da percepção do ativismo judicial como uma invasão do espaço legítimo das funções políticas do Estado (atividade legislativa e executiva) por parte do Poder Judiciário, não só provocando uma lesão potencial no desempenho dessa função – ao sufocá-la –, como também um prejuízo a pilares importantes da engenharia constitucional, como o princípio democrático, o Estado de Direito e a separação de poderes. Diante disso, percebe-se a relevância de elaborar-se mecanismos jurídicos aptos a viabilizarem reações ao ativismo judicial, sendo os diálogos constitucionais uma espécie de instrumento habilitado a desempenhar essa função. Isso, inclusive, como se verá, pode ser percebido a partir de experiências internacionais.

O tema *ativismo judicial* merece atenção por inúmeros razões, mas podemos arrolar quatro principais: i) é um assunto constante, atual e crescente no Brasil (e em várias outras partes do mundo); ii) sua incidência tem significativos impactos sociais; iii) a temática não está pacificada em âmbito científico, seja quanto à sua caracterização, seja quanto à sua legitimidade; e iv) para aqueles que o veem como fenômeno indesejável, não há consenso acerca das formas de prevenção e contenção.

Primeiramente, quanto à atualidade e efervescência do tema no Brasil, pesquisadores registram que desde a promulgação da Constituição de 1988 e a ascensão do Supremo Tribunal Federal no século XX, o ativismo judicial ganhou relevo no país, o que não cessou desde então. Quanto à sua ocorrência prática na atualidade, os repositórios de jurisprudência registram inúmeros julgados recentes do STF (ou mesmo de órgãos de menor hierarquia¹) que tem inovado na ordem jurídica, contrariando decisões das instâncias legislativas ou administrativas. Alguns exemplos que podem ser mencionados são decisões que: ampliam as hipóteses de aborto²; interferem em nomeações para cargos de confiança do Executivo³; determinam medidas sanitárias de combate a surtos pandêmicos; criam tipos penais por analogia⁴; ou escolhem tecnologia eleitoral a ser utilizada em urnas⁵. Esses são

¹No Maranhão, um juiz de primeiro grau determinou *lockdown* no Estado para enfrentamento da pandemia do Coronavírus. Vide: GALHARDO, Ricardo. Juiz determina lockdown, o 1º do país, no Maranhão. **Estadão**. São Paulo, 30 de abril de 2020. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-determina-lockdown-o-1-do-pais-no-maranhao,70003289093>>.

Em Curitiba, um magistrado de primeiro grau trancou o processo legislativo de projeto relativo ao Escola Sem Partido: ANÍBAL, Felipe. Liminar inédita no país suspende o Escola Sem Partido em Curitiba. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 18 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/parana/liminar-inedita-no-pais-suspende-o-escola-sem-partido-emcuritiba-59zqr1q8li7rpoxcl9sev3izo/>>.

²“ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”. (ADPF 54, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012)

³A título de exemplo, vide: MS 37097, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 29/04/2020.

⁴“Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código

só alguns dos julgados que podem ser mencionados a título ilustrativo. Não por acaso, o catedrático espanhol Prieto Sanchís, em artigo escrito no princípio dos anos 2000 sobre o ambiente teórico do neoconstitucionalismo, afirmou que vivemos em uma época de “onipotência judicial”⁶. E esse fenômeno tem impactos significativos na realidade social, o que é perceptível pela sua presença não só nas discussões acadêmicas, como também no debate público de modo geral⁷. Ademais, importante ressaltar que não se trata de exclusividade brasileira: o crescimento do ativismo e o intenso debate a seu respeito faz-se presente ao redor do mundo⁸.

Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); (...). (ADO 26, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 13 de junho de 2019; Mandado de Injunção 4733, Relator: Min. Edson Fachin, julgado em 13 de junho de 2019).

⁵“CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. LEGITIMIDADE DO CONGRESSO NACIONAL PARA ADOÇÃO DE SISTEMAS E PROCEDIMENTOS DE ESCRUTÍNIO ELEITORAL COM OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS DE SIGILOSIDADE E LIBERDADE DO VOTO (CF, ARTS. 14, 60, § 4º, II). MODELO HÍBRIDO DE VOTAÇÃO PREVISTO PELO ART. 59-A DA LEI 9.504/1997. POTENCIALIDADE DE RISCO NA IDENTIFICAÇÃO DO ELEITOR CONFIGURADORA DE AMEAÇA À SUA LIVRE ESCOLHA. CAUTELAR DEFERIDA COM EFEITOS EX TUNC. 1. A implementação do sistema eletrônico de votação foi valiosa contribuição para assegurar a lisura dos procedimentos eleitorais, mitigando os riscos de fraudes e manipulação de resultados e representando importante avanço na consolidação democrática brasileira. 2. A Democracia exige mecanismos que garantam a plena efetividade de liberdade de escolha dos eleitores no momento da votação, condicionando a legítima atividade legislativa do Congresso Nacional na adoção de sistemas e procedimentos de escrutínio eleitoral que preservem, de maneira absoluta, o sigilo do voto (art. 14, caput, e art. 60, §4º, II, da CF). 3. O modelo híbrido de votação adotado pelo artigo 59-A da Lei 9.504/97 não mantém a segurança conquistada, trazendo riscos à sigilosidade do voto e representando verdadeira ameaça a livre escolha do eleitor, em virtude da potencialidade de identificação. 4. Medida cautelar concedida para suspender, com efeito ex tunc, a eficácia do ato impugnado, inclusive em relação ao certame licitatório iniciado.” (ADI 5889 MC, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2018)

⁶SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. **Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, nº 5, 2001, p. 207. Expressão extraída do seguinte trecho: “la exigencia de renovación es más profunda, de manera que el constitucionalismo esté impulsando una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; **omnipotencia judicial** en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas” (sem grifos no original).

⁷Além de povoar as páginas dos jornais, conversas, debates eleitorais, já houve pedidos de *impeachment* de ministros sob argumento de usurpação de funções de outros poderes via ativismo judicial, requerimentos de CPIs pelas mesmas razões e um projeto de lei da Câmara dos Deputados (nº 4754/16) visando tipificar o exercício do ativismo como crime de responsabilidade dos ministros do STF.

⁸HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. Tate, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova Iorque: New York University Press, 1995. GINSBURG, Tom. *The Global Spread of Constitutional Review*. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

Contudo, essa intensa discussão acerca do tema não resultou em pacificação doutrinária ou jurisprudencial sobre seus contornos. Ainda não se registra consenso acerca do *conceito* de ativismo. Tampouco existe acordo sobre sua legitimidade ou seus limites. Por fim, dentre aqueles que veem o ativismo como um fenômeno negativo, inexistente concordância acerca dos instrumentos que devem ser utilizados para sua contenção. Duas propostas são mais comuns: uma primeira de viés hermenêutico, busca indicar os limites da manipulação da linguagem jurídica pelos órgãos do sistema de justiça⁹; já a corrente dos diálogos institucionais, que será objeto precípua deste trabalho, defende o desenvolvimento de mecanismos de possível superação de decisões judiciais pela atividade de outros poderes¹⁰.

Por esses motivos, pode-se concluir que o tema do ativismo judicial é, hoje, no Brasil e no mundo, relevante, atual e controverso. É por isso que o trabalho se debruçará sobre tarefa de definir o ativismo judicial, explicar suas potenciais consequências negativas e apresentar mecanismos de superação de decisões ativistas, por meio de reações de instituições externas ao Poder Judiciário.

Com esse escopo, o desenvolvimento do trabalho, após a presente introdução, dividir-se-á em três capítulos. No capítulo 2, de perfil mais conceitual, buscar-se-á inicialmente apontar a história da expansão do Poder Judiciário e, então, traçar o percurso histórico do conceito de ativismo judicial. Ao fim do capítulo, serão apresentados dois equívocos que nos parecem sumarizar as razões para o avanço do ativismo judicial: um equívoco hermenêutico, tende a esvaziar os limites semânticos das normas; enquanto o segundo, concernente às expectativas

⁹WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent and Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas, 1999. TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013. STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹⁰CONTINENTINO, Marcelo Casseb. A Notwithstanding Clause e a Constituição do Canadá. *Observatório de Jurisdição Constitucional*, ano 4, 2010/2011. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/484>>. MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação; BARBOSA, Claudia Maria. Diálogos Institucionais Frente à Pretensão de Última Palavra do STF: contribuições canadenses para o modelo brasileiro de interpretação constitucional. *Conpedi Law Review*, v. 3, nº 2, 2017, pp. 444-461. MENEZES, Flavia Ferreira Jocê de; SILVA, Alexandre Garrido da. Poder judiciário e diálogos institucionais: uma perspectiva frente à flexibilização das decisões. *Horizonte Científico*, vol. 8, n. 1, julho de 2014. OLIVEIRA, António Francisco Gomes de. *Jurisdição constitucional no Brasil: os diálogos institucionais como terceira via entre o ativismo e a autocontenção judicial*. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.ul.pt/handle/10451/20742>>.

institucionais, tende a alocar excessiva autoridade decisória nos órgãos do Poder Judiciário particularmente no tocante à tarefa de concretizar princípios constitucionais. Passando ao capítulo 3, de matiz mais analítica, procurar-se-á indicar quais os impactos negativos do ativismo judicial sobre nossa arquitetura institucional. São, particularmente, quatro os prejuízos ocasionados pelo ativismo explorados nesse trecho do trabalho: o sufocamento do espaço legítimo da política; o enfraquecimento do princípio democrático; a deterioração do Estado de Direito; e, a violação à separação de poderes. Por derradeiro, no capítulo 4, será apresentada uma *teoria* da função legislativa, enquanto fórum de princípios, e, após, o surgimento da teoria dos diálogos constitucionais. Num último item do capítulo, serão apresentados os mecanismos concretos de reação à disposição dos poderes políticos.

A metodologia seguiu a linha hermenêutica, trabalhando no sentido de examinar a tradição dos institutos, a fim de limpar a poluição semântica que dificulta a respectiva análise. Seguindo nessa direção, a dissertação baseou-se na revisão bibliográfica, particularmente, do referencial teórico crítico ao ativismo judicial. Outro método que foi bastante utilizado foi o comparativo, uma vez que no decorrer do trabalho – e particularmente nos itens históricos e nos relativos aos diálogos constitucionais – são exploradas as experiências comparadas de outros sistemas jurídicos, em especial, da Inglaterra, Estados Unidos e Canadá.

Encerrada a introdução, passemos ao desenvolvimento do trabalho iniciando com o histórico da expansão do Poder Judiciário.

2 A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO ATIVISMO JUDICIAL

O presente capítulo tem três objetivos: conceituar o ativismo judicial; relatar a história da expansão global do Poder Judiciário; e descrever dois equívocos teóricos que têm sido relevantes para que essa expansão se desdobre em ativismo: um de viés hermenêutico e outro de perspectiva institucional.

A primeira tarefa é relevante, pois para examinar um determinado fenômeno é importante ter uma ideia suficientemente clara de seus contornos. Para falar que *algo* é X ou Y é fundamental saber *o que* é este *algo* de que se está falando. No caso, para examinar o *ativismo judicial* é necessário definir com a precisão possível o que ele é, como se configura. Esse esforço conceitual é ainda mais significativo quando se está diante de conceitos equívocos ou ao menos confusos, visto que o juízo expresso por uma pessoa acerca daquele dado da realidade social pode ser atribuído pelo interlocutor a outro fenômeno. Isso pode, inclusive, gerar uma discordância puramente aparente. O autor afirma “A” e o leitor aparentemente discorda; porém, alegando que “não-B”.

O *ativismo judicial* é um dos objetos de estudo que permite que isso ocorra por não gozar de suficiente precisão conceitual. Conforme pontua o historiador do conceito Keenan D. Kmiec¹¹: “o termo ativismo judicial tem incorporado uma variedade de significados, sendo imperativo àquele que o utiliza explicar em qual sentido busca empregá-lo”. De fato, por vezes, ele é confundido com outros fenômenos associados ao Poder Judiciário, como a expansão da jurisdição constitucional ou a judicialização da política. Contudo, a ocorrência desses outros fenômenos pode-se revelar legítima, sem caracterizar ativismo, caso possua o devido fundamento na ordem jurídica vigente. Quando esse tipo de ambiguidade ocorre, a crítica ao ativismo acaba sendo confundida com a defesa de uma deferência absoluta às decisões das instâncias políticas. Isso conduz ao que foi descrito acima: o locutor critica o ativismo; e o interlocutor crê discordar por ser favorável à jurisdição constitucional ou à judicialização da política. Para evitar essa Torre de Babel é que julgamos conveniente iniciar trabalhando o próprio conceito de ativismo antes de estudar suas causas, consequências e sua (i)legitimidade.

¹¹Original: “the term [judicial activism] has always embodied a variety of concepts, and it is imperative that speakers explain which meaning they seek to employ”. Kmiec, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, vol. 92, no. 5, October 2004, p. 1443.

Em um segundo momento, serão demonstradas as duas condições para que o ativismo judicial tenha se tornado um problema de grande extensão: a expansão das atribuições do Poder Judiciário; e a deterioração das balizas do exercício da jurisdição, seja pelo uso de técnicas de interpretação que permitem quase toda ordem de julgamento, seja por equívocos de leitura institucional, que colocam no Poder Judiciário funções que lhe são alheias.

No tocante à primeira condição, descreveremos a forte ampliação do Poder Judiciário por todo mundo durante o último século, particularmente da jurisdição constitucional, a qual acaba por permitir que os juízes trabalhem com conceitos mais vagos e, por isso, mais suscetíveis de serem manipulados. Contudo, o simples incremento das funções judiciais, por si só, não se confunde com o ativismo judicial. A expansão jurisdicional permite que o ativismo se torne mais impactante, atinja novos temas e tenha maior alcance. A expansão da jurisdição é uma *condição* para que o ativismo converta-se em um fenômeno de proporções mais alargadas. No entanto, a expansão, por si só, é uma decisão política. Concede poderes mais amplos ao Judiciário. Enquanto ele exercer os poderes que lhe foram efetivamente conferidos – mesmo que amplos –, ativismo não há. Alguém poderia julgar a política expansionista do Judiciário inconveniente. De todo modo, o exercício de um poder constitucionalmente concedido, ainda que vasto, não se confunde com ativismo. Para isso, é necessário que o Poder Judiciário ultrapasse os limites de suas funções, mesmo que dessas funções ampliadas.

Daí a relevância do último ponto deste capítulo. Nele apontaremos dois equívocos teóricos que acreditamos particularmente importantes para que esse extravasamento de atribuições ocorra: um primeiro de caráter *hermenêutico*, é consequência de correntes interpretativas que relativizam excessivamente (ou mesmo esvaziam quase que absolutamente) o conteúdo linguístico das *regras* positivadas e de seus limites semânticos; por outro lado, permitem a imposição de qualquer conteúdo a partir dos chamados “princípios”. O resultado disso é uma brutal redução dos limites e da capacidade de controle das decisões judiciais, o que viabiliza uma manipulação descomedida do direito pelos julgadores, para impor suas preferências pessoais, mesmo que derrotadas no âmbito da deliberação representativa.

O segundo equívoco é de viés institucional. Ele sucede de uma concepção deturpada de qual o papel do Poder Judiciário em um sistema fundado sobre a soberania popular, constituindo uma democracia participativa regida por um Estado de Direito com uma Constituição suprema, escrita e rígida, mesmo que dotada de regras e cláusulas principiológicas mais abstratas. Dentro de um regime com essas características, cabe à população, por meio dos instrumentos representativos e participativos, fazer as *escolhas* sobre como concretizar os direitos constitucionais. O uso de cláusulas abertas serve exatamente para viabilizar a acomodação das diferentes preferências políticas das maiorias eventuais que vão se formando. Essas cláusulas não são vazias, mas devem gozar de suficiente flexibilidade para permitir a acomodação daquele amplo espectro de opções responsáveis e razoáveis, propiciando a implementação de variadas opções pela via legislativa, inclusive para viabilizar a experimentação política, aprendizado democrático e acomodação de desacordos sociais.

Em complemento a esse processo, cabe ao Poder Judiciário controlar que as decisões de governo se mantenham dentro do *quadro normativo* constitucional. Contudo, os magistrados não configuram uma suposta *vanguarda*¹² com a função de *corrigir* os “erros” da população quando ela não opta pela “melhor” forma de concretizar os princípios. Até porque esse “melhor” nada mais é do que aquilo que o grupo restrito e pouco representativo dos juizes acreditam sê-lo. Do contrário, acaba-se por incidir num governo de juizes sobre o povo, enfraquecendo o sistema político-democrático, contrariando o Estado de Direito e trocando a Constituição pela preferência subjetiva dos membros do Poder Judiciário.

Começemos, então, com a análise conceitual do ativismo judicial.

2.1 Conceituando o ativismo judicial

O escopo do presente tópico é conceituar o *ativismo judicial* e explicar os requisitos para sua configuração. Como já adiantado, a tarefa de discutir o ativismo judicial requer uma prévia precisão terminológica, visto que o conteúdo da

¹²Refiro-me aqui à expressão utilizada por Luís Roberto Barroso, em artigo com o sugestivo título de “A razão sem voto”, no qual afirma: “supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra”. Vide: BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.

expressão ainda não goza de suficiente consenso. De fato, conforme advertem vários autores, o termo é utilizado constantemente de modo confuso e ambíguo, permitindo um uso basicamente retórico, destinado simplesmente a adjetivar decisões com as quais não se concorda¹³. Historicamente, o vocábulo já surgiu envolto em obscuridades. O contexto histórico do tema será objeto de maior detalhe no próximo tópico do trabalho, relativo à expansão do Poder Judiciário. De todo modo, é importante aqui adiantar algumas informações.

A ideia de *ativismo judicial*, na verdade, é longeva¹⁴. Ainda que sem utilizar essa expressão, inúmeras decisões na história foram criticadas por serem vistas como abusivas, ultrapassando os limites da autoridade judiciária, ao desrespeitar balizas legais, bem como decisões políticas tidas como legítimas.

Esse tema se tornou mais candente após a fundação dos Estados Unidos e a adoção do controle de constitucionalidade. Já nos anos finais do séc. XVIII e nos primeiros do séc. XIX, Thomas Jefferson e os membros do então Partido Democrata-Republicano criticavam a atuação do Poder Judiciário por desrespeitar a vontade popular e minar a democracia. Também criticavam a utilização de métodos interpretativos impróprios, com uma análise frágil das fontes jurídicas escritas e uma abordagem partidária da Constituição¹⁵. Algumas décadas depois, foi a vez de Abraham Lincoln travar dura batalha em face de decisões do Poder Judiciário que reputava, além de equivocadas, invasivas do espaço legítimo dos demais poderes constitucionais, responsáveis pelo governo do país¹⁶.

¹³KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, vol. 92, no. 5, October 2004, pp. 1442-1444. GONET, Paulo Gustavo Gonet Branco. Em Busca de Um Conceito Fugidio: O Ativismo Judicial. André Fellet *et alii* (orgs.) **As novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Podium, 2011. p. 387-389. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial: Proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 49, nº 193, jan/mar. 2012, p. 141-142. GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, Vol. 58, no. 5, May 27, 2009, p. 1197-1198. ROOSEVELT III, Kermit. **The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions**. New Haven and London: Yale University Press, 2006, p.3: "in practice 'activist' turns out to be little more than a rhetorically charged shorthand for decisions the speaker disagrees with".

¹⁴GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, Vol. 58, no. 5, May 27, 2009, p. 1209-1216.

¹⁵GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, Vol. 58, no. 5, May 27, 2009, p. 1215-1216.

¹⁶GEORGE, Robert P. Judicial Despotism: Lessons from the "Great Emancipator". In: GEORGE, Robert P. **Conscience and its Enemies**. Wilmington: ISI Books, 2016, p. 48-58. SUNSTEIN, Cass R. Dred Scott v. Sandford and Its Legacy. In: GEORGE, Robert P (ed.). **Great Cases in Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2000, 64-89. FRIEDMAN, Barry. The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part I: The Road to Judicial Supremacy. **New York University Law Review**, vol. 73, nº 2, p. 413-430.

As discussões sobre os contornos do poder legítimo do Judiciário e seus eventuais abusos ganharam novo impulso desde a primeira metade do século XX em virtude do chamado Realismo Jurídico¹⁷ e a ascensão da ideia de *Living Constitution*¹⁸. De todo modo, nessa altura, a ideia de ativismo ainda não aparecia sob esse rótulo, mas era comumente tratada pelo termo “*judicial legislation*”¹⁹.

Com as decisões da Suprema Corte Americana durante a “Era *Lochner*”²⁰, o debate ganhou ainda mais força. Naquele período, que se estendeu do final do século XIX até por volta da década de 30 do século passado, alguns julgamentos derrubaram legislações que instituíam uma maior intervenção estatal na economia. Tais decisões judiciais impunham uma política de viés economicamente libertário, baseando-se em cláusulas vagas e sem assento claro no texto constitucional, como o *devido processo legal substantivo*. Desse modo, geraram uma acirrada disputa sobre a legitimidade dos tribunais para emitir julgamentos dessa espécie, derrubando decisões de instâncias representativas, com fundamentos jurídicos tão vagos e tênues. Uma crítica feita nesse período e que parece ter capturado o sentido de *ativismo judicial* que utilizaremos no trabalho, foi a que rotulava decisões daquela espécie como *usurpação judicial* das atribuições do Congresso²¹.

Foi, então, na década de 40 do século XX, que segundo o consenso dos historiadores²² ocorreu o primeiro registro de uso público do termo “ativismo judicial” (*judicial activism*). A expressão apareceu em matéria intitulada “*The Supreme Court*”, do historiador de Harvard Arthur Schlesinger Jr., em edição de janeiro de 1947 da Revista *Fortune*²³. Tratava-se, na verdade, de periódico de atualidades e destinado

¹⁷Vide o tópico “Realismo Jurídico” em: STRECK, Lenio L. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica. Belo Horizonte: Letramento, 2017 (e-book não paginado).

¹⁸REHNQUIST, William H. The Notion of a Living Constitution. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, vol. 29, nº 2, spring 2006, p. 401-415.

¹⁹KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, vol. 92, no. 5, October 2004, pp. 1445.

²⁰ARKES, Hadley. *Lochner v. New York and the Cast of Our Laws*. GEORGE, Robert (ed.). **Great Cases in Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 94-129. SUNSTEIN, Cass R. *Lochner's Legacy*. **Columbia Law Review**, vol. 87, 1987, p 873-919.

²¹No voto de dissensão do caso *Turpin vs. Mailet* (579 F.2d 152 [2d Cir. 1978]), que será abordado logo adiante, o juiz Van Graafeiland J. mencionou os críticos da “usurpação da Suprema Corte dos poderes do Congresso” (“*during the early decades of the twentieth century, [...] the most vocal critics of the Supreme Court's 'usurpation' of congressional powers in striking down social and welfare legislation*”).

²²KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*. **California Law Review**, vol. 92, no. 5, October 2004, pp. 1445-1446. GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, Vol. 58, no. 5, May 27, 2009, p. 1200-1203.

²³SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court*. **Fortune**, v. XXXV, n.1, jan.1947.

ao público leigo. Nele o autor não visava cunhar uma nova categoria jurídica, mas apenas retratar a dinâmica da composição do Tribunal naquele período. Dividiu, então, os nove membros da Suprema Corte americana entre “ativistas judiciais” e “campeões de autocontenção”. A reportagem, no entanto, até mesmo em virtude do perfil informal da publicação, é apontada pela doutrina como privada de rigor conceitual e doutrinário, limitando-se a forjar a expressão, porém sem desenvolvê-la com maior cientificidade²⁴.

Mesmo assim, vários dos pontos centrais do debate acerca do tema já constaram do artigo: os juízes ativistas são descritos como responsáveis por usar o poder judicial para imposição de suas próprias preferências políticas e sociais. Eles veem a argumentação jurídica como altamente maleável e não científica ou objetiva. Afirmam que as palavras são apenas *vasos vazios* (“empty vessels”), segundo expressão do famoso escritor inglês William Baldwin, mais tarde citada por Shakespeare nas imortais peças “O Rei Lear” e “A vida do Rei Henrique V”. Segundo os ativistas, dentro desses “vasos vazios”, poder-se-ia colocar quase qualquer coisa, de modo que a decisão jurídica seria inseparável de escolhas políticas. Os “campeões de autocontenção”, por outro lado, respeitam o espaço de deliberação legislativa, mesmo que discordem do resultado; são céticos quanto à superior sabedoria dos juízes; acreditam numa razoável objetividade do direito, porquanto a *common law*, a Constituição e as leis não seriam vasos vazios; acreditam que a desobediência do direito pelos Tribunais é negativa, independentemente do grupo beneficiado; resistem à supremacia judicial, em benefício das escolhas políticas, da separação de poderes e do processo democrático, pois dada a existência de diferentes opiniões e concepções sociais sobre a justiça, não caberia ao Poder Judiciário impor quaisquer delas, sob risco de se criar um despotismo judicial que ameaçaria a democracia. Estão ali, pois, questões que permaneceriam nas discussões acerca do ativismo judicial: decisão de juízes não eleitos vs. estatutos aprovados democraticamente; julgamentos

²⁴GONET, Paulo Gustavo Gonet Branco. Em Busca de Um Conceito Fugidio: O Ativismo Judicial. André Fellet *et alii* (orgs.) **As novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Podium, 2011. p. 389. GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, Vol. 58, no. 5, May 27, 2009, p. 1203-1029.

orientados pelos resultados vs. decisões guiadas por princípios; uso estrito vs. uso criativo de precedentes; direito vs. política etc²⁵.

O termo entrou em voga e foi utilizado de modo negativo e positivo por vários autores, porém sem que fosse definido com precisão²⁶. Foi apenas com a posterior publicação de dois artigos acadêmicos de autoria de Edward McWhinney – *The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making*, de 1955; e, três anos depois, em 1958, com *The Great Debate: Activism and Self-restraint and Current Dilemmas in Judicial Policy-Making* – que o tema ingressou na discussão *mainstream* acadêmica e começou a ganhar contornos mais precisos. A análise desses trabalhos é basicamente empírica, avaliando o uso que juízes faziam do conceito de *ativismo judicial* e *autocontenção* e como julgavam cada uma dessas práticas. O ativismo não é propriamente conceituado, mas seu uso corrente descrito. Nos artigos, o autor já apresenta várias das críticas ao ativismo judicial que seriam repetidas até os dias de hoje: ausência de capacidade institucional do Judiciário para desenhar políticas públicas; politização e perda de prestígio dos tribunais por se envolverem em temas polêmicos; e o choque com o princípio democrático²⁷.

Após a publicação desses *papers*, o termo começou a aparecer também em votos judiciais nos Estados Unidos. Em geral, a expressão era utilizada para criticar mudanças abruptas do direito pela via de decisões judiciais, ultrapassando o papel tido como legítimo do Poder Judiciário numa sociedade democrática e invadindo o campo da tarefa legislativa²⁸. Nesse período, o *dissenting vote* do juiz Van Graafeiland, no caso *Turpin vs. Mailet* (579 F.2d 152 [2d Cir. 1978]) parece ter utilizado o sentido de ativismo judicial de modo muito próximo ao que será aplicado neste trabalho. Em seu voto, o magistrado descreve a decisão ativista como aquela que avança para além do papel devido do Judiciário numa sociedade democrática, invadindo as atribuições legislativas do Congresso.

Com a Corte Warren e depois com a Corte Burger, responsáveis por derrubar uma série de legislações, impondo entendimentos mais alinhados à agenda de

²⁵KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*. **California Law Review**, vol. 92, no. 5, October 2004, pp. 1446-1450.

²⁶KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*. **California Law Review**, vol. 92, no. 5, October 2004, pp. 1450-1452.

²⁷KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*. **California Law Review**, vol. 92, no. 5, October 2004, pp. 1452-1455.

²⁸KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*. **California Law Review**, vol. 92, no. 5, October 2004, p. 1.455-1463.

esquerda, utilizando-se de termos vagos e abstratos da Constituição americana²⁹, o tema do ativismo recebeu novo estímulo e passou a ser correntemente debatido³⁰, até os dias atuais. Nas últimas décadas, as pesquisas apontam milhares de trabalhos sobre o assunto³¹, de modo que a literatura se tornou inabarcável.

Apesar da extensão da bibliografia moderna, algumas obras se tornaram canônicas. Alexander Bickel, em *The Least Dangerous Branch*³², publicado originalmente em 1962, abordou a *dificuldade contramajoritária* do controle de constitucionalidade. Apesar de reconhecer a potencial colisão entre a prática do controle de constitucionalidade e o processo democrático, reconheceu algum papel para o ativismo, desde que a decisão se assentasse em valores perenes, pressuposições fundamentais e princípios de validade geral dentro do universo de certo tempo e lugar. Bickel, de modo pioneiro e antecipando tese que depois seria amplamente desenvolvida sob o rótulo de *diálogos constitucionais*³³ – a qual abordaremos no último capítulo –, reconheceu que o Judiciário, e de modo especial a Suprema Corte, não atua de modo isolado, numa espécie de *vácuo* de Poder, com um suposto *monopólio* na dicção do direito constitucional. Pelo contrário, as decisões ocorrem num potencial diálogo com os braços políticos do Estado. Desse modo, caso a decisão não atenda àqueles critérios, acabará por não conquistar o consentimento político necessário para sua manutenção e será superada por uma nova composição do Tribunal ou pela via legislativa.

Em 1980, o professor de Yale, Harvard e Stanford, John Hart Ely, publicou a influente obra *Democracy and Distrust*³⁴. Nela defende o ativismo; contudo, para fins mais restritos. Ele seria cabível não para imposição de valores substantivos, mas somente para garantia do processo democrático e da participação política.

²⁹CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Academia.Edu**. Disponível em: <https://www.academia.edu/9364210/A_evolu%C3%A7%C3%A3o_do_ativismo_judicial_na_Suprema_Corte_norte-americana>.

³⁰KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*. **California Law Review**, vol. 92, no. 5, October 2004, pp. 1455-1463.

³¹KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*. **California Law Review**, vol. 92, no. 5, October 2004, pp. 1442-1443.

³² BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

³³FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 3.

³⁴ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

Retomando uma linha semelhante à de Bickel, Ronald Dworkin nas obras *A Matter of Principle* de 1985 e *Freedom's Law* de 1996³⁵, reconhece ao Poder Judiciário um papel privilegiado para interpretar os *princípios constitucionais* face às decisões dos órgãos políticos que ele alega serem tomadas por meio de majoritarismo agregativo. Assim, ainda que defendendo a objetividade da interpretação judicial por meio da ideia de *direito como integridade*, é comum que o pensamento de Dworkin seja lido como capaz de abrir margem para o ativismo judicial em questões que envolvam divergência de interpretação entre o Congresso e o Judiciário sobre modos de concretizar liberdades constitucionais³⁶.

Em obras mais recentes, alguns autores³⁷ apresentaram outros argumentos para justificar a legitimidade da prática do ativismo judicial sob um prisma normativo. A amplitude da legitimidade conferida e das razões invocadas, no entanto, variam entre tais juristas. O tema avançou para além dos Estados Unidos, tanto em nações da *Civil Law*³⁸, como em países do mundo anglosaxão da *Common Law*. Segundo Richard Ekins:

³⁵Entre os autores classicamente utilizados na defesa do ativismo judicial, está Ronald Dworkin, com fundamento nas seguintes obras: DWORKIN, Ronald M. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. DWORKIN, Ronald M. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 2020. É questionável, no entanto, se a melhor leitura das obras de Dworkin, realmente, justificam o *ativismo judicial*, e não apenas a existência do controle de constitucionalidade. Contra a leitura ativista da obra de Dworkin, vide: BRUBAKER, Stanley C. Reconsidering Dworkin's Case for Judicial Activism. *The Journal of Politics*, vol. 46, no. 2, 1984, pp. 503–519. Disponível em: <www.jstor.org/stable/2130972>. MEDRADO, Vítor Amaral; NOYA, Henrique Cruz. Teria Dworkin Defendido o Ativismo Judicial? *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, v. 2, n. 1, jan./jun.2016, p. 93-107. Inclusive, Dworkin é expresso em negar que sua teoria conceda apoio ao *ativismo judicial* em passagem de *Law's Empire*: “Activism is a virulent form of legal pragmatism. An activist justice would ignore the Constitution's text, the history of its enactment, prior decisions of the Supreme Court interpreting it, and long-standing traditions of our political culture. He would ignore all these in order to impose on other branches of government his own view of what justice demands. Law as integrity condemns activism, and any practice of constitutional adjudication close to it. It insists that justices enforce the Constitution through interpretation, not fiat, meaning that their decisions must fit constitutional practice, not ignore it” (Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 378).

³⁶Nesse sentido: SUSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 7 e 227, n. 10. GEORGE, Robert P. *In Defence of Natural Law*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 12 e 325.

³⁷EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional Self-Government*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. HAREL, Alon; KAHANA, Tsvi. *The Easy Core Case for Judicial Review*. *Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, n.º 1, Spring 2010, p. 227–256. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/jla/2.1.227>>.

³⁸CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Ativismo Judicial Contemporâneo no Supremo Tribunal Federal e nas Cortes Estrangeiras. *Academia.Edu*. Disponível em: <https://www.academia.edu/12379284/O_ativismo_judicial_contempor%C3%A2neo_no_STF_e_nas_Cortes_estrangeiras>. Acesso em: 19 jun. 2019.

O escopo da autoridade judicial é um tema de máximo interesse público. A tradição da *common law* acerca da adjudicação tem há tempos compreendido essa autoridade como limitada e disciplinada: as cortes não têm gozado de qualquer poder geral para mudar a lei, ou para se afastar das escolhas legislativas do Parlamento ou para superar as opções políticas do Executivo. Esses limites, contudo, têm estado sob pressão nos últimos anos. No Reino Unido, juízes têm percebido essa mudança, algumas vezes (mas nem sempre) com aprovação. Outros, publicamente, começaram a notar e debater as implicações disso para o equilíbrio de nossa Constituição, e sua capacidade para realizar um autogoverno popular e o império da lei.³⁹

Todavia, esse paradigma não ficou sem resposta. Um grupo considerável de autores tem-se dedicado a criticar o ativismo judicial, seja do ponto de vista normativo⁴⁰, seja questionando sua suposta imprescindibilidade para proteção dos direitos humanos⁴¹. Os argumentos expostos por esses autores serão trabalhados no segundo capítulo deste trabalho.

A defesa do ativismo, no entanto, ganhou um novo fôlego com as denominadas teorias *neoconstitucionalistas*⁴². E foi principalmente por meio dessas

³⁹Original: “The scope of judicial authority is a matter of the utmost public importance. The common law tradition of adjudication has long understood that authority to be limited and disciplined: the courts have not enjoyed any general power to change the law, or to depart from Parliament’s lawmaking choices or to overrule the executive’s policy choices. These limits have come under some pressure in recent years. Judges throughout the common law world have been invited to exercise, or have assumed, powers and responsibilities that depart from our historical separation of powers. In the United Kingdom, senior judges have noted the change, sometimes (but not always) with approval. And others in public life have also started to notice and to consider the implications for the balance of our constitution, and its capacity to realise self-government and the rule of law.” EKINS, Richard. *Introduction*. EKINS, Richard (ed.). **Judicial Power and the Balance of our Constitution**. Londres: Heron, Dawson and Sawyer, 2018, p. 8. Tradução própria.

⁴⁰WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, **Yale Law Journal**, vol. 115, 1346-1406, 2006. KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford: Oxford University Press, 2004. TUSHNET, Mark. **Taking Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁴¹HIRSCHL, Ran. *The Nordic counternarrative: Democracy, human development, and judicial review*. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 9, Issue 2, Abr. 2011, p. 449–469. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/mor034>>. DAHL, Robert A. **La Democracia y sus críticos**. Barcelona: Paidós, 2002, particularmente entre as páginas 226-232, em que se dedica a críticas o que chama de *quase tutela* das Cortes de Justiça por meio do *judicial review*. WEBBER, Grégoire; YOWELL, Paul; EKINS, Richard; Köpcke, Maris; MILLER, Bradley W.; URBINA, Francisco J. **Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. DYEVE, Arthur. *Technocracy and distrust: Revisiting the rationale for constitutional review*. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 13, Issue 1, Jan.2015, p 30–60. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/mov004>>. BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism: a Republican Defense of the Constitutionality of Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

⁴²KUMM, Mattias. Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review. In: **Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

correntes que essa prática chegou ao Brasil e à América Latina de maneira geral⁴³. Em nosso país a discussão sobre o tema é ainda recente: “o início do debate sobre o ativismo judicial no Brasil está ligado à ascensão institucional do Poder Judiciário e, destacadamente, do Supremo Tribunal Federal, fenômenos vinculados à promulgação da Constituição de 1988 e que ganharam envergadura mesmo nos últimos anos do século XX e no começo deste século”⁴⁴. Desde então vários trabalhos têm-se dedicado ao estudo do assunto⁴⁵, o qual permanece atual. Elival da Silva Ramos, na edição de 2018 de sua obra sobre essa temática, consignou “a persistência das causas do fenômeno e a continuidade de sua ocorrência factual”⁴⁶.

Ultrapassando a revisão histórica, e voltando para a análise conceitual, é interessante perceber que, apesar de toda essa produção sobre o *termo*, “não existe

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2017, p. 76-83.

⁴³SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

⁴⁴CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p. 192-193.

⁴⁵Alguns trabalhos importantes sobre o tema na bibliografia brasileira:

i. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ii. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 23-32, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>.

iii. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

iv. CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu** v. 5 (nº 9), Rio de Janeiro: PUC, 2004, pp. 105/113. Disponível em: <http://revistaalceu-acervo.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>.

v. FELLETT, André Luiz Fernandes et al. (Orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

vi. POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro: PUC – Direito, V. 17, 2000, pp. 121/143.

vii. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

viii. TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013.

ix. VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

x. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV** V. 8, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008, pp. 407/440. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a04v4n2.pdf>>.

⁴⁶RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 20.

consenso acerca de seu significado específico”⁴⁷. Pior: algumas vezes os conceitos utilizados sob a expressão *ativismo judicial* são contraditórios⁴⁸. Por isso, para abordarmos o assunto, é necessário que deixemos claro *qual* definição utilizaremos.

Pois bem. Para especificar o sentido do termo, relevante proceder inicialmente a um inventário dos significados correntes. Utilizaremos para isso dois trabalhos já citados e que se tornaram referência sobre o assunto: o artigo de Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meaning of Judicial Activism*; e o *paper* de Craig Green, *An Intellectual History of Judicial Activism*.

São os seguintes os sentidos identificados pelos autores:

- i) Qualquer decisão seriamente equivocada;
- ii) Julgamentos com resultados indesejáveis;
- iii) Julgados que derrubam estatutos aprovados pelos demais poderes do Estado;
- iv) Decisões que ignoram precedentes;
- v) Decisões orientadas pelos resultados.
- vi) Exercício legislativo por meio da jurisdição (*judicial legislation*);
- vii) Decisões que se afastam de métodos consistentes de interpretação.

Analisemos essas várias definições.

Primeiramente: i) *decisões seriamente equivocadas*. Esse conceito é excessivamente amplo. A razão é simples: uma decisão pode-se equivocar seriamente, mas não por ser ativista. Há vários tipos de erro judicial: má análise probatória, equívoco quanto ao direito vigente, mau enquadramento normativo etc. Assim, pode-se perceber que existem decisões seriamente equivocadas que não são ativistas. O ativismo é apenas uma das formas de equívoco jurisdicional grave. Ele é uma *espécie* do *gênero* equívoco jurisdicional. Como veremos adiante, é um *equívoco jurisdicional grave* (gênero) por substituição, sem razões jurídicas suficientes, da vontade dos órgãos com atribuição para decidir sobre o tema. Em

⁴⁷Citação retirada do seguinte trecho: “From this experience, ‘judicial activism’ apparently is an effective rhetorical tool in ideological argument, but no consensus exists regarding its specific meaning”. CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A.. *The Scientific Study of Judicial Activism*. **Minnesota Law Review**, Forthcoming; Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 06-23; University of Texas Law, Law and Economics Research Paper No. 93. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=939768>>.

⁴⁸No original: “(...) ‘judicial activism’ is defined in a number of disparate, even contradictory, ways (...)”. Kmiec, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*. **California Law Review**, vol. 92, no. 5, October 2004, pp. 1443.

função disso, essa primeira definição erra por ser excessivamente ampla, confundindo *gênero* e *espécie*.

Segunda definição: ii) *juízos com resultados indesejáveis*. Essa conceituação também erra ao confundir *um dos possíveis efeitos* do ativismo com sua concepção fundamental. Na verdade, ambos os fenômenos (ativismo e efeitos indesejáveis) podem até coincidir. Imaginemos que hoje uma Corte brasileira aplique a pena de morte a um criminoso faccionado preso em uma das favelas do Rio de Janeiro, alegando que, por analogia, a autorização constitucional para pena de morte em caso de guerra declarada poderia ser utilizada, porquanto o contexto da criminalidade no local seria *análogo* ao de “guerra” civil. Cogitemos que mais tarde se descubra que o condenado, na verdade, era inocente. Não há dúvidas de que o *ativismo* gerou *efeitos indesejados*. Mas isso é acidental, e pode não ocorrer em todos os casos. Basta pensar na situação contrária. Pensemos num caso de guerra declarada, em que atendidos todos os *standards* internacionais e configurando-se um caso em que a legislação prevê como devida a pena de morte, a justiça brasileira deixe de aplicá-la por violação à dignidade da pessoa humana. Mais tarde, descobre-se que o condenado era inocente. Ou, para quem é terminantemente contrário à pena capital, mesmo que fosse culpado. Nesse caso, a consequência não seria indesejada; porém, cremos que a decisão não deixaria de poder ser considerada ativista.

Terceiro significado: iii) *decisões que derrubam estatutos aprovados pelos demais Poderes*. Essa definição também é muito ampla. A razão é singela: é possível derrubar um estatuto aprovado por ele ser flagrantemente contrário à Constituição. Pensemos novamente no seguinte exemplo: o legislador no Brasil prevê a pena de morte fora dos casos de guerra declarada. Ora, se o Judiciário ignorasse ou derrubasse essa legislação, não haveria ativismo judicial, mas simples uso legítimo da atribuição (constitucionalmente conferida) de controlar a constitucionalidade das sanções penais à luz dos limites do art. 5º, LXVII, da CRFB/88.

Logo, essa definição confunde uma das possíveis circunstâncias em que o ativismo judicial pode ocorrer (derrubada de estatutos no exercício do controle de constitucionalidade) com o ativismo em si. Os fenômenos do *controle de constitucionalidade* e do *ativismo* podem coincidir em determinado caso. Mas eles

não se confundem, porquanto pode haver *controle de constitucionalidade* sem ativismo, quando ele não transborda o papel constitucional legítimo do Poder Judiciário e ocorre mediante uma interpretação consistente da Constituição. Por outro lado, pode-se dar o ativismo em outras circunstâncias: por exemplo, em decisões de casos concretos que não envolvam controle de constitucionalidade (como no exemplo acima de aplicação da pena de morte para hipóteses “análogas” a “guerra” declarada).

Não basta, portanto, o mero controle de constitucionalidade para se configurar o ativismo. Seria necessário que o Judiciário limitasse as atribuições dos órgãos legitimados, restringindo-as além do que seria possível extrair de modo consistente das fronteiras estabelecidas na Constituição. Assim, acabariam por impor a vontade dos membros do Tribunal sobre a escolha das autoridades investidas de capacidade decisória.

Quarto sentido arrolado para ativismo judicial: iv) *Decisões que ignoram precedentes*. A definição também não corresponde perfeitamente à ideia de ativismo judicial. Em primeiro lugar, ela seria muito ampla se indicasse toda rejeição de um precedente. Isso porque tal medida pode ser justificada quando os requisitos consolidados no sistema jurídico para *superar* ou *excepcionar* um precedente estejam presentes, não se tratando de mero voluntarismo do julgador. Por outro lado, a definição se mostra excessivamente restrita, porque, ainda que a rejeição de um precedente aplicável⁴⁹ possa configurar *ativismo judicial*, ela abarca apenas *um dos casos*, ao lado da rejeição de estatutos legitimamente aprovados pelo Legislativo ou medidas devidamente adotadas pelo Executivo.

A quinta definição: v) *Decisões orientadas pelos resultados*. Também não é uma conceituação ajustada. A orientação pelo resultado poder ser uma *causa* de ativismos, quando o julgador está tão aferrado às consequências que quer produzir, que ignora o direito existente, impondo sua opinião na decisão, mesmo contrariando a opção legislativa, administrativa ou o precedente aplicável ao caso. Contudo, há casos em que o juiz não só pode como deve decidir orientado pelos resultados⁵⁰, por

⁴⁹Sobre precedentes judiciais vide: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

⁵⁰Vide, por exemplo: art. 20 da Lei de Introdução à Normas do Direito Brasileiro - “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”; ou art. 59 do Código Penal, o qual

determinação legal e, desse modo, sem incidir em ativismo. Portanto, não há coincidência perfeita entre ambos os fenômenos.

A sexta definição seria: *vi) Exercício de legislação por meio da jurisdição (judicial legislation)*. Esse, de fato, é um caso de ativismo judicial. Contudo, é apenas um dos casos. Confunde-se aqui um *tipo* de ativismo com a espécie como um todo. Isso porque também pode haver ativismo, por exemplo, quando o Judiciário substitui o papel do gestor na nomeação para cargos sem razões jurídicas consistentes. Logo, mais do que um *conceito*, trata-se do *exemplo* de uma das hipóteses de ativismo.

Por derradeiro: *vii) Decisões que se afastam de métodos consistentes de interpretação*. Essa definição também é excessivamente ampla. O afastamento de padrões hermenêuticos consistentes, de fato, é o *modo* pelo qual o *equivoco* da decisão ativista ocorre. Contudo, esse mesmo modo incorreto pode ser aplicado em uma decisão que não envolva ativismo, por exemplo, aplicando modos inconsistentes de análise probatória, ou de interpretação da norma dentro do espaço semântico deixado pelo legislador. Logo, mais do que uma definição, trata-se da *descrição* do *meio* pelo qual o *ativismo* ocorre, mas sem restringir suficientemente o *que se faz por esse meio*.

Vê-se, portanto, que nenhuma das definições acima é suficiente. No entanto, nem todas elas erram totalmente. Elas indicam alguns *exemplos* de ativismo assim como o *meio* pelo qual ele ocorre. Vejamos como esses pontos de acerto se articulam numa conceituação mais rigorosa.

Primeiramente, vimos acima alguns tipos de decisões que podem ser ativistas: julgados que derrubam estatutos aprovados pelos demais poderes do Estado; decisões que ignoram precedentes; exercício de legislação por meio da jurisdição (*judicial legislation*). Talvez possamos agrupá-las num gênero que as abarque e seja capaz de apontar de modo mais preciso todos os casos de ativismo, envolvendo situações que ficaram de fora, como as decisões que invalidam, sem justificativa jurídica suficiente, atos concretos da Administração. Esse gênero poderia ser assim descrito: *julgamentos que substituem a escolha tomada pelo órgão, a princípio, investido da atribuição para decidir*.

determina que juiz aplique a pena à luz do necessário para *repressão* e *prevenção* do crime, ou seja, em vista dos resultados pretendidos.

Assim, se o magistrado ou tribunal, sem razões jurídicas suficientes, substituem a decisão política de competência do gestor; derrubam ou criam uma legislação de atribuição do Legislativo; ou ignoram um precedente criado por uma Corte a que estejam vinculados, eles recaem nessa espécie de decisão. Isso porque *substituem* a escolha tomada (ato administrativo, lei ou precedente) pelo órgão, a princípio, investido da atribuição para decidir na espécie (gestor, legislador ou Corte de hierarquia superior).

Isso basicamente demonstra qual *gênero* de decisão é ativista. Descreve o *que* a decisão ativista *faz*: ela substitui a escolha de quem de direito. Contudo, por si só, isso é insuficiente para caracterizar o ativismo. Isso porque o órgão judicial pode substituir a escolha do órgão aprioristicamente competente, todavia, por uma razão *jurídica suficiente*. Por exemplo: se o Legislador no Brasil *opta* por prescrever pena de morte para crimes fora do caso de guerra declarada, o Poder Judiciário poderá *substituir* essa escolha. E isso não será ativismo. O motivo é que existe uma razão *jurídica consistente*.

Por isso, para além da *substituição* da escolha (*o que a decisão ativista faz*), é necessário mais um requisito: o *meio* pelo qual ela realiza essa substituição. Quanto a esse segundo critério, para ser ativista, uma decisão tem de envolver *padrões hermenêuticos juridicamente inconsistentes*, como aliás já havíamos deixado antever acima. A *substituição da escolha*, para ser ativista, tem de ser tomada *sem fundamento jurídico suficiente*. Na decisão ativista, não se aplica o direito que regulava o ato, mais se impõe a preferência do julgador.

Logo, o ativismo judicial se configura pelo gênero decisão que *substitui a escolha do órgão competente*. Contudo, esse gênero possui duas espécies. Em primeiro lugar, decisões de controle legítimo. Elas substituem a *escolha* legislativa em virtude de uma interpretação *consistente* da Constituição; a escolha do Administrador em virtude de uma interpretação consistente da Constituição e das leis; ou, um precedente em virtude de uma interpretação consistente da Constituição, das leis e das normas que guiam a superação de precedentes. A segunda espécie, sim, compreende os julgamentos ativistas, caracterizando-se por decisões que se utilizam de padrões hermenêuticos inconsistentes, derrubando ou ignorando leis, atos administrativos ou precedentes por *discordância* deles, sem um

fundamento *jurídico* consistente, isto é, sem que uma *norma superior* tenha sido violada pela lei, ato administrativo ou precedente ignorado.

Por conseguinte: *ativismo judicial* é o exercício da jurisdição por meio de decisões que substituem a *opção* do órgão, a princípio, competente para efetuar aquela *escolha*, por meio de padrões hermenêuticos inconsistentes. Essa conceituação, inclusive, tem o conveniente de valer-se do método clássico de apontar o *gênero próximo* e sua *diferença específica*.

De certo modo, esses dois elementos já aparecem em alguns autores que trabalham o tema, ainda que não exatamente como estruturado acima. Nesse sentido, Lino A. Graglia⁵¹, por exemplo, em seu artigo “*It’s Not Constitutionalism, It’s Judicial Activism*”, esclarece que “por ativismo judicial” entende “a prática por juízes de *derrubar escolhas políticas* de membros ou instituições do governo *não proibidas claramente pela Constituição*”. No lugar de “derrubar escolhas políticas”, colocamos *substituir* escolhas políticas. Em vez de “membros ou instituições do governo”, utilizamos a expressão *órgãos ou autoridades competentes para decidir*. E, no lugar de “*escolhas (...) não proibidas claramente pela Constituição*”, apontamos *por meio de padrões hermenêuticos inconsistentes*, isto é, sem razões jurídicas suficientes.

Na doutrina nacional, é semelhante o ensinamento de Elival da Silva Ramos, ao conceituar o ativismo como “o *exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento (...) com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes*”⁵². O que Elival Ramos descreve como “exercício da jurisdição para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento”, apontamos como exercício da jurisdição *sem razões jurídicas suficientes* ou *com padrões hermenêuticos inconsistentes*. E o que ele retrata como “*incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes*”, delineamos como *substituição de escolhas atribuídas a outros órgãos ou autoridades*. De modo semelhante, Georges

⁵¹GRAGLIA, Lino A. *It’s not Constitutionalism, It’s Judicial Activism*. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, V. 19, n. 2, 1995. p. 296. Tradução própria.

⁵²RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 324.

Abboud fala em “abandono do direito na formação da decisão judicial” somado à “atuação insidiosa do Judiciário face aos demais poderes”⁵³.

Em suma, são dois os requisitos essenciais para configuração do ativismo judicial: a *atuação para além do que seria juridicamente consistente extrair da regra ou princípio que serve de paradigma de controle*; e a *invasão da atividade típica de outros órgãos*, especialmente daqueles que guardam caráter politicamente representativo, em virtude da investidura de seus membros via sufrágio⁵⁴.

Embora acreditemos que o conceito acima é útil para o *reconhecimento fático* do fenômeno, ele não exclui toda dúvida e divergência acerca de sua ocorrência em casos concretos. Em verdade, existem elementos do conceito, como a *inconsistência jurídica* ou *ausência de razões suficientes*, que tornam o ativismo irreduzível a uma mera *descrição* de elementos objetivos. Remanesce, assim, certa carga *valorativa*. É necessário um *juízo* sobre a ausência ou não de razões jurídicas suficientes, bem como acerca da invasão da decisão na atribuição de outros órgãos ou autoridades.

Creemos que exatamente em virtude dessa potencial dificuldade em caracterizar uma decisão como ativista ou não, é que determinados autores optaram por, em vez de fixar um conceito concreto, descrever *dados empíricos* que auxiliem na indicação de *quão ativista* uma decisão judicial foi. Nesse sentido, por exemplo, o trabalho seminal de Bradley C. Canon, publicado no ano de 1983, sob o título “*Defining the Dimensions of Judicial Activism*”⁵⁵. Nele, o autor inicialmente aponta dois elementos básicos do ativismo judicial em linhas bastante semelhantes ao que expusemos acima: “primeiro, o ativismo judicial é comumente visto como uma significativa mudança de política pública produzida pelas Cortes”; “o segundo fato é a ilegitimidade. É ativista uma decisão percebida como ilegítima segundo os mais

⁵³Para uma visão completa da revisão operada pelo autor sobre o conceito de ativismo, vide: ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 1.359-1408.

⁵⁴STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁵⁵CANON, Bradley C. Defining the Dimensions of Judicial Activism. **Judicature**, vol. 66, no. 5, December-January 1983, pp. 236-247. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/judica66&i=238>>.

comuns critérios acerca do papel do Judiciário”⁵⁶. Após, ele busca descrever seis *dimensões* do ativismo judicial, o que poderíamos também descrever como *critérios empíricos para sua caracterização*. São eles:

- (1) Majoritarismo – o grau em que as políticas adotadas por meio de processos democráticos foram judicialmente negadas.
- (2) Estabilidade Interpretativa – o grau em que decisões, doutrinas ou interpretações anteriores foram alteradas.
- (3) Fidelidade Interpretativa – o grau em que normas constitucionais foram interpretadas contrariamente às intenções claras de seus elaboradores ou às patentes implicações da linguagem utilizada.
- (4) Distinção entre Substância/Processo Democrático – o grau em que decisões judiciais criam políticas substantivas ao invés de apenas preservar o processo político democrático.
- (5) Especificidade Política – o grau em que a decisão judicial estabelece ela mesma as políticas em oposição a deixar discricionariedade a outros agentes ou indivíduos.
- (6) Existência de elaboradores alternativos para a Política Pública analisada pelo Judiciário: o grau em que a decisão judicial substitui sérias considerações sobre o mesmo problema de outras agências de governo.

De todas elas, parece-nos que apenas a sexta dimensão demanda alguma explicação, sendo as demais autoexplicativas. A questão que o autor descreve como “existência de elaboradores alternativos para a Política Pública” trata da existência ou não de outros órgãos ou autoridades capazes de decidir sobre o tema e sua *capacidade institucional* em comparação com o Poder Judiciário.

As ideias de Bradley Canon foram depois desenvolvidas por outros autores⁵⁷. Esses *indicadores empíricos* do ativismo parecem-nos relevantes, exatamente pela dificuldade que surge na prática para determinar se determinado julgamento foi ou não ativista. Ademais, tais *dimensões* do ativismo concedem um traço de *gradualidade* ao ativismo, o que julgamos interessante. Isso porque como veremos no próximo capítulo, o ativismo ofende alguns princípios básicos de nosso ordenamento constitucional (Estado de Direito, Democracia, Separação de Poderes etc.). E o grau em que uma decisão ofende esses princípios, por exemplo, por

⁵⁶CANON, Bradley C. Defining the Dimensions of Judicial Activism. **Judicature**, vol. 66, no. 5, December-January 1983, pp. 236-247. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/judica66&i=238>>, p. 238-239.

⁵⁷Para um excelente trabalho que divide os seis *fatores* de Canon em dezessete parâmetros: COHN, Margit; KREMNITZER, Mordechai. Judicial Activism: a multidimensional model. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol. XVIII, n. 2, jul.2005, p 333-356. Outra obra sobre formas de *mensurar* o ativismo judicial: LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. **Measuring Judicial Activism**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

invadir temas mais sensíveis para a sociedade, pode fazer com que alguns casos de ativismo sejam mais graves do que outros. Aqueles critérios acabam por viabilizar algum modo de mensurar a gravidade do ativismo.

É importante ainda destacar que o conceito de ativismo judicial aqui trabalhado tem algumas consequências. Em primeiro lugar, como ele demanda que a decisão atue para além da atribuição do Poder Judiciário, o ativismo depende da análise do desenho institucional do respectivo sistema legal. Assim, se nos Estados Unidos, é possível discutir se o simples exercício do *constitutional review* configuraria ou não ativismo; no Brasil, em que esse poder foi expressamente concedido ao Poder Judiciário na Constituição, essa questão não se coloca. Quanto mais atribuições forem concedidas ao Poder Judiciário, maior será o poder que ele poderá exercer sem que sua atuação configure ativismo.

Em segundo lugar, como o conceito exige que a decisão seja tomada *sem razões jurídicas consistentes*, ele pressupõe uma *teoria da decisão judicial*⁵⁸. É necessário que haja uma ideia suficientemente clara do que constituiria *razões jurídicas consistentes*. É necessário haver uma dogmática sobre as *fontes do direito* e a *interpretação* dessas fontes. Do contrário, o conceito acaba ficando excessivamente obnubilado pelas discussões acerca da *consistência dos padrões hermenêuticos utilizados*.

Como veremos no último tópico deste capítulo, as teorias surgidas em especial por meio do chamado *neoconstitucionalismo* acerca do papel do Judiciário e sobre a forma de concretização de princípios e sobre os limites linguísticos impostos pelas regras (ou ausência deles) acabaram por funcionar como motor do ativismo. Isso porque concedem uma função excessivamente tênue das regras, um papel enormemente amplo para os princípios abstratos, e veem o Judiciário como o grande responsável por concretizar os princípios constitucionais, impondo a leitura que a maioria dos membros do tribunal reputar como sendo a “*melhor*”.

Porém, antes de investigar esses pontos, vejamos uma outra concausa que contribuiu para agravar o problema do ativismo judicial: a expansão global do Poder Judiciário, em especial da jurisdição constitucional.

⁵⁸STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 322-348.

2.2 O contexto de expansão do poder judiciário no Brasil e no mundo

Os últimos dois séculos foram marcados por uma forte e acelerada expansão do Poder Judiciário. Para se ter uma ideia, o controle de constitucionalidade – uma das mais contundentes e impactantes expressões da jurisdição – era inexistente em 1781. Pouco tempo depois foi adotado pelos Estados Unidos de forma isolada. Alexis de Tocqueville o descreveu como uma “peculiaridade da magistratura americana” em sua obra clássica, “Democracia na América”, publicada em 1835. Ao final do século XIX, alguns países latino-americanos já haviam admitido o instituto. Em meados do século XX, passara para cerca de 38% o percentual de nações que adotavam alguma forma de controle de constitucionalidade. Em 2011, esse percentual já chegava a 83%⁵⁹. De 191 países estudados pelo professor da Universidade de Chicago Tom Ginsburg, 139 traziam em suas constituições mecanismos de controle judicial de constitucionalidade, 79 por Cortes Constitucionais, e 60 por meio de controle difuso⁶⁰.

Ginsburg diz que esse movimento ocorreu em *ondas*. Ele indica três, as quais serão detalhadas mais à frente, mas grosso modo sucederam da seguinte forma: primeiramente, com a fundação do *judicial review* nos Estados Unidos; depois, uma segunda onda sobreveio inicialmente com a adoção de formas concentradas de controle por influência de Hans Kelsen e da Constituição Austríaca no primeiro pós-Guerra, e depois com os movimentos de emancipação colonial e o pós-Segunda Guerra; por fim, uma última onda foi deflagrada concomitantemente com o processo de democratização dos países do antigo bloco soviético e da América Latina⁶¹.

Isso não quer dizer que todos os países com sistemas de *judicial review* aceitem o *ativismo* ou acolham a ideia de *supremacia judicial*. A intensidade e profundidade dos poderes de controle variam bastante de país para país. Alguns preveem apenas o que Jeromy Waldron chama de *weak judicial review*⁶², em que o

⁵⁹GINSBURG, Tom; VESTEER, Mila. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? **Journal of Law, Economics and Organization**, vol. 587, 2014, p. 2.

⁶⁰GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WTHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 81.

⁶¹GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WTHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010, p. 82-88.

⁶²“Strong judicial review finds its paradigm in the United States, whereas Canadian law epitomizes weak judicial review. The difference between these legal systems comes out when a court overturns

Parlamento pode superar a decisão da Suprema Corte, o que ocorre em democracias consolidadas como Inglaterra e Canadá. Esse mecanismo será debatido no terceiro capítulo, como uma forma bastante qualificada de *diálogo institucional*. Ainda, na Suíça, a Suprema Corte não pode rever atos do Parlamento Nacional, apenas leis das entidades federativas menores. De toda forma, os números demonstram um forte movimento expansionista do Poder Judiciário.

A ideia do presente subtópico é apresentar os principais episódios históricos da expansão do Judiciário no mundo. Esse fenômeno se dá basicamente por dois canais: primeiramente, a expansão do próprio controle de constitucionalidade, uma vez que é o instrumento que permite decisões com maiores impactos sociais e políticos; em segundo lugar, pelo crescimento de doutrinas que defendem a legitimidade do ativismo judicial, isto é, de decisões que *substituam* as escolhas políticas mesmo que por meio de razões jurídicas frágeis e com parco fundamento no direito aprovado por meio das instâncias representativas e do processo legislativo.

É preciso deixar claro: o *controle de constitucionalidade* e o *ativismo judicial* não se confundem e o trabalho concentra-se em criticar apenas o segundo fenômeno. Contudo, a expansão do primeiro, ainda que não seja uma *condição suficiente* para o advento do ativismo, acaba por ser uma *concausa* relevante. Isso porque permite que o Poder Judiciário controle não apenas atos administrativos mediante critérios de legalidade, que tendem a ser mais precisos e concretos; mas também leis, e baseando-se em comandos comumente abstratos da Constituição. Como ressalta Bradley C. Canon, “ainda que o conceito de ativismo certamente se aplique” a outras áreas, “o direito constitucional está no coração da controvérsia e é responsável pelo mais amplo e memorável debate sobre o tema”⁶³.

No mesmo sentido, leciona Paul Yowell⁶⁴ sobre os impactos do ativismo em âmbito constitucional:

legislation on the basis of an interpretation of a constitutional clause where the interpretation is reasonable but still disputed by the legislature.” (SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. Weak and Strong Judicial Review. **Law and Philosophy**, vol. 22, nº 34, 2003, p. 381).

⁶³Original: “While the concept of activism certainly applies to the construction of statutes, the development of common law, and other judicial doctrines, constitutional law lies at the heart of the controversy and produces the sharpest and most memorable colloquy”. CANON, Bradley C. Defining the Dimensions of Judicial Activism. **Judicature**, vol. 66, no. 5, December-January 1983, pp. 236-247. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/judica66&i=238>>, p. 240.

⁶⁴Original: “The decisions courts make in constitutional rights cases pervade our political life and touch on our most basic interests and values. Following the spread of the power of judicial review of

As decisões que as cortes tomam em casos *sobre direitos constitucionais* perpassam nossa vida política e tocam em nossos valores e interesses mais básicos. Seguindo a expansão mundo afora do poder de controlar a constitucionalidade da legislação, tribunais foram chamados para resolver temas como suicídio assistido, proteção de dados, financiamento de campanhas políticas, direitos políticos, controle de armas, medidas contra o terrorismo, casamento, aborto, “barriga de aluguel”, imigração, e vários outros assuntos que envolvem profunda controvérsia política e moral.

Assim, em virtude da imbricação dos dois fenômenos (controle de constitucionalidade e ativismo), optamos por descrever no presente tópico a história do surgimento e expansão do controle de constitucionalidade em si. E no interior dessa narrativa, vamos expor o surgimento e incremento de ideias que viabilizam o ativismo judicial. Frise-se que aqui não será retratado o debate histórico sobre o *conceito* de ativismo, já visto no tópico anterior. Mas do fenômeno em si.

Mais uma ressalva importante: exatamente em virtude dessa conexão com o controle de constitucionalidade, o *ativismo judicial* está umbilicalmente ligado ao constitucionalismo americano, visto ter sido o primeiro país a contar com uma Constituição escrita, rígida e suprema, fiscalizada por cortes de Justiça. Em particular, com uma Suprema Corte vocacionada, em grande medida, a realizar o controle de constitucionalidade da legislação infraconstitucional. Ademais, mesmo quando o controle de constitucionalidade se alastrou para outros países, poucos experimentaram uma postura tão ativista de suas cortes constitucionais; se a comparação se mantiver entre os países desenvolvidos, Robert Dahl afirmava que o ativismo americano reinaria incontestemente⁶⁵. Por isso, lá foi onde os estudos acerca da temática mais se desenvolveram, sendo que os debates em outros países inclusive no Brasil enxertam-se naquela tradição de pesquisa. Daí por que nossa narrativa após pontuar brevemente alguns antecedentes históricos, iniciar-se-á com o desenvolvimento do fenômeno nos Estados Unidos para, então, registrar sua expansão pelo mundo e seu desembarque teórico no Brasil.

Pois bem. Mesmo antes dos debates acerca da primeira Constituição escrita – a dos Estados Unidos de 1787 –, existiram doutrinas que serviram de

legislation around the world, courts are called on to settle issues regarding assisted suicide, data privacy, campaign finance, voting rights, gun control, anti-terrorism measures, marriage, abortion, surrogacy, immigration, and many other matters of deep moral and political controversy”. YOWELL, Paul. **Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review**. Oxford: HART, 2018. e-book não paginado.

⁶⁵DAHL, Robert. *La Democracia y sus Críticos*. Barcelona: Paidós, 1992, p. 226-232.

antecedentes para a ideia de *controle de constitucionalidade*. Com efeito, no tópico anterior, ressaltamos que a *ideia* de ativismo é longeva e muito anterior ao *termo*. Algo de semelhante ocorre com o *controle de constitucionalidade*. Ele possui antecedentes históricos muito anteriores à sua forma consolidada moderna. Essas primícias do controle de constitucionalidade se baseavam na ideia de estabelecer algum modo de supervisão *jurídica* sobre decisões políticas, fundamentando-se em esboços de hierarquia normativa⁶⁶. De fato, como bem salienta Tom Ginsburg: “se um sistema normativo divide suas regras em leis superiores e inferiores, então haverá uma inerente necessidade de limitar as leis inferiores que conflitem com os princípios superiores”⁶⁷.

Entre os exemplos, na Grécia, temos a distinção entre as normas fundamentais da pólis, as *leis (nómos)* e os *decretos (pséfisma)*, cabendo o controle das inferiores em relação às superiores por meio de ação chamada *graphe paranomon*⁶⁸. Já em Roma, três mecanismos jurídicos chamaram a atenção dos estudiosos acerca dos antecedentes do *judicial review*: o instituto dos *rescripts*, uma espécie de legislação imperial, cuja aplicação poderia ser evitada caso contrariasse o “direito geral ou a utilidade pública”; o poder do Senado Romano de julgar a validade de leis da Assembleia de Roma; e a aplicação de regras do instituto do *mandato* (procuração) ao direito público, concepção invocada nos primeiros casos de controle de constitucionalidade nos Estados Americanos ao tempo da Confederação. A ideia de mandato viabilizou a seguinte construção teórica: o *legislador* é um *mandatário* de certos poderes outorgados pela Constituição – principal manifestação política do *povo* –, e o mandatário não pode ultrapassar os poderes ou contrariar as ordens de quem o constituiu⁶⁹. Assim, de igual maneira, o

⁶⁶BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2017, p. 37. WHITTINGTON, Keith E. **Repugnant Laws: Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the Present**. Kansas: University Press of Kansas, 2019, 38-50.

⁶⁷GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 82.

⁶⁸CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: SAFE, 1984, p. 49-51. MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição** – As Côrtes Constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 39-40.

⁶⁹CLINTON, Robert Lowry. **Marbury v. Madison and Judicial Review**. Kansas: Kansas University Press, 1989, p. 31-35. Clinton faz menção às seguintes obras, para fundamentar historicamente sua posição acerca do direito na Grécia: COXE, Brinton. **An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation**. Philadelphia: Kay & Brother, 1893; JOLOWICZ, H. F. **Historical**

legislador não poderia violar a Constituição, sob pena de seus atos serem reputados inválidos, tal como ocorre com os atos do mandatário que superam (*ultra vires*) ou contrariam os poderes que lhe foram outorgados.

Mais tarde, durante a Idade Média, o principal antecedente à ideia de controle da legislação se deu por meio das várias teorias jusnaturalistas. De fato, “a crença em um direito natural superior aos meros decretos positivos e a prática de apelar àquele era comum à vasta maioria dos pensadores políticos medievais.⁷⁰ Tom Ginsburg salienta que “um *background* crucial” para o desenvolvimento do *judicial review* “partiu das noções judaico-cristãs de *lei superior*”⁷¹. Contudo, ainda não havia no período a estrutura do Estado-nação em seu sentido moderno.

Também durante o medievo começou a se desenvolver no mundo anglo-saxão a *Common Law*. Esta, ao menos na forma em que recepcionada nos Estados Unidos⁷², foi vista como precursora do *judicial review*, em virtude de viabilizar o controle do *statute law* em face da *Common Law*⁷³. Foi particularmente célebre quanto a esse ponto a elaboração do grande jurista Edward Coke, esculpida no julgamento do caso Bonham, o qual foi enormemente influente na fundação dos Estados Unidos⁷⁴.

Naquele caso, o médico Bonham, formado em medicina pela Universidade de Cambridge, passou a exercer a profissão de médico em Londres. O *Royal College of Physicians* daquela cidade o intimou, acusando-o de exercer a medicina na região de Londres, apesar de não possuir licença para tanto do *Royal College* do local.

Introduction to the Study of Roman Law. Cambridge: Cambridge University Press, 1932; JOLOWICZ, H. F. **Roman Foundations of Modern Law.** Oxford: Clarendon Press, 1957.

⁷⁰Original: “The belief in a natural law superior to mere positive enactment and the practice of appealing to it were common to the vast majority of medieval political thinkers (...)”. OAKLEY, Francis. Medieval Theories of Natural Law: William of Ockham and the Significance of the Voluntarist Tradition. **The American Journal of Jurisprudence**, Vol. 6, Issue 1, 1961, p. 65–83. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/ajj/6.1.65>>. Ainda: POLLOCK, Frederick. The History of the Law of Nature: A Preliminary Study. **Columbia Law Review**, Vol. 1, nº. 1, jan.1901, p. 11-32.

⁷¹Original: “One crucial background idea dew on Judeo-Christian notions of higher law”. GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WTHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics.** Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 82.

⁷²CORWIN, Edward S. The “Higher Law” Background of American Constitutional Law. **Harvard Law Review**, vol. 42, nº 2, dez. 1928, p. 149-185. WHITTINGTON, Keith E. **Repugnant Laws: Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the Present.** Kansas: University Press of Kansas, p. 39-44.

⁷³Sobre a *Common Law*, vide: POSTEMA, Gerald J. Philosophy of the Common Law. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (ed). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law.** Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 588-622.

⁷⁴HELMHOLZ, R. H. Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature. **Journal of Legal Analysis**, vol. 1, nº 1, winter 2009, p. 329-330.

Bonham acreditava que, sendo graduado por uma prestigiada universidade, não lhe seria exigível tal licença. O *Royal College* o multou e depois determinou sua prisão. Bonham recorreu às Cortes e seu caso foi parar nas mãos de Coke, então magistrado na *Court of Common Pleas*, a qual lhe concedeu ganho da causa. Entre as razões para tanto, constou no voto de Coke o trecho mais memorável e relevante para nosso ponto: o grande jurista consigna que o *Royal College*, segundo decreto real confirmado por um *Act of Parliament*, poderia reter parte da multa aplicada, o que fazia com que figurasse, ao mesmo tempo, como *juiz* (decidia sobre aplicação da multa) e parte (era beneficiado ao reter parcela dos valores), o que era vedado pela *Common Law*. O magistrado, então, afirmou que o direito comum dos ingleses poderia ser utilizado para controlar atos do Parlamento. Em uma das passagens mais famosas da história do direito, arrematou:

Os censores, não podem ser Juizes, Ministros e partes; Juizes, para dar sentença ou julgamento; Ministros para fazer convocações; e Partes, para ter participação na pena: *quia aliquis non debet esse Judex in propria causa, imo iniquum est aliquem sui rei esse judicem*: não se podendo ser Juiz e Procurador de nenhuma das partes (...). Ademais, consta de nossos livros que, em muitos casos, o direito comum controla os atos do parlamento, e às vezes deve julgá-los nulos: pois quando um ato do parlamento é contra o direito comum e a razão, ou repugnante, ou impossível de ser executado, a Lei Comum irá controlá-la e julgar essa lei nula (...).⁷⁵.

Existe discussão sobre o que exatamente Coke pretendia com tal arazoado. Parcela dos estudiosos afirmam que Coke não declarou o ato nulo, nem derrubou qualquer legislação, mas apenas utilizou tais fundamentos como forma de interpretar o estatuto, afastando sua aplicação no caso concreto. Com isso, ter-se-ia valido de artifício corriqueiro a seu tempo. De todo modo, a versão que se difundiu nos Estados Unidos foi a de que a revisão judicial de atos legislativos era possível a partir da *Common Law*, como quer que essa fosse entendida (direito natural, direito

⁷⁵Original: "The Censors, cannot be Judges, Ministers, and parties; Judges, to give sentence or judgment; Ministers to make summons; and Parties, to have the moyety of the forfeiture, *quia aliquis non debet esse Judex in propria causa, imo iniquum est aliquem sui rei esse judicem*: and one cannot be Judge and Attorney for any of the parties (...). And it appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void (...)." COKE, Edward. **The Selected Wittings**. Indianapolis: Liberty Fund, 2003, p. 275.

comum e imemorial do povo inglês, ou alguma espécie de *Higher Law* como a Magna Carta⁷⁶).

Outro antecedente importante ocorreu com as chamadas *Cartas Coloniais*, documentos escritos que regulavam o funcionamento das colônias inglesas na América do Norte. Essas Cartas funcionavam de modo muito semelhante a uma *Constituição* das Colônias. Elas impunham duas espécies de limites jurídicos ao governo das colônias: obediência às balizas fixadas pelas autoridades inglesas (algo semelhante ao controle que a Constituição federal impõe hoje sobre a autonomia dos Estados-membros); e os contornos do poder das autoridades coloniais no tocante aos direitos individuais dos colonos. Nesse período, os juízes controlavam a legislação das colônias em face das demarcações jurídicas impostas pelas Cartas Coloniais⁷⁷.

Por fim, com a Revolução Americana de 1776, as Colônias se tornaram Estados independentes, associados em Confederação. Alguns desses Estados passaram a adotar Constituições escritas e os respectivos judiciários, em grande medida influenciados pela Doutrina Coke tal qual a recepcionaram a partir do Caso Bonham⁷⁸, passaram a controlar a constitucionalidade das leis estaduais à luz de suas constituições. A rigor, essas foram as primeiras experiências de controle de constitucionalidade⁷⁹.

Mas é, de fato, com as discussões acerca da Constituição Federal Americana, criando um governo e um Judiciário nacional, que é implementada a condição para o debate sobre um autêntico controle de constitucionalidade nos moldes modernos, tendo como parâmetro uma Constituição rígida, documentalmente formalizada e suprema, não se submetendo a outro documento como os Artigos da Confederação. Em torno dela foi que se intensificaram as contendas acerca da *natureza e alcance*

⁷⁶Sobre as várias interpretações da *Common Law* no julgamento do caso Bonham e a respectiva literatura, vide: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese (Doutorado em Direito). USP, São Paulo, 2013, p. 29-43.

⁷⁷WHITTINGTON, Keith E. **Repugnant Laws: Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the Present**. Kansas: University Press of Kansas, p. 42-44.

⁷⁸PLUCKNETT, T.F.T. Bonham's Case and Judicial Review. **Harvard Law Review**, vol. 40, 1926, p. 30-70.

⁷⁹PRAKASH, Saikrishna B.; YOO, John C. The Origins of Judicial Review. **University of Chicago Law Review**, Vol. 70, Issue 3, art. 3, 2003, p. 929-939. WHITTINGTON, Keith E. **Repugnant Laws: Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the Present**. Kansas: University Press of Kansas, p. 44-50.

desse controle. Começa aqui a *primeira onda* do controle de constitucionalidade descrita por Tom Ginsburg.

Já nesse período, ainda que sem utilizar o rótulo *ativismo judicial* ou mesmo *judicial review*, expressões que foram cunhadas mais tarde – como veremos à frente –, o *conteúdo* das discussões já tocava em alguns pontos do debate contemporâneo: devia ou não haver o *poder* de o Judiciário derrubar normas criadas por representantes eleitos; e, em caso de resposta afirmativa, quais os limites desse poder.

Durante a elaboração do documento, há fortes indícios históricos de que os responsáveis pela sua produção aceitavam a ideia de que as cortes exerceriam controle de constitucionalidade sobre as leis. Essa leitura é inclusive reforçada pelo fato descrito acima, de que essa prerrogativa já era exercida pelos Tribunais dos Estados independentes da confederação americana⁸⁰.

De todo modo, durante os debates sobre a ratificação da Constituição Federal, os *antifederalistas* – um grupo que rejeitava a criação de um Estado nacional, defendendo fosse mantida a forma confederada – apontavam perigos provindos da concessão do poder de derrubar leis à Suprema Corte. Numa série de artigos publicados em dois semanários novaiorquinos – *New York Journal* e *Weekly Register* –, entre outubro de 1787 e abril de 1788, um antifederalista de identidade incerta usava o pseudônimo de *Brutus*, em clara alusão ao personagem romano envolvido na conspiração responsável por assassinar Júlio César e com isso impedir a derrubada definitiva da República e a instituição de uma ditadura imperial. Em tais artigos, ele apresentou argumentos em *oposição* à possibilidade de juízes invalidarem leis aprovadas por representantes eleitos. *Brutus* afirmou que como não havia mecanismos de *controle* dos *erros* da Suprema Corte, suas decisões se tornariam a verdadeira *Constituição* em face dos demais poderes. Isso conduziria a uma supremacia judicial, mesmo que formalmente a Constituição previsse a independência e igualdade entre os poderes⁸¹.

⁸⁰WHITTINGTON, Keith E. *Repugnant Laws: Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the Present*. Kansas: University Press of Kansas, 2019, 44-56. Contudo, não se trata de opinião unânime. Há estudiosos que acreditam que o *judicial review* foi uma construção posterior da Suprema Corte. Nesse sentido, vide: KRAMER, Larry D. Foreword: We the Court. *Harvard Law Review*, vol. 115, nº 4, 2991, p. 5-169. Também: HAND, Learned. *The Bill of Rights: the Oliver Wendell Holmes Lectures*. Cambridge: Harvard University Press, 1958.

⁸¹KETCHAM, Ralph (ed.). *The Anti-Federalist Papers and Constitutional Convention Debates*. Londres: Signet Book, 2003.

A réplica a esses ataques veio da pena de Alexander Hamilton, por meio de um dos chamados “*Federalist Papers*”, um conjunto de artigos escritos por John Jay, James Madison e Hamilton, defendendo a ratificação da nova Constituição. Nesses artigos, todos os três usam o pseudônimo de *Publius*, um dos responsáveis pela fundação da República romana. Nitidamente, a escolha do pseudônimo utilizado busca fazer uma réplica aos antifederalistas e passar a mensagem de que não estavam buscando fundar um Império para um César, mas uma nova república para o povo americano.

No artigo de n.º 78, Hamilton responde às críticas sobre a instituição de uma Corte nacional com função de fiscalizar o respeito à Constituição. Ele afirma que o Judiciário poderia realizar o *judicial review* sem ameaçar os demais poderes constitucionais por ser o menos perigoso deles (*the least dangerous branch*), em razão de não possuir a *espada* (ou seja, um Exército) nem a chave do *cofre*. Hamilton, no entanto, deixava claro que para que o Judiciário realmente não representasse qualquer ameaça, era necessário que permanecesse separado do Legislativo e do Executivo, citando e concordando com a célebre frase de Montesquieu: “não poderá haver liberdade, se o poder de julgar não estiver separado do poder de legislar ou executar”. No mesmo texto, Hamilton também trata da supremacia judicial, oportunidade em que faz uma diferenciação elementar: o controle de constitucionalidade protege a *supremacia da Constituição*, não do Judiciário. A autoridade de fiscalização teria de estar submetida à Constituição, bem como a princípios firmes e precedentes estáveis⁸². Talvez seja possível concluir que Hamilton defendia a existência do *judicial review of legislation*, mas não do *ativismo judicial*⁸³, fenômenos que, como já ressaltamos, não são necessariamente coincidentes. Ou seja, acreditava que as decisões políticas deveriam estar sujeitas à Constituição, mediante fiscalização de um tribunal, mas não ao subjetivismo voluntarista dos julgadores.

Parece ter sido essa a visão – que reconhecia a legitimidade do controle de constitucionalidade, mas rejeitava o *ativismo judicial* –, que dominou o

⁸²HAMILTON, Alexander. *The Federalist n.º 78*. In: ADLER, Mortimer J. (ed.). **Great Books of the Western World**. Chicago: *Encyclopaedia Britannica Inc.*, 1991, p. 229-233.

⁸³Sobre a diferença, vide: TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. E-book (não paginado). BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, p. 19-24.

constitucionalismo americano no período intitulado pelo historiador Christopher Wolfe⁸⁴ de *Traditional Era*, o qual vai desde a fundação do país até perto do séc. XIX, mais especificamente até a década de 1890.

De fato, desde o princípio dos Estados Unidos, o Poder Judiciário exerceu a prerrogativa de fiscalizar a observância da Constituição. Mesmo antes do famoso caso *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte e os tribunais inferiores já haviam examinado a constitucionalidade de normas dezenas de vezes, inclusive derrubando algumas delas⁸⁵. No caso *Marbury*, basicamente, os juízes da Suprema Corte inovaram apenas ao fundamentar de modo explícito e analítico esse poder de revisão de escolhas políticas à luz da Constituição. Poder esse que seguiu sendo exercido dezenas de vezes e com normalidade. Como demonstra Keith Whittington⁸⁶ em seu estudo histórico, entre a fundação do país e o período da Reconstrução após a Guerra Civil (a partir de 1865), a Suprema Corte americana declarou a inconstitucionalidade de quase uma lei *federal* por ano, com uma média um pouco superior no tocante às legislações estaduais. Durante todo o século XIX, o Tribunal jamais ficou mais de dois anos sem resolver uma questão constitucional.

Contudo, a interpretação era fortemente apegada ao *texto* constitucional e influenciada pela *intenção* dos elaboradores do documento e pelo sentido comum das palavras no debate público da época⁸⁷. A ideia predominante de então era que a atividade jurisdicional se caracterizava pela *descoberta e declaração* do direito⁸⁸, não pela sua criação, ao menos quando havia texto legal expresso regulamentando a questão.

Foi com a chegada da chamada *Progressive Era*, por volta da última década do século XIX (1890), que esse quadro começou a sofrer significativas alterações.

⁸⁴WOLFE, Christopher. *The Rise of Modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Rev. Ed. Boston: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1994, p. 3.

⁸⁵WHITTINGTON, Keith E. *Repugnant Laws: Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the Present*. Kansas: University Press of Kansas, 2019, p. 60-77. TREATOR, William Michael, *Judicial Review Before Marbury*. *Stanford Law Review*, 58, 455, 2005. Disponível em: <<http://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2010/04/treanor.pdf>>.

⁸⁶WHITTINGTON, Keith E. *Repugnant Laws: Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the Present*. Kansas: University Press of Kansas, 2019, p. 27.

⁸⁷GILLMAN, Howard. *The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the 'Living Constitution' in the Course of American State-Building*. *Studies in American Political Development*, v. 11, 1997, p. 191-247. WOLFE, Christopher. *The Rise of Modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Rev. Ed. Boston: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1994, p. 3.

⁸⁸SHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 124-125.

Inicialmente a obra de Oliver Wendel Holmes, com seu seminal artigo *The Path of Law*⁸⁹, efetuou um duro golpe sobre a autoridade dos textos legais, com sua assertiva no sentido de que: o direito é aquilo que dizem os tribunais, sendo tarefa da ciência jurídica nada mais do que tentar prever o comportamento dos julgadores. Com Holmes, ganha proeminência a visão de que a atividade judicial não é apenas de *descoberta*, mas de *criação* do direito, tendo nesse caso um estatuto semelhante ao das decisões políticas⁹⁰.

A par dessa nova teoria, a Suprema Corte Americana, reagindo a uma ampliação do escopo do Estado, assume uma posição de defesa de opções não expostas claramente no texto constitucional, com uma espécie de ativismo de corte econômico e libertário. Começa, então, a chamada “Era Lochner”⁹¹, da qual falamos brevemente no tópico anterior. Naquele período do Tribunal, que se estendeu do final do século XIX até por volta da década de 30 do século passado, alguns julgamentos, baseando-se em cláusulas vagas como o “devido processo legal substantivo”, derrubaram legislações que instituíam uma maior intervenção estatal na economia.

Foi nesse período que o político, jurista e mais tarde membro da Suprema Corte Americana Charles Evan Hughes asseverou: “We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”⁹². No encaço desses acontecimentos, duas novas escolas de pensamento jurídico que afirmavam ser herdeiras das lições de Holmes também reduziram a tendência hermenêutica de deferência ao texto constitucional e à intenção dos *drafters* da Constituição.

De um lado, a ideia de *living Constitution*⁹³ começa a ganhar corpo. Um início de expansão do Poder Executivo federal levou a que pululassem defesas de *adaptação* da Constituição a novos tempos, numa analogia às concepções

⁸⁹HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of Law*. **Harvard Law Review**, 10, 457, 1897. Disponível em: <<http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>>.

⁹⁰SHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 125-126. WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Rev. Ed. Boston: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1994, p. 223-230.

⁹¹ARKES, Hadley. Lochner v. New York and the Cast of Our Laws. GEORGE, Robert (ed.). **Great Cases in Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 94-129. SUNSTEIN, Cass R. Lochner's Legacy. **Columbia Law Review**, vol. 87, 1987, p. 873-919.

⁹²HUGHES, Charles Evans. **Addresses and Papers**, 130, 1908 *apud* FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 5.

⁹³Sobre o avanço da ideia de *living Constitution*: GILLMAN, Howard. *The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the 'Living Constitution' in the Course of American State-Building*. **Studies in American Political Development**, v. 11, 1997, p. 191-247.

darwinianas na biologia. A primeira menção da Constituição como um organismo vivo capaz de se adaptar veio de Woodrow Wilson, em seu livro *Constitutional Government in the United States*⁹⁴: "Living political constitutions devem ser darwinianas na estrutura e na prática".

Pouco mais tarde, ancorado igualmente na noção de *living law*, o jurista e juiz da Suprema Corte americana Louis Brandeis, indicado pelo próprio Woodrow Wilson em 1916, surgiu como figura que advogava abertamente interpretações expansionistas da Constituição, para implementar de agendas políticas⁹⁵. Seguindo nessa esteira, em 1927, o cientista político Howard Lee McBain publicou livro com o título *Living Constitution*⁹⁶, cunhando o termo que se perpetuou até os dias atuais. Com as modificações na estrutura do Estado promovidas pelo *New Deal*, ficou claro que a atuação do governo estava fora do que houvera sido imaginado pelos *framers*. Com isso, consolidou-se a percepção de que uma nova forma de pensar o direito constitucional era necessária, o que tornou a teoria do *living constitutionalism* hegemônica por longas décadas.

A segunda vertente que, por volta da década de 30, também afirmou desenvolver as propostas teóricas de Holmes foi o Realismo Jurídico (*Legal Realism*). Essa corrente teórica vai ainda mais longe do que a anterior: para os realistas americanos, o direito não seria independente apenas das *intenções* dos legisladores; mas do próprio texto legal e da dogmática jurídica de modo geral. Para o Realismo Jurídico, seriam as percepções pré-jurídicas e extrajurídicas dos juízes que determinariam os resultados das decisões judiciais, ou pelo menos teriam prevalência sobre textos, precedentes e doutrinas⁹⁷.

Sob esse influxo teórico, a Suprema Corte foi se tornando mais agressiva no controle de constitucionalidade. A derrubada de leis pelo tribunal ganha constância. Consequentemente, o tema do ativismo judicial recebe maior relevância doutrinária.

⁹⁴Texto original: "living political constitutions must be *darwinian* in structure and in practice". WILSON, Woodrow. *Constitutional Government in the United States*. New York: Columbia University Press, 1908, p. 57.

⁹⁵BRANDEIS, Louis. *Living Law*. *Illinois Law Review*, vol. X, nº. 7, fev. 1916. Disponível em: <<http://www.minnesotalegalhistoryproject.org/assets/Brandeis—Living%20Law.pdf>>.

⁹⁶MCBAIN, Howard Lee. *Living Constitution*. New York: Working Education Bureau Press, 1927.

⁹⁷SHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, 127-134. FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2009. LLEWELLYN, Karl. *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*. New Orleans: Quid Pro Books, 2012. As duas últimas obras mencionadas foram publicadas originalmente em 1930.

É inclusive nesse período que o cientista político de Princeton, Edward Corwin⁹⁸, torna famoso o termo *judicial review* e fixa seu sentido como o poder das cortes de justiça de derrubarem leis em razão de sua inconstitucionalidade.

Fora dos Estados Unidos, é também na primeira metade do Século XX que é deflagrada a *segunda onda* de expansão do controle de constitucionalidade descrita por Tom Ginsburg. Dentro dessa onda, primeiramente, sob influência de Hans Kelsen, a Constituição Austríaca institui uma Corte Constitucional, órgão alheio à estrutura ordinária do Poder Judiciário. Apesar do surgimento desse sistema, ele praticamente não resultou em grandes teorizações acerca do ativismo. Como bem indica Tom Ginsburg:

Esse modelo baseia-se em uma forte orientação teórica no sentido de que os juízes estão subordinados ao Parlamento. Daí por que a interpretação constitucional teria de ser feita por um órgão especialmente designado para tal e externo ao Poder Judiciário ordinário. Isso levou à criação de uma Corte Constitucional especial para resguardar a ordem constitucional.⁹⁹

No mesmo sentido, conforme exame histórico feito pelo pesquisador Rodrigo Brandão sobre do debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca de quem deveria ser o responsável por fiscalizar a Constituição:

Kelsen concorda com Schmitt no sentido de que a “judicialização da política” seria um mal à democracia; todavia, não considera que tal fenômeno seja um consectário natural da instituição de um Tribunal Constitucional. Assim, para evitar este “deslocamento de poder” dos poderes políticos ao Judiciário, *Kelsen configura o seu modelo de controle de constitucionalidade de forma extremamente reverente ao legislador.* (grifos nossos)¹⁰⁰

⁹⁸CORWIN, Edward. *The Supreme Court and the Fourteenth Amendment*. **Michigan Law Review Association**, vol. 7, nº 9, 1909, p. 643-672. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1271815>. CORWIN, Edward. *The Doctrine of Judicial Review*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2014.

⁹⁹Original: “This model rested on a strong theoretical orientation of judges as subordinate to the parliament. Therefore, constitutional interpretation needed to be done by a designated body outside of the ordinary judicial power. This led to the creation of a special Constitutional Court to safeguard the constitutional order.” GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WTHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 85.

¹⁰⁰BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2017, p. 72.

Com efeito, Kelsen escreveu um trabalho onde descreveu a concepção por ele defendida de controle de constitucionalidade¹⁰¹. Nesse texto, ele advoga por um modelo mais legalista do que o que fora praticado nos Estados Unidos e que acabou por influenciar o mundo. A Corte Constitucional propugnada por Kelsen efetuaria apenas o controle abstrato de constitucionalidade numa função reconhecidamente semelhante à legislativa, porém atuaria apenas como *legislador negativo*. Ademais, como bem sumariza Paul Yowell¹⁰²:

Kelsen achava que a função política e legislativa do tribunal deveria ser limitada ao controle das disposições estruturais da constituição, por exemplo, a divisão de poderes entre os governos central e regional ou entre órgãos administrativos e judiciais. Ele rejeitou a sugestão de que um tribunal constitucional devesse ter o poder de fazer cumprir direitos morais abstratos. Ele considerou termos vagos como "liberdade", "igualdade" e "justiça" como uma invocação da "lei natural", carente de conteúdo jurídico e sem fornecer orientação determinada a um juiz. Assim, a adoção de uma declaração de direitos daria a um tribunal constitucional uma quantidade inaceitável de poder político.

Após Kelsen, um segundo episódio de expansão ainda em meio à segunda onda tem particular relevância para o estudo do ativismo judicial: durante o pós-Segunda Guerra mais países adotaram o sistema de controle austríaco: Alemanha, Itália, Espanha e Portugal. Só que desta vez o sistema adotado não foi o de deferência ao legislativo, com um controle focado basicamente na estrutura do poder e divisão de competências. Pelo contrário, as cartas europeias adotadas nesse período mesclaram um forte sistema de intervenção e fiscalização judicial, com um rol expandido de direitos fundamentais e normas de caráter aberto, principiológico e programático, acabando por criar as condições para uma atuação expandida do Poder Judiciário. Estava aí uma semente do que mais tarde seria chamado de

¹⁰¹KELSEN, Hans. On the Nature and Development of Constitutional Adjudication. In: VINX, Lars. (ed). **The Guardian of the Constitution**: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law. Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 47.

¹⁰²No original: "Kelsen thought the court's political and legislative function should be limited to control of structural provisions in the constitution, for example, the division of powers between central and regional governments or between administrative and judicial bodies. He rejected the suggestion that a constitutional court should have the power to enforce abstract moral rights. He considered vague terms such as 'liberty', 'freedom', 'equality' and 'justice' to be an invocation of 'natural law', lacking in legal content and providing no determinate guidance to a judge. Thus, adopting a bill of rights would give a constitutional court an unacceptable amount of political power." YOWELL, Paul. **Constitutional Rights and Constitutional Design**: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review. Oxford: HART, 2018, local. 163-179, e-book não paginado.

*neoconstitucionalismo*¹⁰³. É nesse pano de fundo global que aparece a matéria de Arthur Schlesinger Jr. para edição da Revista *Fortune* de 1947¹⁰⁴, da qual tratamos no item anterior.

A tendência do constitucionalismo do pós-Segunda Guerra influenciou sua dinâmica posterior. É dentro desse panorama que mais tarde ocorre o terceiro episódio da segunda onda: “o movimento de descolonização e reconstrução constitucional levou outros países a adotar o controle de constitucionalidade”, como foi o caso da Índia e do Japão. Segundo Ginsburg, “essa segunda onda de instituições varia em seus níveis de atividade, mas várias Cortes emergiram como grandes forças de suas sociedades”¹⁰⁵.

Poucos anos após o fim da II Grande Guerra, em 1953, nos Estados Unidos, inicia a chamada Corte Warren, a qual durou 13 anos e derrubou uma série de legislações, adentrando em temas de liberdades e direitos civis¹⁰⁶. É nesse período que no Brasil, em 1965, logo após o início do primeiro governo militar, que surge o controle concentrado de constitucionalidade.

Nos Estados Unidos, a Corte Warren é sucedida pela Corte Burger, que em seus primeiros anos segue emplacando decisões criticadas como ativistas, tal como a que liberou o aborto em todo o país, no caso *Roe Vs. Wade*, em 1973. O tema do ativismo ganha ainda mais força nos Estados Unidos e passa a ser correntemente debatido¹⁰⁷. Iniciada em 1969, a Corte Burger duraria até 1986.

O final da Corte Burger coincide, mais ou menos, com o advento da terceira onda de expansão do controle de constitucionalidade, marcada pela redemocratização na América Latina e nos países da antiga União Soviética, bem

¹⁰³SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. **Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, nº 5, 2001, p. 201-207. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 177. e-book paginado.

¹⁰⁴SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court*. **Fortune**, v. XXXV, n.1, jan.1947. KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*. **California Law Review**, vol. 92, no. 5, October 2004, pp. 1445-1446.

¹⁰⁵Original: “the wave of decolonization and constitutional reconstruction led other countries to adopt constitutional review. (...) These second wave institutions varied in their levels of activity, but several courts emerged as major forces in their societies”. GINSBURG, Tom. *The Global Spread of Constitutional Review*. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 85.

¹⁰⁶CARTER, John D. **The Warren Court and the Constitution: a Critical Review of Judicial Activism**. Gretna: Pelican Publishing, 1973. WHITTINGTON, Keith. **Repugnant Laws: Judicial Review of Acts of Congress From the Founding to the Present**. Kansas: University Press of Kansas, 2019, 218-231.

¹⁰⁷KMIEC, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*. **California Law Review**, vol. 92, no. 5, October 2004, pp. 1455-1463.

como por seu fortalecimento na África e na Ásia¹⁰⁸. Durante a Corte Burger e essa terceira onda, além da expansão do controle de constitucionalidade, começa a se consolidar o chamado *neoconstitucionalismo*. Embora o rótulo tenha sido cunhado apenas em 1997 pela jurista italiana Susanna Pozzolo, em conferência ministrada em Buenos Aires, Argentina, durante o XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, o termo foi utilizado para se referir a um grupo de teóricos que já vinham desenvolvendo suas teses por meio de obras publicadas desde meados da década de 80: a autora faz alusão expressa a Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino.

Dworkin, na verdade, publicara o *Taking Rights Seriously* já em 1977. Oito anos mais tarde, publicou *A Matter of Principle*, de 1985. Em 1986, sai o *Law's Empire*, mesmo ano em que a obra de Robert Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais, vem a público. Uma década depois, em 1995, foi a vez de Gustavo Zagrebelsky publicar *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. Em 1996, Dworkin lança o livro *Freedom's Law*; enquanto Carlos Santiago Nino, *The Constitution of a Deliberative Democracy*. Após a conferência de Susanna Pozzolo, a nomenclatura *neoconstitucionalismo* passa a ser adotada pela Escola de Gênova, sendo trabalhada por autores como Mauro Barberis, Paolo Comanducci e Ricardo Guastini.¹⁰⁹ Durante a primeira década dos anos 2000, o jurista mexicano Miguel Carbonell publica coletâneas de ensaios sobre o assunto, promovendo ampla difusão desse marco teórico na América Latina¹¹⁰.

Embora de difícil definição, até mesmo por abarcar pensadores e obras de diferentes matizes, é possível apontar algumas das consequências desse paradigma constitucional: a Constituição passa a ser vista como um conjunto de princípios, lidos como *valores*, a serem aplicados por modos interpretativos mais abertos. Há uma

¹⁰⁸GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WTHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 87.

¹⁰⁹MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. In: **Enciclopedia Jurídica da PUCSP**. São Paulo: PUC, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>>.

¹¹⁰CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta, 2003. CARBONELL, Miguel. **Nuevos tiempos para el Neoconstitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003a. CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos Escoridos**. Madrid: Ed. Trotta, 2007. CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: Elementos para una Definición. In: MOREIRA, Eduardo; PUGLIESI, Marcio. **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009. CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El Canon Neoconstitucional**. Madrid, Trotta, 2010.

perda de prestígio das regras. Na prática, crê-se que o verdadeiro direito seriam os princípios (valores) que respaldam as regras. Todas as áreas do direito seriam regidas pelos princípios constitucionais (valores constitucionalizados). Na prática, há uma perda de autoridade da legislação, vista como uma espécie de “sugestão” legislativa sobre como o Poder Judiciário deveria aplicar os *princípios* constitucionais envolvidos. Mera “sugestão”, no entanto. Isso porque os princípios (valores) são diretamente sindicalizáveis perante o Poder Judiciário, o qual deveria sempre aplicá-los do modo mais otimizado possível, mediante ponderação. A consequência é um colapso dos limites semânticos dos textos normativos, constantemente manipulados ou afastados, caso o julgador entenda que elas não concretizaram os princípios de modo ótimo. Como esses princípios são abertos e o modo de determinar sua otimização envolve fortes elementos de discricionariedade¹¹¹, abre-se uma enorme fenda para o voluntarismo judicial¹¹².

Como salienta Rodrigo Brandão, o consectário disso é uma visão em que “toda a ordem jurídica estaria contida na Constituição, concebida como *sistema fechado de princípios*, de maneira que caberia ao legislador meramente a execução, não havendo espaço para discricionariedade legislativa”¹¹³. No mesmo sentido, mas de forma ainda mais ilustrativa, descreve Cláudio Ari Mello que essa visão do direito pode resultar na “conversão da constituição em uma espécie de *Al Corão*, onde se encontram preceitos normativos para todas as ações da vida política, social e privada”¹¹⁴. Esse movimento é a nosso ver, em grande medida, responsável pelos equívocos hermenêuticos e de leitura institucional que avaliaremos no item a seguir.

¹¹¹Após examinar várias correntes do neoconstitucionalismo, André Karam Trindade conclui que “a discricionariedade interpretativa continua sendo o ponto de estofamento das teorias positivistas – ainda que pretensamente pós-kelsenianas –, que seguem apostando no protagonismo dos juízes, cujo combate será travado somente pelas teorias hermenêuticas.” (Positivismo e [Neo]Constitucionalismo: as teorias de Ferrajoli, Prieto Sanchís e García Amado, RVMD, Brasília, vol. 10, n.º 2, jul.-dez. 2016, p. 426)

¹¹²Nesse sentido, vide as críticas ao chamado neoconstitucionalismo em: POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, nº. 21, vol. II, p. 339-353, 1998. Também nos verbetes “Neoconstitucionalismo” e “Pamprincipiologismo” em: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 177 e ss. e-book paginado. Ainda em Jorge Galvão: “(...) a ponderação valorizada pelos neoconstitucionalistas, seja ela na versão alemã ou na americana, ao reduzir direitos a valores e interesses, afrouxa o dever dos juízes de decidirem de acordo com as normas jurídicas vigentes, abrindo espaço para a discricionariedade e o arbítrio” (GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese [Doutorado em Direito]. USP, São Paulo, 2012, p. 125)

¹¹³BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 80.

¹¹⁴MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 277.

Esse caldeirão teórico também influenciou largamente o Brasil. Segundo estudo histórico de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, com a Constituição de 1988 houve um robustecimento do Poder Judiciário e uma maior juridicização de políticas públicas, o que favorece o expansionismo judicial, ainda que não se confunda com ativismo, como já vimos. A isso se somou que desde meados da década de 90, o STF passa a contar em sua composição com ministros com postura menos autorrestritiva, entre os quais ele ressalta Carlos Velloso, Marco Aurélio e Celso de Mello. O paradigma neoconstitucional ganha força no país, ao fornecer os instrumentos metodológicos para uma maior intervenção judicial, como o método de ponderação de princípios. Em 2003, o Ministro Moreira Alves, defensor de teses de autocontenção se aposenta. Entre 2003 e 2010, o então Presidente Lula nomeia nada menos do que nove ministros, modificando fortemente a composição da Suprema Corte. Em 2004, a chamada Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional 45) fortaleceu ainda mais os mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade.¹¹⁵

Começa a aparecer uma quantidade insondável de trabalhos que, baseados no paradigma neoconstitucional, defendem a chamada *constitucionalização do direito*, o que na prática significa que toda a legislação está submetida ao controle jurisdicional, por meio de princípios aplicados sob métodos bastante abertos e imprecisos. Dentre a inabarcável literatura sobre o tema que surgiu nesse período, pode-se mencionar a título meramente ilustrativo: já em 1999, Daniel Sarmento publicara “A Ponderação de Interesses na Constituição Federal”¹¹⁶, apontando a crescente adoção desse instrumento e defendendo seu avanço. Em 2005, Luís Roberto Barroso – que viria a se tornar ministro do STF em 2013 – publica o artigo “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).”¹¹⁷ Em 2008, em coletânea organizada por Gilmar Mendes,

¹¹⁵CAMPOS, Carlos Alexandre. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André; DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2011.

¹¹⁶SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

¹¹⁷BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 11 Nov. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

Eduardo Ribeiro Moreira publica “Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição”¹¹⁸. A tendência atinge todos os ramos do direito, com o Direito Civil Constitucional¹¹⁹; a constitucionalização do Direito Administrativo¹²⁰; ou o neoprocessualismo¹²¹.

O paradigma neoconstitucional não ficou sem resposta. Vários autores¹²² têm buscado construir uma crítica dogmaticamente sólida a essa linha teórica, apontando como ele amplia demasiadamente o papel do Poder Judiciário, instituindo-o como grande concretizador da Constituição, admitindo o uso de ferramentas hermenêuticas e conceitos fluídos, enfraquecendo a dogmática e potencializando fenômenos judiciais como o subjetivismo, o voluntarismo e, por consequência, o ativismo judicial.

De todo modo, ainda que não consensual, o neoconstitucionalismo é hegemônico na atual quadra histórica. Como bem pontuou Georges Abboud:

O neoconstitucionalismo se expande, às expensas da recepção acrítica da teoria, financiada pela plasticidade e pela ductilidade que possui, muito em razão de se estruturar sobre postulados superficiais. O neoconstitucionalismo, em razão das características *retro*, converteu-se num credo religioso, que a todos integra; os críticos, a seu turno, porque contestam os dogmas, tornam-se hereges¹²³.

Como se pode perceber, a revisão histórica explica por que o fenômeno do ativismo, tal qual definido no item anterior (decisão que substitui a escolha política do órgão *a priori* competente, sem razões jurídicas suficientes), encontra-se tão em

¹¹⁸MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição**. São Paulo: Ed. Método, 2009.

¹¹⁹LOTUFO, Renan. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹²⁰OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹²¹CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

¹²² Nesse sentido, vide as críticas ao chamado neoconstitucionalismo em: POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**, nº. 21, vol. II, p. 339-353, 1998. Também nos verbetes “Neoconstitucionalismo” e “Pamprinciologismo” em: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 177 e ss. e-book paginado. Ainda: ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2015, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun., p. 196-214. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 17, jan./mar. 2009.

¹²³ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 402.

evidência: durante os últimos dois séculos o Judiciário cresceu por meio da difusão do controle de constitucionalidade; além disso o objeto da atuação judicial foi alargado pelo constitucionalismo contemporâneo que constitucionalizou muitas disciplinas do direito; por fim, a dogmática jurídica atualmente hegemônica permite a manipulação de conceitos vagos, mediante técnicas jurídicas bastante elásticas e com procedimentos que envolvem um alto grau de subjetividade.

Crê-se que os equívocos teóricos provocados por esse conjunto de fenômenos possam ser condensados de modo didático e eficiente em dois tipos: de *leitura institucional* e de *hermenêutica jurídica*, os quais serão objeto de explicação no tópico a seguir.

2.3 O problema do ativismo judicial como equívoco de leitura institucional e uma questão hermenêutica

O presente tópico visa descrever dois equívocos que têm sido responsáveis por impulsionar o ativismo judicial. Em primeiro lugar, um equívoco de *leitura institucional*, ou seja, acerca de qual seria o papel da instituição judiciária em uma democracia participativa com uma Constituição escrita e que consagra a separação de poderes. Em segundo lugar, um equívoco de *hermenêutica jurídica*, na medida em que o ativismo é veiculado por meio do emprego de modos interpretativos que permitem uma manipulação excessiva do teor linguístico das normas constitucionais e legais.

No tocante ao primeiro ponto, relativo à falha da *expectativa institucional*¹²⁴, ela consiste na indicação do Poder Judiciário como único ou, pelo menos, principal *foro de princípios*. Assim, sempre que envolvidos princípios constitucionais caberia ao Poder Judiciário determinar qual seria a “melhor” opção, isto é, aquela que supostamente concretiza em *ponto ótimo* os princípios constitucionais envolvidos. Poderia, então, o Judiciário impor essa solução “otimizada” pela via jurisdicional.

Esse equívoco de leitura institucional parece em grande medida provocado, ou ao menos agravado, pelo paradigma neoconstitucional acima indicado. Com

¹²⁴Tratando especificamente da inaptidão institucional do Judiciário para, isoladamente, cumprir as expectativas de implementar um Estado Social no Brasil, vide a tese de doutorado de Giancarlo Montagner Copelli: **Construções entre Filosofia da Linguagem e Teoria do Estado: o Estado Social como Estado de Direito e seus Desafios no Brasil**. (Doutorado em Direito) – UNISINOS, São Leopoldo, 2018.

efeito, o raciocínio neoconstitucional é, basicamente, o seguinte: a Constituição é uma carta de princípios (valores constitucionalizados). Os princípios são pervasivos em toda ordem constitucional. Todo direito seria aplicação desses princípios. Ora, o Poder Judiciário seria o principal *foro de princípios*. Logo, poderia ele determinar todo o direito, *ponderando princípios*. Ao menos, os juízes poderiam (ou deveriam) fazer isso sempre que reputassem interessante para “otimizar” a aplicação de princípios constitucionais. Frise-se que como o elenco e o conteúdo dos princípios, assim como os mecanismos de *ponderação*, envolvem forte subjetivismo¹²⁵, abre-se com isso uma enorme margem para que o Poder Judiciário se torne o principal órgão decisor, ao menos nas causas de maior interesse dos membros do Judiciário, particularmente, dos Tribunais de cúpula. Toma ele a posição de *Guardião das Promessas*¹²⁶.

A consequência é que o Judiciário se torna uma espécie de *legislador máximo* e desprovido de controle posterior¹²⁷, seja por outro órgão de Estado, seja em último caso por meio da responsabilidade política via sufrágio e eleições. A supremacia constitucional se torna supremacia judicial¹²⁸.

Creemos que essa falha decorre de um estranho exame do *ato* de concretização da Constituição pelos juízes e tribunais de modo *isolado*, como se ele ocorresse num *vácuo institucional*; quando, na verdade, o papel dos princípios e do Judiciário em sua concretização não pode ser lido de forma *abstrata*, insulada, sem considerar o contexto normativo-institucional em que esse fenômeno ocorre. De fato, se o papel do Judiciário em face de princípios abstratos é descrito como um busca por identificar e impor um “ponto ótimo”, isso acaba por fazer tábula rasa de toda engenharia de instituições que antecede, circunda e sucede a decisão judicial. Esse

¹²⁵Vide os verbetes “Pamprincipiologismo” e “Ponderação” em: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. Sobre o tema ainda a seguinte tese de doutorado: URBINA, Francisco J. **A Critical Analysis of the Proportionality Test in Human Rights Adjudication**. Trabalho de Conclusão de Curso (Tese de Doutorado em Direito) – Oxford University, Oxford, 2013.

¹²⁶GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Edições Piaget, 1998.

¹²⁷“*Treating judicial authority as the main basis for constitutional enforcement leaves the constitutionality of judicial power itself effectively unchecked.*” WALDRON, Jeremy. *Constitutionalism: a skeptical view*. In: _____. **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2016. p. 42.

¹²⁸TASSINARI, Clarissa. A Autoridade Simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, vol. 14, n.º 2, 2018. TUSHNET, Mark. *Marbury v. Madison and the Theory of Judicial Supremacy*. In: GEORGE P., Robert. **Great Cases in Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 17-54.

ato tem o potencial de anular o peso devido à representação democrática, à função dos demais poderes na concretização da Constituição, aos impactos negativos sobre a estabilidade e previsibilidade do direito etc.

Com efeito, no constitucionalismo contemporâneo, os princípios constitucionais e o direito de modo geral não são aplicados pelo Poder Judiciário num cenário de livre discricionariedade dos julgadores, mas dentro de um arcabouço institucional com algumas características fundamentais, como: i) a adoção de um regime democrático, em ampla medida de caráter representativo; ii) a submissão ao Estado de Direito limitado por uma Constituição escrita, rígida e suprema; e, iii) a separação orgânica e funcional de poderes.

Esse arranjo institucional tem de ter consequências. Existem razões para que tenha sido adotado e seja mantido. Logo, o Judiciário e os princípios não podem atuar dentro desse esquema ignorando seus consectários. A tarefa jurisdicional e seus limites têm de ser definidos de forma responsiva ao conjunto de razões que motiva essa engenharia constitucional.

Os contornos desses institutos serão aprofundados no próximo capítulo, em que descrever-se-á os princípios político-constitucionais que são agredidos pelo ativismo judicial, particularmente a democracia e seu espaço de deliberação política, o Estado de Direito e a separação de poderes. De todo modo, pode-se adiantar que, em suma, “a principal função de uma decisão judicial é resolver uma disputa acerca de qual o direito, ou como ele se aplica a fatos concretos envolvendo as partes em disputa. A finalidade não é mudar a lei.”¹²⁹ Ou seja, a decisão judicial não opera no mesmo nível de liberdade das decisões políticas. Ela não é propriamente uma *escolha*. Ela opera e realiza o *enforcement* de decisões já tomadas, baseando-se no direito anteriormente instituído. Como leciona Richard Ekins: “o caso central da tarefa jurisdicional é decidir disputas com fundamento no direito pré-existente”¹³⁰. Essa atividade não é nem mecânica, nem puramente formal ou dedutiva. Mas, num cenário de separação de poderes, essa tarefa tem de ser lida de modo a não confundir seu estatuto com aquele aplicável às decisões políticas de governo.

¹²⁹Original: “The primary point of an adjudicative decision is to settle a dispute about what the law is, or how it applies or is to be applied to particular facts involving the parties to the dispute. The point is not to change the law”. EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 121.

¹³⁰Original: “The central judicial task is to decide disputes by reference to existing law.” EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 122.

Ademais, o arranjo constitucional contemporâneo não elegeu o Poder Judiciário como “o” foro de princípios, mas como *um* deles, e não o principal. Como alerta Cass Sunstein: “em todas as democracias constitucionais em bom funcionamento, o real foro dos mais altos princípios é a política, não o judiciário – e os princípios mais fundamentais são desenvolvidos democraticamente, não em salas de tribunais”¹³¹. Logo, uma correta especificação da missão judicial tem de ser desenvolvida: 1) à luz das demais instituições envolvidas, as quais também figuram como foro de princípios que interpretam e concretizam as normas constitucionais; 2) considerando o judiciário apenas como *um* dos foros de princípios, e não o principal, atuando ele não mediante livre raciocínio sobre princípios abstratos, mas também e em grande medida com fundamento nas, e vinculado pelas, decisões tomadas pelas instâncias democráticas ao concretizarem tais princípios¹³².

No que concerne ao segundo equívoco, de *hermenêutica jurídica*, cabem também algumas considerações. O *direito prévio* em que as decisões judiciais devem se basear, o resultado da atividade política e legislativa, consiste em *normas jurídicas* que são comunicadas por meio de *textos legais*, isto é, por meio do uso da linguagem. A relação entre o *texto legal* e o seu *conteúdo normativo* é complexa. Norma e texto normativo não se confundem. Contudo, a relação entre eles existe e é profunda¹³³.

A mudança do texto é o *meio* pelo qual o legislador altera o próprio *direito*. O *texto normativo* é o *veículo* da *norma*. A alteração textual implica e carrega consigo a introdução de *novas prescrições* que visam contribuir para a coordenação das condutas em sociedade. São *regras de ação* para os atores sociais, inclusive para os magistrados e demais operadores do direito¹³⁴. Daí por que a preservação dos *limites semânticos* das normas legais e constitucionais é fundamental para a preservação da autoridade deliberativa dos órgãos representativos¹³⁵. Violar tais limites, sem razões constitucionais sólidas, é violar a decisão instituída pelos

¹³¹SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 7.

¹³²ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 17, jan/fev/mar.2009, p. 3-12.

¹³³STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 224-226.

¹³⁴EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 126.

¹³⁵STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a Democracia. **Revista AJURIS**, set.2014, v. 41, n. 135.

métodos autoritativos criados pelo regime constitucional-democrático e, com isso, enfraquecer o Estado de Direito.

Frise-se que a mesma Constituição que vincula o Poder Legislativo também vincula o Poder Judiciário. A decisão de fundar a organização do Estado em uma Constituição, mesmo que dotada de normas de textura bastante aberta e dirigente, não equivale a entregar a condução política da sociedade a uma espécie de “Conselho de Sábios”, a uma “vanguarda iluminista”¹³⁶, que possa atuar de modo discricionário, segundo o que entende ser “o melhor”. O governo segundo o direito, o Império da Lei, é antitético tanto ao governo segundo a força quanto ao governo segundo a pura discricionariedade, mesmo que seja a discricionariedade de um grupo supostamente bem-intencionado e com formação acadêmica, o “tirano” ou “déspota benévolo” que é abordado por parte da literatura política¹³⁷.

Contudo, várias correntes têm sustentado um forte relativismo linguístico, que acaba por colapsar os limites semânticos dos textos normativos. Isso parece ocorrer tanto em hermenêuticas jurídicas de viés relativista, que confundem pré-juízos gadamerianos com meros preconceitos ou ideologias, e atribuição de sentido com niilismo linguístico e arbitrariedade verbal¹³⁸; como em correntes ligadas à *critical legal studies* e ao realismo jurídico, que confundem o exame da dogmática jurídica com uma espécie de pura sociologia do poder, em que o uso da linguagem seria sempre a mera formalização e justificação manipulativa de decisões já tomadas com base em fatores extralegais¹³⁹.

Não será objeto do presente trabalho aprofundar na questão da interpretação judicial. Vários trabalhos tem-se dedicado ao tema de modo suficientemente

¹³⁶Expressão utilizada por Luís Roberto Barroso, em artigo com o sugestivo título de “A razão sem voto”, no qual afirma: “supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra”. Vide: BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.

¹³⁷COORAY, Nishantha Dominic. **The Sceptical Conservative Disposition**: Alexis de Tocqueville and Michael Oakeshott on the Limits of Politics. Trabalho de conclusão de Curso (tese de Doutorado em Ciência Política). National University of Singapore, 2011, p. 96. GELSTRHORPE, Thomas. The Myth of the Benign Despot. In: **Cape Cod Times**, 04.03.2015. Disponível em: <<https://www.capecodtimes.com/article/20150304/OPINION/150309867>>.

¹³⁸STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 95-99. e-book paginado.

¹³⁹SCHAUER, Frederick. **Thinking like a Lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 124-147

profundo¹⁴⁰. Nesta dissertação, o objeto central serão os mecanismos *institucionais* para prevenção e correção de ativismos jurisdicionais. Contudo, como o ativismo decorre do exercício da jurisdição de modo a substituir a escolha do órgão a princípio competente *sem razões jurídicas consistentes*, é imprescindível identificar o que seriam razões consistentes. E essa definição passa necessariamente pela questão da interpretação. Logo, é fundamental a criação de uma cultura interpretativa sólida, com princípios conhecidos e compartilhados entre aqueles que elaboram as leis, os que as aplicam e seus destinatários. Isto é, uma tradição hermenêutica que respeite a integridade do direito¹⁴¹, condição absolutamente fundamental para o Império da Lei. Nesse sentido, segundo Lon Fuller¹⁴²:

O elemento mais sutil na tarefa de manter a congruência entre a lei e a ação oficial reside no problema da interpretação. A legalidade exige que os juízes e outros funcionários apliquem a lei, não de acordo com sua fantasia ou com uma literalidade intrincada, mas de acordo com princípios de interpretação adequados e atentos a toda a ordem legal.

Dito isso, encerra-se a missão do presente capítulo, que era a de *esclarecer o conceito, apresentar a história, e descrever algumas das principais causas* do ativismo judicial. Passemos, então, ao segundo capítulo, onde trataremos dos vícios do ativismo, isto é, das razões precípuas pelas quais o ativismo é um fenômeno indesejável.

¹⁴⁰EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, particularmente o capítulo 9; BAUDE, William; SACHS, Stephen E. The Law of Interpretation. **Harvard Law Review**, 130, 2017, p.1079-1147. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora RT, 2013, principalmente os capítulos 5 e 6. ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, principalmente sobre *teoria da decisão* no capítulo 1.

¹⁴¹STRECK, L. L.; MORBACH JÚNIOR, G. Interpretação, integridade, império da lei: o direito como romance em cadeia. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, vol. 20, nº 3, 2019, p. 47-66. Disponível: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v20i3.1795>>.

¹⁴²"The most subtle element in the task of maintaining congruence between law and official action lies, of course, in the problem of interpretation. Legality requires that judges and other officials apply statutory law, not according to their fancy or with crabbed literalness, but in accordance with principles of interpretation that are appropriate to their position in the whole legal order." FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1969, p. 82.

3 O DIREITO E O DECLÍNIO DA POLÍTICA NO CONTEXTO DA ENGENHARIA CONSTITUCIONAL

O presente capítulo visa, basicamente, apontar os elementos da engenharia constitucional que são agredidos pelo ativismo judicial. Em suma: o espaço legítimo da política; o princípio democrático; assim como o Estado de Direito e sua respectiva separação de poderes.

Com efeito, analisado o ativismo judicial sobre o ponto de vista *conceitual*, ou seja, respondida a questão acerca do *que ele é*; para que possamos passar para o ponto do último capítulo – *como ele pode ser corrigido* –, parece importante fixar uma premissa intermediária: que ele *deve* ser corrigido. Isto é, há a necessidade de demonstrar que se trata de fenômeno indesejado, pois do contrário ficaria dispensada a procura por um mecanismo de correção.

Essa, portanto, é a finalidade do presente capítulo. Demonstra *por que* o ativismo judicial é um fenômeno negativo. Isso será feito apontando importantes pilares de nosso arcabouço institucional que são negativamente impactados pelo ativismo.

Iniciemos pelo primeiro deles: o estreitamento excessivo do âmbito da política, impedindo que ela exerça suas funções mais próprias e desempenhe suas virtudes mais características.

3.1 O direito de fazer escolhas e o espaço legítimo da política

As escolhas políticas, em democracias razoavelmente funcionais, devem gozar de um espaço suficientemente amplo, de modo a que possam conceber, analisar e eventualmente implementar uma significativa pluralidade de opções em termos de políticas públicas, em vista da complexidade dos bens jurídicos básicos que envolvem, dos desacordos sociais em que estão envoltas, e das incertezas empíricas que, por vezes, recaem sobre seus pressupostos fáticos. Ademais, a política deve ter espaço decisório suficiente para desempenhar três funções que lhe são próprias: experimentalismo, alternância e acomodação.

Para verificar esse fenômeno, devemos antes compreender uma questão mais básica: o que é a política? Especificamente, o que é a política institucionalizada das democracias constitucionais contemporâneas? Pois bem. A política

institucionalizada de que trataremos aqui é, fundamentalmente, um mecanismo de resolução de conflitos sociais por meio de um órgão estatal investido de autoridade. Ela é, basicamente, uma forma de lidar com o fenômeno do *poder*, consistindo numa tentativa de racionalizá-lo e mediá-lo por procedimentos institucionais¹⁴³.

O conceito dicionarizado de poder corresponde à ideia de capacidade de ação. Tudo aquilo para o que você possui os meios aptos a fim de realizá-lo, você *pode* fazer. Contudo, no âmbito político, o *poder* possui um sentido específico. Ele está ligado à capacidade de influenciar as ações dos demais. Segundo Max Weber, “poder pode ser definido como toda possibilidade, em uma relação social, de executar a própria decisão mesmo contra a resistência, qualquer que seja o fundamento dessa faculdade”¹⁴⁴.

O fato de que toda pessoa ou grupo de pessoas seja uma potencial fonte de poder gera o risco de atuações incompativelmente contrárias e mutuamente lesivas, tornando oportuno o estabelecimento de formas de coordenação capazes de evitar: situações de anarquia, graves formas de injustiça e exploração, ou pobreza. A anarquia se caracteriza por “um estado de coisas em que nenhuma pessoa ou instituição reivindica de forma efetiva ou é amplamente aceita como tendo autoridade para restringir o uso de violência, roubo e fraude, e em que quaisquer normas convencionais de conduta são esvaziadas por disputas insolúveis sobre seu conteúdo ou sua aplicação.” Num cenário como esse, é razoável imaginar o risco de “o mais forte, astuto e implacável oprimir os demais, além de a tarefa de educação dos filhos (que exige recursos fora da família) tornar-se mais difícil de realizar, e a atividade econômica permanecer atrofiada pela insegurança das propriedades e pela falta de confiabilidade das empresas”¹⁴⁵.

Diante desse quadro, é conveniente criar mecanismos capazes de articular os diversos interesses e coordenar a vida em sociedade, de modo a promover

¹⁴³O presente tópico do trabalho irá se concentrar na política institucionalizada, pois é a única relevante para o tema em estudo que são exatamente as relações *institucionais*. Para uma abordagem conceitual mais ampla, confira: POLÍTICA. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Vol. 1, 11ª ed. Brasília: Editora UNB, 1998, p. 954-962.

¹⁴⁴Original: “Power can be defined as every *Chance*, within a social relationship, of enforcing one's own will even against resistance, whatever the basis for this *Chance* might be”. WEBER, Max. **Economy and Society**. Trad. Keith Tribe. Cambridge: Harvard University Press, 2019, p. 134.

¹⁴⁵FINNIS, John. Natural Law Theories. In: Edward N. Zalta (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2020 Edition. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/natural-law-theories/>>.

segurança, cooperação e previsibilidade econômica, além de viabilizar recursos para tornar mais acessíveis bens que atendam a necessidades básicas, bem como sancionar as condutas lesivas mais graves (por punição, compensação e/ou restituição). Como bem salienta John Finnis: “articular essa necessidade é expor as razões para instituir e apoiar a autoridade política, notadamente o governo e a lei”; contudo, “desde que essas instituições exerçam suas atividades legislativas, executivas e judiciais substancialmente para o bem comum dos habitantes do território em questão, e não visando o interesse de um segmento da população injustamente indiferente ou hostil aos interesses e bem-estar de outros segmentos.”¹⁴⁶

Ou seja, da existência potencial de conflito surge o risco constante de dominação ou uso da força como mecanismo resolutivo. Evitar esse estado de coisas sugere razões para se instituir mecanismos pacíficos. Um modo de fazer isso é por meio da *institucionalização* e *procedimentalização* dos instrumentos de deliberação e tomada de decisões sociais dotadas de autoridade.

Como veremos no próximo tópico, um mecanismo que foi desenvolvido por séculos, buscando evitar que as decisões favoreçam apenas pequenos grupos em detrimento da população, foram os arranjos das modernas democracias representativas. No presente tópico, todavia, vamos nos fixar na amplitude do escopo deliberativo do fenômeno político mais do que nos seus arranjos.

O fato é que esses mecanismos de deliberação e resolução ocorrem no constitucionalismo contemporâneo, basicamente, pelos canais de política institucional e eles são necessários não só em virtude da possível utilização da

¹⁴⁶ “(...) a condition of things in which no person or body of persons efficaciously claims or is accepted widely as having authority to restrict the use of violence, theft and fraud, and in which any conventional norms of conduct are made hollow by irresolvable disputes about their content and/or their application. In such a state of affairs, the more strong, cunning and ruthless prey on the less, education of children (which calls for resources outside the family) is difficult to accomplish, and economic activity remains stunted by the insecurity of holdings and the unreliability of undertakings. There is evident need for persons who will articulate and enforce standards of conduct which will tend to promote the common good of bodily security, stable access to resources, cooperation in economic and educational activities, and rectification (by punishment, compensation and restitution) of at least the grosser inter-personal injuries of commission and neglect. To articulate that need is to state the reasons for instituting and supporting political authority, notably state government and law, on condition that these institutions carry on their legislative, executive and judicial activities substantially for the common good of the inhabitants of the relevant territory, rather than in the interests of a segment of the population unfairly indifferent or hostile to the interests and wellbeing of other segments.” FINNIS, John. Natural Law Theories. In: Edward N. Zalta (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2020 Edition. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/natural-law-theories/>>.

violência e má-fé, mas também – e *pode-se dizer até que primordialmente* – por força dos *desacordos* legítimos que existem nas sociedades. Esse fenômeno é inafastável, uma vez que decorre do fato de que existem diferentes interesses humanos básicos e fundamentais, diversos modos de articulá-los nas variadas circunstâncias da vida em sociedade, e múltiplos *meios* de concretizá-los. Jeremy Waldron chama isso de *circunstâncias da política*, constituídas pela concomitância destes dois fenômenos: necessidade de atuação coletiva e desacordo. Com efeito, inúmeras iniciativas ou ações sociais exigem atuação coordenada e cooperação, sendo impassíveis de realização por pessoas isoladamente. Contudo, inexistindo acordo unânime sobre como realizá-las, é necessário haver um mecanismo decisório dotado de autoridade. O objetivo das instituições políticas é exatamente o de servir de meio capaz de gerar decisões autorizadas, num processo que trate cada cidadão de forma condigna, por permitir sua participação¹⁴⁷.

Dentre as funções políticas, à função legislativa, normativamente, compete a tarefa de criar ou modificar o direito com base em razões e visando ao benefício da sociedade; enquanto, no tocante ao múnus executivo ou administrativo, à missão de gerir os serviços públicos aplicando a legislação. Ambas as funções, sob uma análise normativa, atuam por *razões públicas*. Essas razões são finalísticas, isto é, elas ditam objetivos que se pretende fomentar ou proteger. Que razões são essas? Fundamentalmente, correspondem a aspectos do desenvolvimento humano e social. Dentre essas razões, algumas são instrumentais. Pense-se, por exemplo, no progresso econômico, que é perseguido como meio necessário para o acúmulo de recursos exigidos a fim de viabilizar a concretização de outros bens mais fundamentais. Contudo, para evitar o retorno ao infinito do raciocínio prático pessoal, jurídico ou político, tem de haver bens que são tidos como essenciais em si mesmos. A tarefa do presente trabalho não é desenvolver um elenco desses bens jurídicos essenciais.¹⁴⁸ Do ponto de vista jurídico-dogmático, é possível basear-se nos bens que fundamentam e estão resguardados pelos direitos humanos previstos em tratados internacionais de que o país faça parte e direitos fundamentais

¹⁴⁷WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 101-118.

¹⁴⁸ Do ponto de vista crítico-filosófico, John Finnis tentou criar um elenco de *bens humanos básicos* em vários trechos de sua obra. É possível também, de modo mais jurídico-dogmático, trabalhar com os direitos que são contemplados nas Cartas Regionais e Universais de direitos humanos ou que estão explicitamente previstos ou fundamentam dispositivos constitucionais relativos aos direitos fundamentais.

consagrados na Constituição. Esses servem como *razões* básicas da *lógica legislativa*.

Portanto, cabe à política buscar concretizar, por meio da legislação e da atuação executiva, os bens básicos protegidos pelos direitos humanos e fundamentais. O que é relevante para debater o *espaço legítimo da política* é perceber duas características intrínsecas desses bens que acabam por gerar o *desacordo legítimo* na sociedade: eles são *irredutíveis entre si* e *impassíveis de serem comensurados de modo preciso e objetivo*.

Com efeito, os *bens humanos básicos*, que representam aspectos do bem-estar e do desenvolvimento humano (vida, integridade física, conhecimento, autonomia *etc.*), e que o direito busca tutelar de modo especial por meio dos direitos humanos e fundamentais, a partir de onde servem de *fundamento (razões)* para as decisões políticas, são irredutíveis uns aos outros e impassíveis de uma mensuração objetiva e suficientemente precisa entre si.

Inicialmente, são irredutíveis porque “nenhum deles pode ser analiticamente reduzido a um mero aspecto do outro”¹⁴⁹. A saúde e a integridade física não são meros *aspectos* do conhecimento (educação) ou da liberdade, tampouco o contrário seria verdade. Ademais, são incomensuráveis, na medida em que inexiste métrica racional para compará-los de modo preciso, isto é, não há uma *escala*, um *padrão objetivo* de comparação entre eles¹⁵⁰. Não existe para esses bens algo que desempenhe um papel análogo ao do fenômeno monetário para bens transacionáveis. De um certo modo, no mercado, o valor de qualquer bem pode ser comparado por um padrão comum. É possível dizer que *duas camisetas* valem *menos* do que um *carro* (apesar de camisetas e carros serem extremamente heterogêneos), porque há um *padrão comum*. Não há nada que desempenhe essa função com igual consistência entre os vários bens jurídicos fundamentais. O que *vale mais juridicamente*: dois leitos de UTI ou uma nova sala de aula? Mais policiais, menos tributos sobre bens de pessoas de baixa renda ou mais bolsas públicas de pesquisa?

O fenômeno da incomensurabilidade e irredutibilidade entre os bens básicos torna brutalmente complexa a tarefa de coordená-los tanto na vida privada quanto

¹⁴⁹ FINNIS, John. **Natural Law & Natural Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 92.

¹⁵⁰ FINNIS, John. Natural Law and Legal Reasoning. In: GEORGE, Robert P. **Natural Law Theory: Contemporary Essays**. Oxford: Clarendon Press, 2007, p. 141-149.

na vida pública. Por exemplo: toda alocação de *tempo* pessoal no estudo representa uma menor disponibilidade para prática esportiva. Do mesmo modo, mais dedicação ao trabalho reduz o tempo para amigos e família. Quanto se deve alocar em cada um desses fins? As sociedades também têm de fazer frente a questões desse tipo. Mais liberdade de expressão ou mais controle sobre falas que podem ter resultados perversos no futuro? Qual a sanção para determinado delito, o que acaba por equilibrar *proteção* ao bem jurídico e restrição da liberdade? Qual o nível de proteção da natureza, a fim de tutelar o bem jurídico ambiental e as futuras gerações, ao tempo em que isso pode inviabilizar ou reduzir certas atividades econômicas e, conseqüentemente, impactar negativamente os indicadores sociais atuais?

Esse tipo de decisão não se dá por *juízos estritamente técnicos* (ainda que sejam informadas e esclarecidas por eles), mas propriamente por *escolhas*¹⁵¹, as quais poderíamos chamar de *morais* ou *éticas* no tocante à vida privada e *políticas* quando se referem à esfera pública. Com efeito, um raciocínio técnico só teria condições de decidir entre *opções superiores e inferiores*. Contudo, isso só ocorre quando uma *opção* contém todos os pontos positivos de suas alternativas e mais algum bem. Por outro lado, quando se está articulando diferentes bens fundamentais não é isso o que ocorre: está-se diante de verdadeiras alternativas, em que cada uma contém benefícios diversos e apresenta diferentes desvantagens¹⁵². Ante a ausência de uma prioridade (hierarquia) objetiva e apriorística entre os bens jurídicos envolvidos, é necessário fazer *escolhas* que não englobam os benefícios das alternativas, mas implicam em *trade-offs*.

Mas não só. Além de a articulação entre os bens ser complexa, existem vários *meios* para realizar e coordenar os fins. Na ausência de suficiente evidência sobre a eficiência de cada meio, é natural que se instale alguma perplexidade e desacordo, o que pode ocorrer tanto na deliberação pessoal como na política. Ademais, *meios* diferentes podem ter *efeitos não intencionais* sobre bens jurídicos distintos, recaindo no problema anteriormente descrito, de modo que aqui também

¹⁵¹FINNIS, John. Natural Law and Legal Reasoning. In: GEORGE, Robert P. **Natural Law Theory: Contemporary Essays**. Oxford: Clarendon Press, 2007, p. 141-149.

¹⁵²FINNIS, John. Natural Law and Legal Reasoning. In: GEORGE, Robert P. **Natural Law Theory: Contemporary Essays**. Oxford: Clarendon Press, 2007, p. 145-147.

haverá de se fazer autênticas *escolhas* políticas, não bastando meras decisões técnicas¹⁵³.

Ora, a atividade que está mais bem dimensionada e estruturada para desempenhar essa função é a política, particularmente por meio de sua tarefa legislativa. Em primeiro lugar, porque os poderes políticos são *representativos*. Porém, esse ponto será objeto do próximo item. Aqui, vamos nos deter em outras razões: basicamente, sua especialização na finalidade de *alterar* o direito positivo, por meio de análise aberta e compreensiva dos problemas sociais, além de promover *acomodação, experimentalismo e alternância*¹⁵⁴.

Para entender isso, é necessário compreender duas coisas: a) *em que consiste* a atividade legislativa; e, b) por que suas resoluções devem gozar de *autoridade*.

Quanto ao primeiro ponto, referente às características da atividade legislativa, trata-se de análise constantemente sonogada pela bibliografia jurídica, assaz focada na atividade judicial. Entre os poucos trabalhos que desenvolvem amplamente o tema, estão as obras de Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* e *The Dignity of Legislation*¹⁵⁵; e do professor de Oxford Richard Ekins, *The Nature of Legislative Intent*. Aqui tomar-se-á em grande medida esta última como paradigma teórico, visto que adota uma visão fortemente *deliberativa* do Poder Legislativo.

Nessa linha, a tarefa política compreende a função de tomar decisões com base em razões – irredutíveis e incomensuráveis entre si – visando ao benefício social e à coordenação da vida em sociedade. Especificamente quanto à atividade legislativa, segundo Ekins, seu caso central corresponde à ação de instituir ou modificar normas de direito positivo em virtude de *razões* que indiquem sua conveniência para o bem da comunidade¹⁵⁶.

¹⁵³FINNIS, John M. Aquinas and Natural Law Jurisprudence. In: DUKE, George; GEORGE, Robert P. **Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 35-36.

¹⁵⁴Em sentido que nos parece semelhante, o autor Georges Abboud, em sentido semelhante, fala da necessidade de se preservar um espaço de liberdade democrática, por meio do exercício da autocontenção judicial, mediante o exercício do que por vezes se denomina de *forbearance* e *self-restraint*. Vide o item 10.3, em: ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

¹⁵⁵ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2001. WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

¹⁵⁶ EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 112-117, 118.

De fato, um dos motivos para se adotar e viver sob um regime segundo o Estado de Direito, é exatamente o fato de que isso permite que as pessoas se organizem num sistema capaz de resolver problemas de coordenação na sociedade, segundo regras impessoais e prospectivas¹⁵⁷. No entanto, caso essas normas fossem perenes, o sistema padeceria do defeito que Hart chamava de “*caráter estático*”. É sempre possível que se perceba que uma norma anteriormente adotada era irrazoável ou se tornou defasada, havendo *razões* para alterá-la a fim de beneficiar a vida social. Por isso, sistemas jurídicos adotam uma espécie de *regra secundária* (regra sobre regras) que define as *regras de modificação* (*rules of change*) das *regras primárias*, isto é, daquelas que buscam governar o comportamento dos agentes sociais¹⁵⁸.

A resposta mais adequada à necessidade de *regras de modificação* é a instituição de um corpo legislativo que seja capaz de atuar de modo deliberativo e não apenas agregativo. Como disse Edmund Burke, em seu famoso discurso aos constituintes de Bristol: “o Parlamento não é apenas um Congresso de Embaixadores de interesses diferentes e hostis (...) mas (...) a Assembleia deliberativa de uma única Nação”¹⁵⁹.

Ocorre que a função de modificar o direito visando ao bem comum pode demandar “mudanças legais amplas e drásticas”, e “por vezes, boas reformas vão requerer o processamento de informações complexas e a escolha entre alternativas viáveis¹⁶⁰”. É verdade que a dignidade da função legislativa é perfeitamente compatível com a existência de outros modos de criação do direito, como a fixação de precedentes, os costumes e os contratos. O legislador, de todo modo, mantém a capacidade para eventualmente corrigir e suplementar essas outras fontes jurídicas. Ademais, a capacidade de dar “respostas diretas e abertas diante de todas as

¹⁵⁷ FINNIS, John. **Natural Law & Natural Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 270-275.

¹⁵⁸ EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 118-119.

¹⁵⁹ BURKE, Edmund. **Speech to the electors of Bristol**. *Rev. Sociol. Polit.*, 2012, vol.20, n.44, pp.97-101. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-44782012000400008>>.

¹⁶⁰ Trecho completo no original: “The common good may call for comprehensive, decisive legal change (...). And often, reasonable change will require processing complex information and choosing amongst open alternatives”. EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 122.

razões relevantes distinguem a ação de legislar de outras formas de criação do direito”¹⁶¹. Como ensina Ekins¹⁶²:

O legislador responde a razões para alterar o direito. Ou seja, ele decide quando há uma razão para agir e como; se ele age, o direito é alterado. A capacidade do legislador envolve a liberdade para estabelecer o conteúdo do direito ao agir para este fim. Liberdade não significa arbitrariedade. Melhor dizendo, significa que os meios pelos quais o legislador atua, incluindo se atua ou não bem como o conteúdo da legislação elaborada, é estabelecida não por regras mas pelo como a pessoa que exerce a autoridade legislativa decide responder às razões que percebe para isso. O legislador deflagra sua própria atuação e a dirige por si mesmo. Ele não precisa esperar por um caso que lhe seja apresentado ou que uma petição chegue antes que ele aja. Dentro de sua competência, ele pode legislar como vê que é adequado. O exercício da autoridade legislativa, portanto, está submetida ao controle voluntário da própria instituição.

Essas lições de Ekins parecem muito influenciadas pelo modelo britânico, em que vigora a soberania do Parlamento. Elas precisam ser ajustadas ao nosso modelo, em que as regras constitucionais limitam a atuação legislativa. Ele próprio reconhece que o Legislador pode ter poderes limitados pela Constituição e pela existência de órgãos locais nos regimes federativos¹⁶³. À vista desse fato, Richard Ekins ressalva, no entanto, que:

o bem da sociedade não será adequadamente atendido caso o corpo legislativo padeça de poderes insuficientes para alterar a legislação quando razões assim o requeiram. Por isso, embora limites constitucionais não sejam censuráveis de *per se*, eles devem ser exaustivamente especificados e adotados com cautela. (...) A separação dos poderes legislativos entre diferentes instituições e a extensão de legítimos limites constitucionais é altamente contingente. O ponto de aplicação geral é que o bem da sociedade requer uma

¹⁶¹ Original: “This direct and open responsiveness to all relevant reasons distinguishes legislating from lawmaking by other means”. EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 123.

¹⁶² No original: “The legislature responds to the reasons to change the law. That is, it decides when there is good reason to act and how, if it acts, the law is to change. The capacity to legislate entails the freedom to settle the content of the law by acting for that reason. Freedom does not mean that legislating is arbitrary. Rather, it means that the way in which the legislature acts, including whether it acts and the content of the law it makes, is settled not by rules but by how the person exercising legislative authority chooses to respond to the reasons that he or it perceives. The legislature is self-starting and self-directing. It need not wait for a case to adjudicate or a petition to arrive before it acts, and within jurisdiction it may legislate as it sees fit. The exercise of legislative authority is thus under the voluntary control of the institution itself”. EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 123-124.

¹⁶³ EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 120.

instituição que tenha capacidade para alterar a legislação quando necessário.¹⁶⁴ (grifos nossos)

Logo, mesmo contando com restrições constitucionais, para ser capaz de atender às exigências da tarefa legislativa, é necessário que o espaço deliberativo assegurado ao legislador seja suficientemente amplo, de modo que possa abarcar os vários bens jurídicos envolvidos, as várias maneiras de realizá-los e conjugá-los, as incertezas empíricas, os desacordos de opinião e os interesses dos diferentes grupos sociais. Perceba-se que a tarefa legislativa envolve propriamente a *criação* de uma *solução*, e não apenas a identificação técnico-jurídica de um suposto *ponto ótimo* entre alguns princípios. Com efeito, “o legislador responde diretamente à complexidade do bem comum no qual sua deliberação está aberta a qualquer elemento relevante para o bem da comunidade, incluindo argumentos morais, dados empíricos, e os vários interesses dos membros da comunidade”¹⁶⁵. É uma tarefa, portanto, que precisa envolver a capacidade de perceber problemas sociais e a autoridade para formular propostas, deliberar sobre seus méritos e decidir acerca de respostas a serem implementadas, de modo amplo e abrangente.

Perceba-se que a lógica jurídica está menos apta a esse tipo de raciocínio. O ponto focal das decisões judiciais é basicamente decidir uma disputa jurídica *de acordo com o direito existente*, não a alteração do direito¹⁶⁶, muito menos a elaboração abrangente de políticas públicas que envolvam pluralidade de bens e a escolha dentre inúmeros meios que possuam impactos distintos sobre valores jurídicos fundamentais.

Aqui entra em questão o tema das capacidades institucionais. Jeremy Waldron, em seu artigo *Judges as Moral Reasoners* chama a atenção para uma possível deficiência da abordagem *moral* dos juízes diante de temas complexos, em virtude do próprio contexto institucional em que operam, constrangidos pela

¹⁶⁴ No original: “(...) the common good will not be well served if the lawmaking body lacks sufficient freedom to change the law as reason demands. Therefore, while constitutional limits are not objectionable per se, they should be closely specified and adopted with caution. (...) The separation of legislative powers amongst lawmaking bodies and the extent of legitimate constitutional limits are highly contingent. The point of general application is that the common good requires an institution that has the capacity to change the law when need be.” EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 120.

¹⁶⁵ EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 124.

¹⁶⁶ EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 121-122.

legislação em vigor e pelos precedentes, além de um possível solipsismo argumentativo¹⁶⁷. Ademais, juízes deparam-se com uma disputa concreta e podem ficar limitados pela quantidade e qualidade da informação trazida aos autos, bem como pelas peculiaridades do caso concreto¹⁶⁸. O próprio levantamento de evidências empíricas e provas de relações de causalidade nos mais diferentes campos do conhecimento ultrapassa constantemente o domínio dos operadores do direito¹⁶⁹. Inclusive, quanto ao exame de material científico no bojo de processos judiciais, alguns levantamentos apontam para o uso de pesquisas de baixa qualidade e confiabilidade em decisões do Poder Judiciário¹⁷⁰. Na mesma linha, em interessante estudo, o pesquisador e professor David H. Kaye, um dos responsáveis pela elaboração do manual sobre evidências científicas utilizado pela Justiça Federal estadunidense¹⁷¹, identificou inúmeros erros no uso de estatísticas em tribunais de todas as instâncias nos Estados Unidos, inclusive na Suprema Corte¹⁷².

Por outro lado, autores¹⁷³ chamam a atenção para o fato de que a pluralidade do Legislativo, composto por pessoas com formação nas mais diversas áreas¹⁷⁴, que tendem a manter constante contato com diferentes grupos

¹⁶⁷WALDRON, Jeremy. Judges as Moral Reasoners. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 7, Issue 1, Jan.2009, p. 12-13, 20-22. Vide ainda o ponto IV do capítulo 5 em: YOWELL, Paul. **Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review**. Oxford: HART, 2018. ebook não paginado.

¹⁶⁸ EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 122.

¹⁶⁹Em seu livro sobre capacidades institucionais comparadas entre Cortes e órgãos do Poder Legislativo, Paul Yowell indica uma série de dificuldades que operadores do direito encontram para trabalhar com pesquisas sobre dados empíricos, bem como indícios de deficiência na formação dos juristas para trabalhar com informações complexas das várias ciências. Nesse sentido, vide o item V no capítulo 4 do livro **Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review**. Oxford: HART, 2018. ebook não paginado. Ainda sobre dificuldades e problemas na utilização de dados acerca de controvérsias das ciências sociais na litigância constitucional, confira: Ronald Dworkin. Social Sciences and Constitutional Rights. **The Educational Forum**, vol. 41, nº. 3, 1977, 271-280.

¹⁷⁰Vide o item IV no capítulo 4 na seguinte obra: YOWELL, Paul. **Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review**. Oxford: HART, 2018. ebook não paginado.

¹⁷¹KASSIRER, Jerome; KESSLER, Gladys; et. al. **Reference Manual on Scientific Evidence**. 3ª ed. Washington: The National Academies Press, 2011.

¹⁷²KAYE, David H. Is Proof of Statistical Significance Relevant? **Washington Law Review**, vol. 61, 1986, p. 1333.

¹⁷³Por todos, vide o capítulo 5, itens 3 e 4, em: YOWELL, Paul. **Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review**. Oxford: HART, 2018. ebook não paginado.

¹⁷⁴GYORFI, Tamas. **Against New Constitutionalism**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, 108-120. WALDRON Jeremy. The Wisdom of the Multitude: Some Reflections on Book 3, Chapter 11 of Aristotle's Politics. **Political Theory**, vol. 23, nº 4, 1995, p. 563-584. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 85, 136-138. Ainda o capítulo 5 em:

populacionais¹⁷⁵, favorece a capacidade de acesso a dados por parte dos legisladores. Também favorecem tanto o Congresso quanto o Poder Executivo o nível de especialização de muitos de seus membros que costumam trabalhar períodos consideráveis em comitês específicos ou manter-se ligados a temas particulares¹⁷⁶, bem como o nível tendencialmente superior de assessoramento técnico nas diversas áreas do conhecimento¹⁷⁷.

Além dessas deficiências do Poder Judiciário, a política parece capaz de exercer três funções em medida superior aos órgãos judiciais: experimentalismo, acomodação e alternância. Isso é particularmente verdadeiro na comparação entre decisões em sede de jurisdição constitucional quando comparadas com a concretização de normas constitucionais por meio da tarefa legislativa.

Com efeito, analisemos primeiramente a questão do experimentalismo. A tarefa de concretizar bens constitucionais envolve intensa complexidade, tanto no tocante à percepção das prioridades, quanto no que concerne ao que sacrifício se pode tolerar de cada bem, assim como em relação às incertezas empíricas. Em ambientes de alta complexidade, a imagem de uma resposta correta sabida de antemão e simplesmente aplicada é equivocada. Pelo contrário, em cenários dessa espécie é conveniente que haja uma abertura razoável para que diferentes políticas públicas sejam aplicadas e seus resultados comparados *ex post*¹⁷⁸, visto que “há muitas vezes (...) uma variedade de meios aceitáveis para alcançar uma finalidade constitucional imperativa”, de modo que mesmo “o reconhecimento judicial de um direito permite substancial experimentação acerca de como implementá-lo”¹⁷⁹. Basicamente, a aceitação do experimentalismo torna possível que a política seja o espaço da *inventividade* e da *criatividade*. A “experimentação institucional é um útil instrumento para gerar informação e conhecimento acerca da efetividade das

WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, e-book paginado.

¹⁷⁵YOWELL, Paul. **Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review**. Oxford: HART, 2018. ebook não paginado, posição 2968 e ss. VERMEULE, Adrian. **Law and the Limits of Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 86.

¹⁷⁶VERMEULE, Adrian. **Law and the Limits of Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 85. KREHBIEL, Keith. **Information and Legislative Organization**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1992.

¹⁷⁷YOWELL, Paul. **Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review**. Oxford: HART, 2018. ebook não paginado, posição 2983 e ss.

¹⁷⁸RALSTON, Shane J. Dewey and Hayek on Democratic Experimentalism. **Contemporary Pragmatism**, vol. 9, nº 2, Dez.2012, p. 100-103.

¹⁷⁹DORF, Michael C.; SABEL, Charles F. A Constitution of Democratic Experimentalism. **Columbia Law Review**, vol. 98, mar.1998, nº 2, p. 268.

instituições em contextos variados”¹⁸⁰. A política, particularmente em regimes federativos, permite que esse mecanismo funcione de modo significativamente intenso¹⁸¹.

O direito, por outro lado, particularmente quando envolve a jurisdição constitucional cria rigidez. Essa é propriamente sua tarefa. Mas por isso mesmo deve ser utilizado com parcimônia. Quando a Suprema Corte determina que determinada prática é inconstitucional, ou pior, que apenas determinada interpretação *otimiza* os princípios *ponderados*, ela lança na *ilegalidade constitucional* todas as demais alternativas, impedindo e prevenindo a experimentação democrática e a diversidade regional¹⁸². Ao contrário do que ocorre na política, onde as eleições periódicas ou mesmo os resultados negativos e a opinião pública podem provocar recuos e reformas mais rápidas, no caso da jurisdição constitucional, caso a decisão tenha sido equivocada ou excessivamente fechada, ela dependerá, a princípio, ou da formação de uma maioria qualificada para promover uma emenda constitucional ou de uma longa espera para que a composição da Corte composta por ministros não eleitos e vitalícios seja alterada. Frise-se que isso é particularmente preocupante quando se trata da interpretação de *cláusulas pétreas*, o que impediria qualquer alteração via legislativa, senão pela deflagração do próprio Poder Constituinte Originário, isto é, de uma situação de *ruptura*.

Nesse sentido, parece-nos acertada a lição da então desembargadora federal americana, mais tarde guindada à Suprema Corte, e professora da Universidade de Notre Dame, Amy Coney Barret, durante a anual *Walter Murphy Lecture in American Constitutionalism* ocorrida em 17 de outubro de 2019, na Universidade de Princeton: “Normas constitucionais não deixam margem para divergência local e barram a possibilidade de mudança por meio do Congresso”¹⁸³.

¹⁸⁰ALIGICA, Paul Dragos. **Diversity and Political Economy**: the Ostroms and Beyond. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 66.

¹⁸¹WISEMAN, Hannah J.; OWEN, Dave. Federal Laboratories of Democracy. **UC Davis Law Review**, vol. 52, nº 2, dez.2018.

¹⁸²Sobre os impactos negativos de engessamento que a posição do STF causou no federalismo brasileiro, em virtude da aplicação do chamado princípio da simetria, vide: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional**: Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 333-336.

¹⁸³No caso brasileiro o Congresso pode alterar a Constituição, mas somente por maiorias qualificadas.

Exatamente por isso, a América deve resistir à tentação de resolver todo e qualquer problema moral ou político por meio da Constituição”¹⁸⁴.

A observação da autora está ligada ao contexto americano, que conta com uma Constituição sintética e em larga medida constituída de cláusulas gerais. As circunstâncias brasileiras são diferentes. Há no Brasil uma Constituição bastante analítica e, inclusive, com cláusulas dirigentes que determinam objetivos futuros do Estado. Mesmo com essas divergências, creio suas palavras guardam relevância também na conjuntura nacional. Aliás, talvez sejam ainda mais pertinentes. Exatamente porque nossa Constituição já açambarcou uma série de decisões, inclusive por meio de regras concretas que deixam pouca margem para o legislador e para a política ordinária, é indevido e desnecessário ampliar ainda mais o rol das questões subtraídas da política, por meio de posturas dogmáticas que manipulam princípios de modo a fazer com que ainda mais temas sejam fagocitados pela jurisdição constitucional. Pelo contrário, sem deixar de concretizar as decisões políticas realmente embutidas na Constituição, deve-se priorizar uma dogmática que viabilize – tanto quanto possível de acordo com a natureza analítica ou sintética da carta constitucional – aquilo que Frederick Shauer chamou de “*Constituição Modesta*”, a qual reconhece que:

as decisões substantivas centrais sobre políticas públicas devem ser tomadas em fóruns mais públicos, mais representativos e mais deliberativos [do que a jurisdição constitucional], sejam esses fóruns as câmaras de legislaturas ou as redes mais importantes e mais difusas pelas quais a opinião pública é formada, reformada e implementada¹⁸⁵.

Aqui entra outro ponto relevante: uma jurisdição constitucional excessivamente invasiva prejudica a *alternância*, que é um elemento essencial dos governos republicanos. De fato, enquanto governos mudam com relativa constância,

¹⁸⁴Original: “Constitutional rules leave no room for local disagreement and they bar any ability to bring about change through Congress. For that reason America ought to resist the tentation to resolve ever moral and political question through the Constitution”. BARRET, Amy Coney. *The Constitution as Our Story. Walter Murphy Lecture in American Constitutionalism*, 17 de outubro de 2019, Princeton University: Disponível em: <<https://jmp.princeton.edu/events/constitution-our-story>>.

¹⁸⁵No original: “such central substantive decisions about public policy should be made in more public, more representative, and more deliberative forums, whether those forums be the chambers of legislatures or the more important and more diffuse networks by which public opinion is formed, reformed, and implemented.” SHAUER, Frederick. *Judicial Supremacy and the Modest Constitution. California Law Review*, Vol. 92, nº 4, jul. 2004, p. 1065.

permitindo que políticas consideradas falhas ou insuficientes sejam substituídas por meio do processo democrático e da eleição de novos governos, a fixação de teses constitucionais, como visto, engessam e solidificam as escolhas. É claro que convém que alguns temas centrais e fundamentais recebam uma normatização bastante estável. Eles formam um quadro jurídico básico ou uma opção constitucional clara. Contudo, o ativismo judicial propicia que políticas não consagradas claramente na Constituição acabem sendo solidificadas¹⁸⁶.

Um bom exemplo de como o ativismo judicial pode ocasionar isso pode ser visto nas decisões em que a Suprema Corte Americana protegeu legislações escravistas, sendo o caso *Dred Scott v. Sandford*¹⁸⁷ o mais famoso entre eles. O assunto era altamente controvertido e recebera legislações favoráveis aos escravos antes dessa decisão. Com isso, fica claro que era possível que a mera eleição de coalizações políticas contra a escravidão poderia ter permitido uma solução mais rápida e pacífica para o problema pela via legislativa. A decisão da Suprema Corte, no entanto, concedendo uma artificial autoridade constitucional para as instituições escravistas, engessou a política ordinária, obrigando a uma verdadeira revolução para superação do tema. Igualmente na chamada *Era Lochner* dos Estados Unidos, já mencionada, em que políticas econômicas que não foram rechaçadas pela Constituição Federal americana e eram de competência dos Estados foram derrubadas pela Suprema Corte por meio de interpretações juridicamente inconsistentes e ativistas, impedindo que a população legitimamente promovesse alternância por meio do processo político¹⁸⁸.

Por derradeiro, uma outra virtude do processo político que é afetada pelo ativismo judicial é a capacidade de *acomodação* de interesses e grupos distintos especialmente por meio do processo legislativo. De fato, em sociedades amplas e complexas, povoadas pelo desacordo em várias matérias, o legislativo também tem a missão de definir pontos de resolução compromissária. O legislador pode decidir adotar uma saída de compromisso, mesmo percebendo que aquela é uma *segunda*

¹⁸⁶SUMPTION, Jonathan. **Trials of the State: Law and the Decline of Politics**. Londres: Profile Books, 2019, p. 41.

¹⁸⁷WHITTINGTON, Keith E. **Repugnant Laws: Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the Present**. Kansas: University Press of Kansas, 2019, p. 112-117. SUNSTEIN, Cass R. *Dred Scott v. Sandford and Its Legacy*. In: GEORGE, Robert P (ed.). **Great Cases in Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2000, 64-89.

¹⁸⁸SUNSTEIN, Cass R. *Lochner's Legacy*. **Columbia Law Review**, vol. 87, 1987, p 873-919.

melhor alternativa, por perceber que conta com maior consenso. Com efeito, evitar desnecessários distúrbios sociais ou ampla rejeição, mesmo que isso inviabilize a adoção da *melhor solução*, é relevante para manter níveis elevados de adesão e consentimento por parte dos governados, manifestando-se como fim legítimo das decisões políticas¹⁸⁹.

Essa é uma função que os Parlamentos tendem a desempenhar de maneira mais satisfatória, em virtude de sua composição ampla e plural. Como afirma o historiador e ex-ministro da Suprema Corte Britânica Lord Sumption: “a principal vantagem do processo político (...) é acomodar interesses divergentes e opiniões conflitantes dos cidadãos”. Segundo o mesmo autor: “Tudo o que um sistema político pode realmente aspirar em fazer é prover um método decisório que tenha a melhor chance de acomodar desacordos entre cidadãos tal como eles realmente são”¹⁹⁰. Para ele¹⁹¹, no entanto,

a resolução judicial de assuntos políticos pode minar essa principal vantagem do processo político, que é a de acomodar interesses e opiniões divergentes. É verdade que a política nem sempre performa bem essa função. Pode até ser que hoje mesmo a política não esteja desempenhando bem esse múnus. (...) De todo modo, juízes jamais estarão aptos para realizar essa função. Litigância raramente pode mediar diferenças. Ela é um jogo de soma zero.

De fato, o mecanismo jurisdicional torna mais difícil a composição, especialmente porque aqueles que não são parte no processo têm dificuldades em apresentar seus argumentos. Ademais, a perspectiva de que cabe aos juízes e tribunais, diante de princípios colidentes, determinar *o ponto ótimo*, pode barrar ou, ao menos, dificultar significativamente saídas de compromisso.

Em suma, como se vê, os poderes políticos em sua tarefa legislativa ponderam os direitos constitucionais, as circunstâncias fáticas, as preferências populares e os meios de acomodação social. Sob o ponto de vista normativo, portanto, são muito mais do que meras instâncias de agregação de posições majoritárias, cegas a razões constitucionais. Isso lhes exige virtudes que estão

¹⁸⁹ EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 141.

¹⁹⁰ SUMPTION, Jonathan. **Trials of the State: Law and the Decline of Politics**. Londres: Profile Books, 2019, p. 31 e 54.

¹⁹¹ SUMPTION, Jonathan. **Trials of the State: Law and the Decline of Politics**. Londres: Profile Books, 2019, p. 30-31.

ausentes, ou muito fragilizadas, nos mecanismos de resolução judicial de demandas. Logo, o ativismo judicial, ao atrair a resolução de questões políticas para a esfera judicial, acaba por produzir decisões fora do ambiente institucional mais adequado e retira temas que demandariam análise ampla e abarcante, experimentação, alternância e acomodação do foro deliberativo em que esses fenômenos se apresentam com maior força.

Esse, portanto, é o primeiro vício que exploramos do ativismo judicial. Vejamos agora o modo como ele mina o processo democrático.

3.2 Democracia, igualdade política e autogoverno popular

A crítica mais corriqueira ao ativismo judicial é a de que ele viola a democracia. Mas afinal de contas: o que é a democracia? Entre os objetivos do presente tópico está exatamente responder a essa questão, para o que nos valeremos precipuamente das lições do falecido cientista político de Yale Robert Dahl¹⁹². A partir da caracterização da democracia, demonstraremos por que ela resta enfraquecida pelo ativismo judicial, apontando que dentro de um sistema democrático, as *escolhas* – inclusive as escolhas dentre as alternativas legítimas sobre como concretizar os princípios constitucionais – devem caber às instituições que realizam em maior medida possível o *princípio da igualdade política*, ou seja, àquelas cuja composição é o resultado de um processo em que cada cidadão civilmente responsável possui um voto e em que os agentes com capacidade decisória direta respondem perante a população periodicamente, mediante eleições livres e justas.

A consequência do exposto no parágrafo anterior é que, no interior daquele espaço para concretização dos princípios – cuja resposta acerca de qual política ou conjunto de políticas públicas devem ser utilizadas não decorre univocamente do conteúdo das normas constitucionais ou dos limites por elas impostos –, a decisão deve ser realizada pelos mecanismos da democracia (representativa ou, eventualmente, direta, por meio de plebiscito ou referendo). Por outro lado, o exercício do ativismo judicial leva a que uma imensa carga decisória reste

¹⁹²Para uma visão panorâmica das lições de Dahl sobre a democracia, vide: ULIANO, André Borges. **Introdução à Democracia**. Timburi: Cia do eBook, 2021.

concentrada em um grupo pequeno de pessoas, pouco representativo e impassível de responsabilização política.

Passemos à análise do princípio democrático. A democracia pode ser definida como "um sistema político cujos membros se consideram [politicamente] *iguais* uns aos outros, são *coletivamente soberanos* e possuem todas as capacidades, recursos e *instituições* necessários para autogovernar-se"¹⁹³. A partir desse sucinto, mas denso, conceito, é possível extrair algumas notas características. Primeiramente, numa democracia, há igualdade política entre os cidadãos. Por igualdade política, entenda-se: isonomia quanto à possibilidade de participar nas decisões coletivas. A democracia se constrói sobre essa lógica de igualdade, como aprofundaremos à frente. Essa igualdade exigida pelo regime democrático, no entanto, é estritamente política. É a exigência de que todos possam participar das deliberações e decisões comuns que estabelecerão regras obrigatórias para todos, ou seja, essa igualdade possui um âmbito bem definido: o da participação no autogoverno popular. Essa ideia, bem pode ser compreendida a partir da seguinte lição de John Locke:

Ainda que tenha dito antes que todo homem é igual por natureza, logicamente não queria dizer que seria igual em todos os aspectos. Idade ou virtude podem colocar alguns homens acima de outros: excelência ou alguma habilidade e mérito podem elevar alguns acima do nível comum; alguns podem naturalmente possuir deferência por outros por razões de nascimento ou por gratidão em virtude de benefícios recebidos, ou outros motivos. Mas **tudo isso é compatível com a igualdade que toda pessoa possui no que respeita à jurisdição ou domínio que uma possa ter sobre a outra.** A igualdade sobre a qual falei anteriormente, a igualdade relevante para o problema que ora analisamos, **é a igualdade que todo homem possui em razão de sua natural liberdade, de não ser sujeito à vontade ou autoridade de outro homem.** (tradução livre, grifos nossos)¹⁹⁴

¹⁹³DAHL, Robert A. **La Democracia y sus críticos**. Barcelona: Paidós, 2002, p. 373: "un sistema político cuyos miembros se consideran unos a otros iguales, son colectivamente soberanos y poseen todas las capacidades, recursos e instituciones necesarios para autogobernarse".

¹⁹⁴LOCKE, John. **Second Treatise on Government**. VI, 54. "I said in Chapter 2 that all men are by nature equal, but of course I didn't mean equality in all respects. Age or virtue may put some men above others; excellence of ability and merit may raise others above the common level; some may naturally owe deference to others because of their birth, or from gratitude because of benefits they have received, or for other reasons. But all this is consistent with the equality that all men have in respect of jurisdiction or dominion over one another. That was the equality I spoke of in Chapter 2—the equality that is relevant to the business in hand, namely the equal right that every man has to his natural freedom, without being subjected to the will or authority of any other man."

Dita igualdade, portanto, decorrente da autonomia do cidadão, prescreve que ele não pode ser submetido a um governo do qual não possa participar, e cujas decisões não possa influenciar suficientemente e em razoável grau de igualdade com os demais. Reconhecem-se diferenças entre as pessoas, inclusive, eventualmente, no tocante à capacidade, ao conhecimento, estudo, prestígio, aos meios econômicos *etc.* Todavia, não se admite que sejam tamanhas a ponto de fundamentar que um possa imperar sobre outros sem que esses tenham a possibilidade de participar do processo de tomadas de decisão de governo. Isso está bem sintetizado nas palavras de Abraham Lincoln¹⁹⁵: "nenhum homem é bom o bastante para governar a outro sem o seu consentimento". Robert Dahl chama a isso de *princípio categórico de igualdade*, cujo conteúdo ele assim descreve:

Todos os membros estão suficientemente qualificados, *em geral*, para participar nas decisões coletivas obrigatórias que gravitem em grau significativo em seus bens e interesses. *Em qualquer caso*, ninguém está tão mais bem qualificado para que se lhe confie de modo exclusivo a adoção de tais decisões coletivas obrigatórias.¹⁹⁶

Perceba-se que o princípio possui duas asserções: a primeira, no sentido de que *em geral*, ou seja, não de modo absoluto, há uma qualificação suficiente em todos os membros; já a segunda, afirmando que *em qualquer caso*, isto é, mesmo nos que excepcionam a primeira regra – agora sim exprimindo uma norma absoluta –, quando algum cidadão não esteja suficientemente qualificado, ela não estará tão abaixo da qualificação dos demais que permita que ele seja governado sem a possibilidade participar nas decisões, como se fosse uma criança diante de um adulto; alguém civilmente incapaz por enfermidade mental diante de um tutor; ou como um escravo ou súdito diante do seu senhor.

A igualdade política é o elemento mais fundamental da democracia. É comum que algumas pessoas acreditem que a regra da maioria seja o traço basilar do regime democrático. Contudo, ela não passa de uma consequência da igualdade

¹⁹⁵Original: "No man is good enough to govern another man without that other's consent". LINCOLN, Abraham. [Quotes]. In: Britannica Encyclopædia. Disponível em: <https://www.britannica.com/quotes/biography/Abraham-Lincoln>. Acesso em 21 set. 2021.

¹⁹⁶DAHL, Robert A. **La Democracia y sus críticos**. Barcelona: Paidós, 2002, p. 121, sem grifos no original: "Todos los miembros calificados, en general, para participar en la adopción de las decisiones colectivas obligatorias que graviten en grado significativo en sus bienes o intereses. De todos modos, ninguno está tanto mejor calificado que los otros como para que se le confie en forma excluyente la adopción de tales decisiones colectivas obligatorias".

política. Com efeito, qualquer agrupamento humano no qual exista a convicção de que todos os membros estão em um mesmo nível suficiente de qualificação para as decisões gerais, tenderá a se autogovernar democraticamente. Isso ocorrerá seja esse agrupamento um corpo político ou uma mera associação civil, ou mesmo empresarial.

Como consequência desses traços essenciais, Robert Dahl apresenta cinco critérios para a democracia: a) participação efetiva; b) igualdade de voto; c) entendimento esclarecido¹⁹⁷; d) controle da pauta política; e, e) inclusão¹⁹⁸.

No mundo real, esses cinco critérios, por sua vez, necessitam de *instituições* capazes de concretizá-los na prática. Robert Dahl arrola seis instituições essenciais para a efetivação do caráter democrático do governo: a) acesso eletivo aos cargos de governo; b) eleições livres, justas e periódicas; c) cidadania inclusiva (sufrágio universal); d) liberdade de expressão¹⁹⁹; e) fontes de informação diversificadas²⁰⁰; f) liberdade associativa²⁰¹.

Cada uma dessas seis instituições são imprescindíveis para a efetividade de um regime democrático, estando elas intimamente ligadas com os critérios mencionados acima. As instituições são, basicamente, concretizações daqueles critérios, como bem explica Dahl²⁰². Para a discussão acerca do ativismo judicial, no entanto, alguns desses elementos guardam maior relevância. Particularmente os seguinte critérios: *participação efetiva; igualdade de voto; controle da pauta; e, inclusão*. Assim como as seguintes instituições: acesso eletivo aos cargos de governo; eleições livres, justas e periódicas; e, o sufrágio universal.

¹⁹⁷DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001, p. 49.

¹⁹⁸DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001, p. 49-50.

¹⁹⁹DAHL, Robert A. **La Democracia y sus críticos**. Barcelona: Paidós, 2002, p. 281: "Los ciudadanos gozan del derecho efectivo a la libertad de expresión, en particular la libertad de expresión política, incluida la crítica a los funcionarios, a la conducción del Estado, al sistema político, económico y social prevaeciente ya a la ideología dominante". Vide ainda: DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001, p. 110.

²⁰⁰Exige-se numa democracia que os cidadãos possuam acesso a *fontes de informação diversificadas*. Assim, é um dos requisitos democráticos básicos que haja alternativas de fontes de informação relativamente independentes, de modo que não estejam nem sob controle do governo, tampouco de um grupo monopolizador.

²⁰¹DAHL, Robert A. **La Democracia y sus críticos**. Barcelona: Paidós, 2002, p. 281: "*gozan del derecho efectivo a formar asociaciones autónomas, incluidas las asociaciones políticas (p. ej., partidos políticos y grupos de intereses), que procuren influir en el gobierno rivalizando en las elecciones y por otras vías pacíficas*". Mais em: DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001, p. 99 e 112.

²⁰²DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001, p. 106.

A seguir, abordaremos como o ativismo judicial atinge o princípio básico da democracia, a igualdade política. Após, passaremos em detalhe cada um dos critérios e instituições especificados acima que são particularmente atingidos pelo ativismo judicial, aprofundando no seu conteúdo e em como restam fragilizados por decisões ativistas.

O ativismo judicial gera impactos bastante negativos sobre o princípio básico da engenharia democrática: a igualdade política. Isso porque quando os tribunais deixam de fiscalizar decisões políticas tomadas por órgãos representativos, e passam a *substituir as escolhas políticas*, esse fenômeno desloca um enorme poder decisório de vastos grupos sociais para as mãos de uma pequena elite judiciária. É um fenômeno que pode ser caracterizado como uma espécie de *injustiça* distributiva, porém não de bens financeiros, mas de poder político. Enquanto a democracia deposita uma pequena carga decisória em todo adulto civilmente responsável, o ativismo concentra poder político numa pequena casta não eleita. Na linguagem da tradição republicana, isso seria indicado como um fenômeno de produção de *dominação*²⁰³.

Ora, num regime dessa espécie, em que a maioria de um tribunal composto por um diminuto número de membros – com um perfil bastante homogêneo em termos de idade e formação acadêmica – possa substituir a escolha de um grande número de cidadãos ou de pessoas por eles eleitas, suprimindo parte da diversidade de pontos de vista, parece inequívoco que a igualdade de poder político resta abalada. Esse desequilíbrio é tamanho, que Robert Dahl, ao classificar os regimes entre *democráticos* ou *de tutela*, indica o poder das Cortes de decidirem determinadas questões com autoridade final como uma forma de “quase tutela”, nominando os membros dessa magistratura como “quase tutores”²⁰⁴. Ademais, a partir da experiência dos países que adotaram essa espécie de sistema, ele conclui que “há forçosamente uma proporção inversa entre a autoridade dos quase tutores e do povo e seus representantes”²⁰⁵.

Esse sistema colide com uma sólida convicção de igualdade política. Inclusive, há quem afirme que ele, realmente, decorre de um geralmente

²⁰³BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism**: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 29.

²⁰⁴DAHL, Robert A. **La Democracia y sus críticos**. Barcelona: Paidós, 2002, p. 226.

²⁰⁵DAHL, Robert A. **La Democracia y sus críticos**. Barcelona: Paidós, 2002, p. 226.

inconfessado *mal estar* com a democracia e a isonomia política. Por vezes, aliás, nem tão inconfessado assim²⁰⁶. Como bem pontuou o professor Mangabeira Unger, “o desconforto com a democracia” é um dos “*dirty little secrets* da teoria do direito contemporânea”²⁰⁷. Ao revisar a obra de Unger, Jeremy Waldron²⁰⁸ concordou com suas críticas, e acrescentou que a “marginalização” dos processos democráticos e dos poderes de governo, os quais se esperaria que fossem “a principal fonte do direito numa sociedade democrática, é um escândalo da filosofia do direito”.

Com efeito, Waldron tem denunciado como linhas do pensamento jurídico contemporâneo tem se obstinado em ler o constitucionalismo apenas como um *freio* às possíveis *tirantias das maiorias*, vendo essas como suas inimigas naturais e permanentes, quando, pelo contrário, o constitucionalismo deve ser visto também – e primordialmente – como um sistema que cria arranjos institucionais que permitam o bom desempenho da democracia. Ou seja: sua principal função é institucionalizar o governo segundo o princípio da igualdade política, o qual ele salienta que deve ser levado a sério. Waldron diz ainda que há um problema contrário ao da *tiranía das maiorias*, em geral subestimado pelos constitucionalistas, mas que prevaleceu por longos períodos da história: a tirania das oligarquias. Ele salienta – e com razão – que o arranjo democrático é vulnerável e instável, de modo que precisa ser constantemente reafirmado, a fim de que não se caia nesse risco contrário²⁰⁹.

O risco de a excessiva concentração de poder no Judiciário ser instrumentalizada para fins oligárquicos realmente não deve ser desprezado. Nesse sentido, o jurista canadense Ran Hirschl, na obra *Towards Juristocracy* (“Rumo à Juristocracia”) apresenta uma versão sombria para a expansão judicial. Para ele o aumento do Poder das Cortes mediante expansão constitucional se dá pela ação de três grupos-chave: primeiro, *elites políticas* que se veem ameaçadas e buscam isolar suas preferências do processo político, constitucionalizando-as. Tom Ginsburg

²⁰⁶O ministro Luís Roberto Barroso, em artigo com o sugestivo título de “A razão sem voto”, descreve as supremas cortes como podendo desempenhar o papel de uma “vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra. A expressão deixa expressa a ideia de que o grau de *iluminação* política dos ministros ou de sua atuação estaria num outro patamar em relação aos cidadãos comuns. Vide: BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.

²⁰⁷UNGER, Mangabeira. **What Should Legal Analysis Become?** Londres: Verso, 2996, p. 72.

²⁰⁸WALDRON, Jeremy. Dirty Little Secret. **Columbia Law Review**, vol. 98, n.2, mar.1998, p. 521.

²⁰⁹WALDRON, Jeremy. *Constitutionalism: a skeptical view*. In: _____. **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2016.

descreveu esse processo como o de criação de um “seguro político” (*political insurance*)²¹⁰. Em segundo lugar, *elites econômicas* buscam constitucionalizar os direitos que as beneficiam. Por fim, as que mais nos interessam aqui, *elites judiciais* e Supremas Cortes, que buscam aumentar a sua influência política e reputação internacional. Para sustentar sua hipótese, ele cita o caso da África do Sul. Hirschl defende que, enquanto durou o *apartheid*, a minoria branca acreditava que podia confiar no processo majoritário, momento em que vigorava a Supremacia do Parlamento. Quando aquele regime já não era viável por meio do mecanismo político tradicional, a mesma minoria branca teria “se convertido” ao constitucionalismo, usando-o como instrumento para preservar privilégios, insulando-os do debate político por meio de sua constitucionalização²¹¹.

Como consequência desses fenômenos, ao atingir o princípio básico da democracia, o ativismo judicial também impacta seus desdobramentos – critérios e instituições –, como pontuamos rapidamente acima. Primeiramente, no tocante ao critério da *participação efetiva*. Ele trata do momento prévio, preparatório, à tomada da decisão. Ele determina que o *input* decisório seja amplo, de modo que na fase deliberativa cada membro do povo tenha a possibilidade de influenciar seus pares e comunicar seu entendimento a respeito do tema a seus representantes eleitos, em caso de democracia representativa.

Todavia, quando o centro decisório é deslocado da arena política – onde um grupo numeroso de parlamentares de distintas partes do país, provindos de diferentes grupos sociais e que permanecem em constante contato com suas bases – para um diminuto conjunto de juristas encastelados numa realidade social bem mais limitada, isso tende a prejudicar a capacidade de *participação* de um grupo bastante relevante de pessoas. De fato, com exceção de uma pequena seleção de juristas renomados ou entidades com forte prestígio, revela-se excessivamente restrito o acesso da população em geral ou seu poder de influência sobre decisões tomadas pelas esferas judiciais. Dentro da ideia de *inconfessado mal estar com a democracia*, o jurista britânico Lord Sumption menciona como existe um lamentável desconforto com o fato de que a população possa influenciar decisões relevantes:

²¹⁰DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. The forms and limits of constitutions as political insurance. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 15, Issue 4, Oct.2017, p. 988–1012.

²¹¹HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 89-99.

diz ele que muitas vezes “escolhas democráticas e a atuação parlamentar são relegadas ao *status* de meros resultados de ‘pressões externas’, como se houvesse algo de ruim em a legislação ser influenciada pela opinião pública”²¹².

Alguns apontam que esse fenômeno poderia ser positivo, por insular o debate acerca da proteção de direitos das deliberações majoritárias, permitindo uma maior defesa das minorias. Outros alegam que, em se tratando de elementos técnico-jurídicos, não seria necessária a participação de largos setores populacionais sem a formação técnica exigida para debates desse jaez. Contudo, como dissemos no capítulo anterior, a própria existência de um direito não é um fenômeno cartesianamente extraído da Constituição. Os próprios direitos são *controversos*. Assim, muitas vezes o debate não é se o direito de alguém deve ser respeitado – o que não deve, realmente, estar sob decisão majoritária –, mas se um direito de fato existe ou deveria existir, e quais os seus contornos. Nesse tocante, dentro de um amplo espectro de possibilidades, a política deve ter capacidade para decidir. Ademais, como demonstraremos à frente, não há nada que garanta que o Poder Judiciário terá respostas melhores e mais protetivas aos direitos fundamentais.

O segundo critério democrático atingido pelo ativismo é o da *igualdade de voto*, assim como a *inclusão* e a conseqüente instituição do *sufrágio universal*: *one man, one vote*, no brocardo anglo-saxão. Segundo Robert Dahl: “na etapa decisória das decisões coletivas, a todos os cidadãos deve garantir-se *iguais oportunidades* para expressar uma opção, cujo peso se considerará igual ao das escolhas expressadas por quaisquer outros cidadãos”²¹³. No processo político isso é respeitado por meio de consulta direta ou pelo voto de representantes que, por sua vez, foram eleitos por meio do voto direto. Já no Poder Judiciário, nada disso ocorre.

De modo semelhante, é atingido o controle popular sobre a *pauta política*. Esse é um elemento fundamental para o processo democrático, pois ainda que se gozasse de participação, voto e esclarecimento, não se poderia afirmar haver

²¹²SUMPTION, Jonathan. **Trials of the State**: Law and the Decline of Politics. Londres: Profile Books, 2019, p. 46.

²¹³DAHL, Robert A. **La Democracia y sus críticos**. Barcelona: Paidós, 2002, p. 135: “En la etapa decisoria de las decisiones colectivas, a todos los ciudadanos debe garantizárseles iguales oportunidades para expresar una opción, cuyo peso se considerará igual al de las opciones expresadas por cualesquiera otros ciudadanos. Al determinar la solución en la etapa decisoria, deben tomarse en cuenta estas opciones, y sólo ellas”.

verdadeiro autogoverno popular se as questões que o povo quisesse que fossem examinadas ou alteradas pudessem ser simplesmente excluídas da pauta de modo perene. Por isso, para que haja um governo democrático, é preciso ainda que o povo possua certo *controle sobre a pauta política*. Como bem explica Robert Dahl:

Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.²¹⁴

Por meio do ativismo, no entanto, a elite judiciária pode excluir uma pauta da mudança ordinária, simplesmente afirmando que ela está protegida pela Constituição ou que entendem que ela implicaria em prejuízo social e invocando a vedação ao retrocesso. Mais ainda: o item poderia ser totalmente tolhido de deliberação, por meio da afirmação de que ele constitui cláusula pétrea. Ademais, algo que a população deseja que seja mantido e que não contaria com apoio político suficiente para alteração, pode ser incluído na pauta via Judiciário. Em suma: o ativismo judicial cria uma *pauta política paralela*, sobre a qual a população de modo geral tem uma influência muito restrita ou mesmo nula.

Outras duas instituições descritas por Dahl e que guardam relação com o tema são: o *acesso eletivo aos cargos de governo* e que essa eleição ocorra por meio de *eleições livres, justas e periódicas*. Explica ele quanto à primeira que, como os cargos de governo são responsáveis pelo controle da pauta e das decisões, para que esse poder esteja – ainda que indiretamente – nas mãos do povo (o que o capacita a exercer sua autogestão popular), é necessário que possua a faculdade de escolher e alterar os titulares desses cargos. Isso se dá por meio de eleições e mecanismos institucionais de controle como, por exemplo, o *impeachment* ou o *recall*, de modo que se torna imprescindível para o regime democrático que o acesso a tais cargos seja eletivo e que os gestores sofram controle. Ademais, o acesso aos cargos eletivos deve ser amplo, de modo que os requisitos para exercício da cidadania passiva, isto é, o direito de ser votado, não seja tão restrito a ponto de tornar o acesso eletivo aos cargos de governo uma verdadeira aristocracia

²¹⁴DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001, p. 49.

hereditária, ou oligarquia, por permitir o ingresso apenas de membros de determinados segmentos sociais.

No concernente às *eleições livres, justas e periódicas*, diz Dahl que são fundamentais para que a escolha popular seja efetiva:

Se aceitamos a conveniência da igualdade política, todos os cidadãos devem ter uma *oportunidade igual e efetiva de votar e todos os votos devem ser contados como iguais*. Para implementar a igualdade de voto, é evidente que as eleições devem ser livres e justas. *Livres* quer dizer que os cidadãos podem ir às urnas sem medo de repressão; para serem *justas*, todos os votos devem ser contados igualmente. Mesmo assim, eleições livres e justas não são o bastante. Imagine eleger representantes para um período de – digamos – vinte anos! Se os cidadãos quiserem manter o *controle final sobre o planejamento*, as eleições também devem ser frequentes.²¹⁵ (grifos nossos)

O choque do ativismo judicial com essas exigências institucionais é patente. Por meio do ativismo, o governo – ou algumas de suas decisões – passa a ser exercido por membros não eleitos e impassíveis de responsabilização política. Ainda, o número de pessoas aptas a ocupar a cúpula da carreira judiciária é bem mais restrito e menos plural, em virtude das exigências de uma específica formação profissional e idade.

Frise-se que esses fenômenos de abalo ao princípio democrático são extremamente relevantes, afinal de contas: por que as pessoas obedecem à lei? O simples poder coercitivo é insuficiente. Uma boa parte do engajamento decorre da crença na *legitimidade* da ordem política por meio do qual as regras jurídicas são estabelecidas. Como afirma acertadamente Lord Sumption: “A legitimidade da ação estatal em uma democracia depende de uma aceitação generalizada em seu processo de tomada de decisões: não necessariamente nas decisões em si mesmas, mas no método de elaborá-las”²¹⁶. Não importa apenas *o que se decide*, mas também o *meio* pelo qual a decisão é tomada. Por isso, a perda do *pedigree* democrático pode acarretar uma deterioração do grau de consenso acerca da legitimidade do sistema ou de algumas de suas regras. De fato, resolver questões socialmente controversas por meio do Judiciário implica numa redução da

²¹⁵DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001, p. 109.

²¹⁶SUMPTION, Jonathan. **Trials of the State: Law and the Decline of Politics**. Londres: Profile Books, 2019, p. 20.

legitimidade democrática. É papel típico dos Tribunais manter a atuação do Estado dentro de suas balizas legais. Mas isso é diferente de alterar decisões políticas com as quais não se concorda. Isso redundaria em conferir uma enorme discricionariedade política a pessoas submetidas a uma *accountability* muito reduzida em razão do que fazem ou decidem. E essa redução muitas vezes pode ser feita por meio da manipulação da litigância em direitos humanos. Jonathan Sumption²¹⁷ salienta que, embora seja favorável a freios dessa espécie, muitos dos freios criados pelas Cortes são “inadequados pois não derivam de quaisquer direitos humanos estabelecidos. Alguns deles são alvo de desacordo social e estão longe de ser fundamentais”. Isso coloca o problema do papel dos Tribunais numa sociedade democrática: muitos dos temas que vem sendo decididos por eles são essencialmente políticos.

Enfim, tendo em vista que o ativismo judicial concentra poderes e estabelece algo como *castas políticas*, ele fere o princípio democrático básico da igualdade política, ao mesmo tempo em que enfraquece critérios e instituições relevantes da engenharia democrática.

Superado esse ponto, no próximo tópico será examinado o impacto negativo do ativismo judicial sobre o Estado de Direito.

3.3 Estado de Direito

O presente item tem por finalidade demonstrar que o ativismo judicial colide com uma relevante coluna do regime constitucional: o Estado de Direito. Para isso, inicialmente, será descrito *o que é* o Estado de Direito – que também será indicado pelos nomes de Império da Lei ou *Rule of Law* – e, então, apontar-se-ão as razões por que ele é enfraquecido pelo ativismo judicial.

Pois bem. A título de visão geral introdutória, pode-se dizer que o princípio do Estado de Direito prescreve que todos os agentes (inclusive os agentes públicos e juízes) atuem dentro de um quadro jurídico e que a ordem institucional goze de razoável efetividade, além de que as normas do direito contem com as perfeições formais indicadas por Lon Fuller como *princípios da legalidade*, ou seja, as leis sejam, em larga medida, públicas, promulgadas, claras, prospectivas, inteligíveis,

²¹⁷SUMPTION, Jonathan. **Trials of the State: Law and the Decline of Politics**. Londres: Profile Books, 2019, p. 41-43.

não contraditórias entre si, gerais e abstratas²¹⁸. Num sistema como esse, “todas as ações do governo são regidas por normas previamente estabelecidas e divulgadas – as quais tornam possível prever com razoável grau de certeza de que modo a autoridade usará seus poderes coercitivos em dadas circunstâncias, permitindo a cada um planejar suas atividades individuais com base nesse conhecimento”²¹⁹.

Na contramão dessas exigências, a cultura do ativismo judicial enfraquece desnecessariamente a autoridade da ordem legal e gera insegurança, pois mesmo uma questão já *resolvida* pela *escolha política* dos órgãos legislativos pode ser julgada em outro sentido, tornando a solução final imprevisível. Ademais, as regras de distribuição de atribuições e poderes são vilipendiadas e enfraquecidas²²⁰ e os órgãos do Poder Judiciário, especialmente os de cúpula, tornam-se incontroláveis²²¹.

Para perceber isso, é interessante deixar mais claro o contorno normativo desse princípio. Isso porque, em razão de o Império da lei ter se estabelecido como um dos princípios mais basilares e prestigiados do direito contemporâneo, ele passou a sofrer um emprego meramente retórico²²², o que acabou por tornar seu conteúdo impreciso. O fato é agravado por haver no curto rótulo “Estado de Direito” densa substância normativa, uma vez que o conceito foi criado longinquamente e desenvolvido durante a longa trajetória do pensamento jurídico, particularmente no Ocidente.

Iniciando, assim, no desafio de esclarecer seu conteúdo, uma das mais didáticas e sintéticas explicações acerca da ideia fundamental do *Rule of Rule* foi

²¹⁸FINNIS, John. Aquinas and Natural Law Jurisprudence. DUKE, George; GEORGE, Robert (Eds.). **The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence** (Cambridge Companions to Law). Cambridge: Cambridge University Press. p. 54-55. BRADLEY, Gerard V. **A Student's Guide to the Study of Law**. Wilmington: ISI Books, 2014.

²¹⁹HAYEK, Friedrich A. **O Caminho da Servidão**. Trad. Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 6ª edição. São Paulo: IMB, 2010. p. 89.

²²⁰DRAKEMAN, Donald L. Drakeman. Constitutional Counterpoint: Legislative Debates, Statutory Interpretation and the Separation of Powers. **Statute Law Review**, Vol. 38, Issue 1, fev. 2017, p. 116–124. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/slr/hmw027>>. MOREIRA, Melissa Carvalho. Reflexões Acerca do Ativismo Judicial: os Riscos da Atuação Extralegal do Poder Judiciário. **VirtuaJus**, Belo Horizonte: PUC Minas, v. 3, n. 5 (2018). pp. 213-234.

²²¹Original: “*Treating judicial authority as the main basis for constitutional enforcement leaves the constitutionality of judicial power itself effectively unchecked.*” WALDRON, Jeremy. **Constitutionalism: a skeptical view**. In: _____. **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2016. p. 42.

²²²RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 210-211. TAMANAHA, Brian Z. **On The Rule of Law: History, Politics and Theory**. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 3-4.

exposta por Timothy Endicott²²³, durante sua fala no evento *The Cxford Lecture*, realizado na *Western University*, no Canadá, em 2013: lá, ele descreveu o Estado de Direito como um *meio termo* entre a *anarquia* e os *governos de pura discricionariedade*. Se na anarquia o governo não pode nada; e em sistemas puramente discricionários o governo pode tudo o que lhe é fisicamente factível: no Estado de Direito, o governo pode apenas aquilo que o sistema legal lhe permite. De fato, na anarquia inexistente poder político dotado de força coercitiva legítima. As lideranças políticas não podem *impor* coisa alguma. Já no extremo oposto, aparecem os sistemas de completa discricionariedade – podem ser simplesmente autoritários ou uma espécie de “assembleia de sábios” –, em que o *governo* pode *qualquer coisa* que lhe seja faticamente viável. Para além dos limites de fato, inexistem balizas de direito. Diferentemente, em um sistema regido pelo *Rule of Law*, há governo e ele pode impor medidas coercitivamente. Mas o que ele está habilitado a fazer possui fronteiras jurídicas. Ele opera dentro de um *quadro institucional* fixado pelo direito. O governo pode impor determinações dotadas de autoridade; porém, apenas de acordo com o que o Império da Lei o autoriza.

Esse princípio está baseado, precipuamente, nas ideias de igualdade perante a lei e os tribunais²²⁴ e na concepção do ser humano como livre e, portanto, capaz de se autodeterminar e responder perante o direito²²⁵. A partir dessas ideias, o Império da Lei possui um conteúdo fundamental bem sintetizado por Jeremy Waldron:

A principal exigência do Estado de Direito é que as pessoas em posições de autoridade exerçam seu poder dentro de uma estrutura institucional de normas públicas bem estabelecidas e que limitem seu poder de ação; impedindo o exercício do poder de maneira arbitrária,

²²³ Professor Timothy Endicott, “Interpretation and the Rule of Law”, *London*, 28 mar 2013. 1 vídeo (57 min 01 s). Publicado pelo canal *Western University*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fcX7-dxjaf8>>.

²²⁴ Original: “(...) when we speak of the 'rule of law' as a characteristic of our country, not only that with us no man is above the law, but (what is a differen thing) that here every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals. In England the idea of legal equality, or of the universal subjection of all classes to one law administered by the ordinary Courts, has been pushed to its utmost limit”. DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of The Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 2014. *E-book* (não paginado).

²²⁵ Original: “To embark on the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules involves of necessity a commitment to the view that man is, or can become, a responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults.” (FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1969, p. 162).

ad hoc ou puramente discricionária, com base em preferências ou ideologias pessoais. Exige, assim, que o governo opere dentro desse arcabouço em tudo o que faz e que haja possibilidade de responsabilização perante a lei, quando houver qualquer indício de ação não autorizada por parte daqueles que estão no poder.²²⁶

Ainda, consoante acertada lição do mesmo autor: “o Estado de Direito não se refere apenas ao governo”:

Exige também que os cidadãos respeitem e cumpram as normas legais, mesmo quando discordem delas. Com efeito, quando seus interesses conflitam com os dos outros, eles devem aceitar as determinações legais sobre quais são seus direitos e deveres. Além disso, a lei deve ser a mesma para todos, para que ninguém esteja acima da lei e todos tenham acesso à proteção da lei. A exigência de acesso é particularmente importante, em dois sentidos. Primeiro, a lei deve ser epistemicamente acessível: deve constituir-se em um conjunto de normas promulgadas e tornadas públicas, para que as pessoas possam estudá-la, internalizá-la, e descobrir o que isso exige delas, sendo capazes de usá-la como uma estrutura para definir seus planos e expectativas, bem como para resolver suas disputas. Em segundo lugar, as instituições legais e seus procedimentos devem estar à disposição das pessoas comuns para defender seus direitos, resolver seus litígios e protegê-las contra abusos do poder público e privado. Tudo isso, por sua vez, requer a independência do judiciário, a responsabilidade dos funcionários do governo, a transparência dos negócios públicos e a integridade dos procedimentos legais.²²⁷

²²⁶ Texto original: “The most important demand of the Rule of Law is that people in positions of authority should exercise their power within a constraining framework of well-established public norms rather than in an arbitrary, *ad hoc*, or purely discretionary manner on the basis of their own preferences or ideology. It insists that the government should operate within a framework of law in everything it does, and that it should be accountable through law when there is a suggestion of unauthorized action by those in power”. WALDRON, Jeremy. The Rule of Law. In: Edward N. Zalta (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, out. 2016. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>>.

²²⁷ Texto original: “But the Rule of Law is not just about government. It requires also that citizens should respect and comply with legal norms, even when they disagree with them. When their interests conflict with others’ they should accept legal determinations of what their rights and duties are. Also, the law should be the same for everyone, so that no one is above the law, and everyone has access to the law’s protection. The requirement of access is particularly important, in two senses. First, law should be epistemically accessible: it should be a body of norms promulgated as public knowledge so that people can study it, internalize it, figure out what it requires of them, and use it as a framework for their plans and expectations and for settling their disputes with others. Secondly, legal institutions and their procedures should be available to ordinary people to uphold their rights, settle their disputes, and protect them against abuses of public and private power. All of this in turn requires the independence of the judiciary, the accountability of government officials, the transparency of public business, and the integrity of legal procedures.” WALDRON, Jeremy. The Rule of Law. In: Edward N. Zalta (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, out. 2016. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>>.

Quanto à expressão “*governo de leis*”, cabe precaver que não se trata de um uso literal das palavras, visto que *governar* exige a tomada de *ações*, e leis não *agem* por si sós. Logo, o governo é sempre de *peessoas*. Um governo ou império das leis, portanto, é na verdade, uma expressão metonímica: é um governo de pessoas, porém de pessoas constrangidas por um arcabouço normativo que guie, limite, proteja e responsabilize-as por seus atos. O governo das leis, assim, é um governo de pessoas, mas de pessoas limitadas pelo direito. E não qualquer direito: mas um direito segundo descrito acima, com as características necessárias para que haja o devido respeito à igualdade perante a ordem jurídica e à liberdade de autodeterminar-se de acordo com as leis, ou de ser responsabilizado perante elas; e só perante elas, de modo que a liberdade das ações dentro da lei restam preservadas e protegidas.

O Império da Lei é um princípio de moralidade política exatamente porque ele fortalece e facilita o tratamento respeitoso e condigno do Estado para com os governados e vice-versa. Os agentes de Estado aceitam que nada poderão fazer que não expressamente autorizado. Por outro lado, os cidadãos aceitam as leis validamente criadas. Isso é particularmente eficiente em regimes democráticos, onde – como visto no item anterior – de algum modo todos podem participar e todos são levados em conta nas decisões, segundo o princípio da igualdade política. Uma vez aprovadas, as leis são aceitas, ainda que com elas se discorde, cabendo o recurso aos mecanismos próprios para alterá-las se for o caso. É esse um modo de coordenar a vida social num cenário de forte desacordo entre os cidadãos, buscando tratar a todos com respeito e dignidade²²⁸.

Agora, como fazer para concretizar essas exigências do *Rule of Law*? A consequência desse princípio é que a sociedade seja *governada* por um sistema jurídico dotado de certas perfeições *formais, procedimentais e institucionais*, as quais permitam aos particulares, em igualdade de tratamento, seguirem as leis ou serem responsabilizados perante elas; que haja instituições aptas a aplicá-las de modo geral e igualitário, e que o façam de fato; e que os agentes estatais também estejam circunscritos por esse arcabouço jurídico e sejam responsivos perante ele.

²²⁸GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese (Doutorado em Direito). USP, São Paulo, 2012, p. 11-15.

Esse ideário possui uma trajetória longa e complexa. O acúmulo teórico dos séculos foi responsável por solidificar, enriquecer e consolidar seus traços fundamentais. Ele começou a se formar na antiguidade grega, passou pelo medievo, atravessou a modernidade e adentrou no período contemporâneo. É possível encontrar princípios da ideia de *Rule of Law* já em Homero, tanto na *Ilíada*²²⁹ como na *Odisseia*²³⁰; na tragédia grega²³¹; em Heródoto²³²; ou em Tucídides²³³. Também na própria realidade institucional ateniense podíamos encontrar uma autêntica experiência inicial de *Rule of Law*²³⁴. Os filósofos Platão²³⁵ e Aristóteles²³⁶ meditaram sobre o tema. Na República Romana, por sua vez, havia orgulho do sistema legal e

²²⁹Nos dois primeiros cantos da *Ilíada*, Aquiles fica tomado de ira contra Agamémnone e abandona a batalha, fazendo os gregos começarem a sofrer fortes reveses, exatamente em virtude do tratamento arbitrário recebido por parte do rei. Ainda no canto XVIII, o novo escudo de Aquiles forjado por Hefesto mostra duas cidades, retratando os dois tipos de regimes que podem ser construídos: um pacífico e próspero e baseado no *Rule of Law*, e outro baseado na guerra e na pilhagem. (HOMERO. *Ilíada*. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015).

²³⁰ZANGHELLINI, Aleardo. *The Foundations of the Rule of Law*. *Yale Journal of Law & the Humanities*, New Heaven, vol. 28, 2, p. 213-240, jan. 2016. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1451&context=yjlh>>.

²³¹ÉSQUILO. Oresteia. Tradução de Richmond Lattimore. In: **Great Books of the Western World – vol. 4**. 2ª ed. Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 1991; NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. *From the Erinyes to the Eumenides: how vengeful goddesses still bark like dogs at a past that does not pass*. **ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 3, n. 1, janeiro-jun. 2017.

²³²Livro 4, p. 80, em Heródoto. **The History of Herodotus**. Tradução de George Rawlinson. 2ª ed. Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 1991, p. 107.

²³³Segundo livro, p. 37, em Tucídides. **Thucydides: The History of the Peloponnesian War**. Tradução de Richard Crawley e revisão de R. Feetham. 2ª ed.. Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 1991, p. 396.

²³⁴OSTWALD, Martin. **From Popular Sovereignty to Sovereignty of Law: Law, Society and Politics in Fifth-century Athens**. Berkeley: Univ. of California Press, 1987. JONES, J. W. **The Law and Legal Theory of the Greeks**. Oxford: Clarendon Press, 1956. TAMANAHA, Brian Z. **On The Rule of Law – History, Politics, Theory**. Cambridge University Press: New York, 2009, p. 7-10.

²³⁵“Of the many ringing declarations on this point in the Laws I mention only a few. There is no mortal soul, Plato declares, that can bear supreme and irresponsible power without losing his wisdom and integrity (69ic). No absolute ruler can avoid interpreting the public good in terms of his private interest (875b). Unless the laws are sovereign, and the rulers servants, of the laws, the state is on the road to destruction (715d). The highest of all the civic virtues, and the highest qualification for office, is obedience to the laws (715c). Every judge and every officer must be responsible for what he does as judge or officer (76ie). Finally, the highest officers of the state are to be called Nomophylakes, Guardians of the Law, ministers of the sovereignty they do not themselves possess.7 Thus in his old age, if not in his youth, Plato is at one with the tradition of his people in distrusting everything savoring of absolute and irresponsible power, and in placing the sovereignty of law at the very basis of political theory”. MORROW, Glenn R. *Plato and the Rule of Law*. **The Philosophical Review**, Durham: *Duke University Press*, 50, no. 2, p. 105-26, mar. 1941. Disponível: <doi:10.2307/2180960>, p. 107.

²³⁶Pontos principais: 1286^a e 1287^a de “A Política” (ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 2009). Pontos principais: 1.354^a e 1.354^b de “Retórica” (ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2011). Pontos principais: 1.134^a e 1.134^b de “Ética a Nicômaco” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002).

uma crença arraigada de que ele contribuíra para o sucesso de Roma²³⁷. O jurista Cícero falou da importância em manter a autoridade da legislação e os governantes responsáveis a ela²³⁸. Ele também tratou da necessidade de um corpo de instituições capaz de aplicar as leis de modo efetivo, particularmente de tribunais que respeitassem o devido processo legal²³⁹.

Adentrando na Idade Média, a Magna Carta representou “um esforço dos nobres em usar a lei para conter o arbítrio real”²⁴⁰ e consagrar os direitos de “todos os homens livres”²⁴¹. Impuseram, então, a observância da *law of the land*, mais tarde traduzida como: *due process of law*²⁴². O gênio de Tomás de Aquino, por sua vez, descreveu a lei humana positiva como um regime de coordenação das condutas individuais em sociedade por meio de instituições legais que, mediante seu caráter público (promulgação), clareza, generalidade, estabilidade e factibilidade, tratasse os cidadãos como participantes de razões públicas²⁴³.

No Iluminismo, John Locke cuidou do assunto em seu Segundo Tratado sobre o Governo Civil, de 1689, no qual ele enfatiza a importância de um governo por meio de *leis publicamente estabelecidas e conhecidas pelo povo*, as quais ele contrasta com *decretos arbitrários e extemporâneos*²⁴⁴. Montesquieu, por sua vez, previu uma engenharia para submeter o *governante*: a Separação de Poderes. Nesse sistema, o braço Executivo do Estado para poder agir, precisaria antes conseguir que o Legislativo, independente dele, criasse o quadro legal

²³⁷ RYAN, Alan. **On Politics: a history of political thought from Herodotus to the present – Book One**. New York: Liveright Publishing Corporation, 2012, p. 120-136. POLÍBIO. **The Complete Histories of Polybius**. Tradução de W. R. Paton. Overland Park: Digireads, 2014. *Book VI. E-book* (não paginado). Cícero. **The Laws**. Cambridge: Harvard University Press, 1928, p. 383-387.

²³⁸ TAMANAHA, Brian Z. **On The Rule of Law – History, Politics, Theory**. Cambridge University Press: New York, 2009, p. 11-12. Cícero. **The Laws**. Cambridge: Harvard University Press, 1928, p. 459-463.

²³⁹ Cícero. **The Laws**. Cambridge: Harvard University Press, 1928, p. 463-471.

²⁴⁰ “(...) *the Magna Carta also epitomized a third Medieval root of the rule of law, the effort of nobles to use law to restrain kings*”. TAMANAHA, Brian Z. **On The Rule of Law – History, Politics, Theory**. Cambridge University Press: New York, 2009, p. 25.

²⁴¹ DAVIS, G. R. C. *English translation of Magna Carta*. In: **British Library**, Londres, 2014. Disponível em: <<https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>>.

²⁴² FRANCK, Matthew J. *What Happened to the Due Process Clause in the Dred Scott Case? The Continuing Confusion over “Substance” versus “Process”*. **American Political Thought**, vol. 4, nº 1, 2015, p. 120-148. Disponível em: <<https://doi.org/10.1086/679325>>, p. 125.

²⁴³ FINNIS, John. Natural Law Theories. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (revisão de novembro de 2015), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>>.

²⁴⁴ LOCKE, John. **Concerning Civil Government, Second Essay**. 2ª ed. Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 1991, p. 56-57, §§ 136 e 137.

autorizativo²⁴⁵. A Revolução Americana, por sua vez, enquadrou o próprio legislativo com a criação de uma Constituição suprema, escrita e rígida²⁴⁶.

No final do século XIX, Albert Venn Dicey cunhou o termo *Rule of Law*²⁴⁷, indicando que ele apontava um direito efetivo²⁴⁸, com garantias processuais respeitadas²⁴⁹, onde vigora a igualdade perante as leis e os tribunais²⁵⁰, e no qual o direito é composto por princípios (no caso concreto dele, os da *Common Law*) aos quais as regras positivadas são integradas, respeitando-se a ideia de direito como integridade e a consistência do sistema²⁵¹.

Com isso, chega-se ao quadro atual, em que pensadores contemporâneos sistematizaram essas lições, indicando, basicamente, que o princípio do Estado de Direito exige que a legislação – visando tratar as pessoas como iguais e livres, bem

²⁴⁵ “When the legislative and executive powers are united in the same person, or in the same body of magistrates, there can be no liberty; because apprehensions may arise, lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in a tyrannical manner. Again, there is no liberty if the judiciary power be not separated from the legislative and executive. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary controul; for the judge would be then the legislator. Were it joined to the executive power, the judge might behave with violence and oppression. There would be an end of every thing, were the same man, or the same body, whether of the nobles or of the people, to exercise those three powers, that of enacting laws, that of executing the public resolutions, and of trying the causes of individuals. (...) But though the tribunals ought not to be fixed, the judgments ought; and to such a degree as to be ever conformable to the letter of the law. Were they to be the private opinion of the judge, people would then live in society, without exactly knowing the nature of their obligations.” MONTESQUIEU. *The Spirit of Laws*. 2ª ed. Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 1991, p. 70 (livro XI, capítulo 6).

²⁴⁶ TAMANAHA, Brian Z. *On The Rule of Law – History, Politics, Theory*. Cambridge University Press: New York, 2009, p. 54-56.

²⁴⁷ BINGHAM, Tom. *The Rule of Law*. London: Penguin Books, 2011, p. 3.

²⁴⁸ DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of The Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 2014. *E-book* (não paginado). SANTORO, Emílio. *Rule of Law e "Liberdade dos Ingleses": A interpretação de Albet Venn Dicey*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito: História, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 222-227

²⁴⁹ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito: História, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 145. ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito: História, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 17. SANTORO, Emílio. *Rule of Law e "Liberdade dos Ingleses": A interpretação de Albet Venn Dicey*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito: História, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 219. Item 3.4 em WALDRON, Jeremy, "The Rule of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edição de outono de 2016), Edward N. Zalta (ed.), disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>>.

²⁵⁰ Item 3.4 em WALDRON, Jeremy. The Rule of Law. In: Edward N. Zalta (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, out. 2016. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>>. COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito: História, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 145. SANTORO, Emílio. *Rule of Law e "Liberdade dos Ingleses": A interpretação de Albet Venn Dicey*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito: História, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 219-222.

²⁵¹ ALLAN, T. R. S. Dworkin and Dicey: The Rule of Law as Integrity. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 8, nº 2, p. 266-277.

como impor tratamento de respeito recíproco entre governantes e governados – respeito determinadas exigências *formais, procedimentais e institucionais*²⁵². As exigências formais foram bem sumarizadas por Lon Fuller, no seu clássico *The Morality of Law*²⁵³, enquanto os requisitos procedimentais foram trabalhados por Waldron em artigo posterior, intitulado *The Rule of Law and the Importance of Procedure*²⁵⁴. As demandas institucionais do Império da Lei são as que padecem de menor teorização e sistematização na doutrina. Contudo, foram trabalhadas por Joseph Raz, em seu seminal artigo *The Rule of Law and its Virtue*²⁵⁵, bem como por András Sajó e Renáta Uitz²⁵⁶ em sua obra sobre o constitucionalismo. Passe-se ao aprofundamento de cada um desses pontos.

Em *The Morality of Law*, por meio do curto conto ficcional do Rei Rex, o autor descreve os esforços de um monarca para produzir um sistema jurídico capaz de governar cidadãos livres, e vai apontando oito maneiras por meio das quais ele pode falhar a tal ponto que sequer se poderia dizer que haveria um regime jurídico

²⁵² Vide o capítulo 8 em: SAJÓ, András; UITZ, Renata. **The Constitution of Freedom: an Introduction to Legal Constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2017. Consigne-se que parcela dos teóricos do Estado de Direito indicam também exigências *substanciais*. São as chamadas correntes *substancialistas*. Para Lord Bingham, por exemplo, o Estado de Direito impõe um particular respeito aos direitos humanos básicos (BINGHAM, Tom. **The Rule of Law**. London: Penguin Books, 2011). Outras correntes substancialistas, de viés liberal, afirmam que o Império da Lei exigiria o respeito à propriedade privada (CASS, Robert. Property Rights Systems and the Rule of Law. In: E. Colombatto (ed.). **The Elgar Companion to the Economics of Property Right**, Oxford: Edward Elgar Publications, 2004, pp. 131–63.) ou uma forte proteção à liberdade individual. Sobre a classificação das perspectivas acerca do *Rule of Law* entre *substancialistas* e *procedimentalistas*, vide: CRAIG, Paul. Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework. In: BELLAMY, Richard (ed.). **Rule of Law and the Separation of Powers**. Nova Iorque: Routledge, 2017. O presente trabalho, todavia, filia-se às correntes formalistas. Concordamos com Brian Tamanaha (TAMANAHA, Brian Z. **On The Rule of Law – History, Politics, Theory**. Cambridge University Press: New York, 2009), Jeremy Waldron (WALDRON, Jeremy. The Rule of Law. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, outono de 2016. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>>), Joseph Raz (RAZ, Joseph. **The Authority of Law – Essays on Law and Morality**. 2ª edição. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009, p. 219 e ss.), entre outros, quando afirmam, primeiramente, que as correntes substancialistas acabam por tornar o *Rule of Law* uma panaceia, na qual todas as perfeições do direito estariam inseridas. Em segundo lugar, que a indicação de elementos substanciais, além da ausência de consenso mínimo acerca de quais seriam eles, acaba por deteriorar a precisão analítica e, portanto, possivelmente a utilidade do conceito.

²⁵³ Ratificando o rol de Lon Fuller, que se tornou canônico, vide: RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999; FINNIS, John. **Natural Law & Natural Rights**. 2ª Edição. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 270-271.

²⁵⁴ WALDRON, Jeremy, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*. **NYU School of Law, Public Law Research Paper** n.º. 10-73, Out. 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1688491>.

²⁵⁵ RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 210 e ss.

²⁵⁶ SAJÓ, András; UITZ, Renata. **The Constitution of Freedom: an Introduction to Legal Constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 313 e ss.

sobre o governo da respectiva nação²⁵⁷. *A contrario sensu* dessas falhas, Fuller expõe as perfeições mínimas que um sistema jurídico deve obedecer. São sete as exigências formais. As leis deveriam ser: a) gerais; b) promulgadas (públicas); c) prospectivas; d) claras; e) coerentes (não contraditórias); f) factíveis (não exigir o impossível); e, g) relativamente constantes no tempo.²⁵⁸ Várias dessas exigências apareceram, em alguma medida, em autores anteriores. Mas com Fuller a descrição ganha muito em clareza e precisão em comparação com os teóricos que o precederam.

Além de indicar esses requisitos como “princípios de legalidade”, Fuller também os descreve como uma espécie de *moralidade*: uma moralidade *intrínseca* do direito (*inner morality of law*). Ele explica que o direito possui a finalidade de proporcionar o gozo de determinados *bens jurídicos*. Esses bens são *externos* à legislação. Comporiam uma *moralidade extrínseca*: respeitar os direitos humanos básicos, proporcionar justiça social, assegurar paz e prosperidade *etc.* Ao lado dela, no entanto, há uma moralidade intrínseca e também importante. Esses princípios da legalidade configurariam propriamente uma *moralidade*²⁵⁹, visto que não se esgotam na formalidade exigida. Pelo contrário, têm impactos efetivos *no modo de governo*. De fato, para Fuller, a obediência aos princípios da legalidade: i) pressupõe a visão antropológica dos seres humanos como dotados de dignidade, por serem livres e, portanto, capazes de se conformarem ao direito ou serem responsabilizados pelo comportamento contrário; ii) impõe um padrão de tratamento recíproco entre governantes e governados; e iii) torna menos provável a adoção de regimes tirânicos, pois exigiria a sua adoção explícita e clara, ficando mais vulneráveis à crítica²⁶⁰. O autor reconhece que esses princípios, na prática, não podem ser absolutos. Porém, exige-se esforço por cumpri-los na maior medida possível.

Contudo, Fuller reconhece que regras formais não bastam, visto que não se aplicam a si próprias. Por isso, ele aponta um oitavo requisito, o qual ele chama de

²⁵⁷ FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1969, p. 33-41.

²⁵⁸ Nesse sentido, vide: FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1969, p. 46-81. FINNIS, John. *Natural Law & Natural Rights*. 2ª Edição. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 270.

²⁵⁹MURPHY, Colleen. Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law. *Law and Philosophy*, nº vol. 24, nº 3, 2005, p. 239-262. WALDRON, Jeremy. Positivism and Legality: Hart's Equivocal Response to Fuller. *New York University Law Review*, vol. 83, nº 4, p. 1135-1169, ago.2008.

²⁶⁰ FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1969, p. 153-167.

congruência entre o *previsto* na legislação e o efetivamente *aplicado* pelas instituições jurídicas²⁶¹. Agora: quais as exigências para se dar efetividade a esse princípio? O que seria necessário para que o previsto se convertesse, ao menos na maioria dos casos, no que é aplicado? Trata-se de uma questão complexa.

Basicamente, para aumentar a probabilidade de que isso ocorra, uma série de exigências tem de ser impostas sobre as *instituições* que aplicam o direito, sejam elas exigências processuais, por exemplo, a pessoa tem de poder ser ouvida, tendo a chance de demonstrar sua versão sobre o que se passou no plano dos fatos; sejam de característica institucional propriamente dita, como o fato de os membros da instituição serem independentes e imparciais em relação aos contendores. Até mesmo a técnica hermenêutica impacta no sucesso em realizar esse oitavo princípio da legalidade, pois se as instituições puderem dizer que *qualquer regra* afirma *qualquer coisa*, não haverá padrão de congruência. O modo de interpretação, assim, para atender a esse requisito, deve manter, em medida razoável, a *integridade* do direito, tornando sua aplicação capaz de ser avaliada e criticada segundo um padrão compartilhado entre governantes e governados. Conforme diz Lon Fuller²⁶²:

O elemento mais sutil na tarefa de manter a congruência entre a lei e a ação oficial reside no problema da interpretação. A legalidade exige que os juízes e outros funcionários apliquem a lei, ***não de acordo com sua fantasia*** ou com uma literalidade intrincada, mas de acordo com princípios de interpretação adequados e atentos a toda a ordem legal. (grifos nossos)

Como se vê, esse princípio acaba por ser a semente de vários outros. Ele sumariza um bloco denso de requisitos. Todavia, restou tratado de modo muito breve na obra de Fuller, ficando como um ponto nitidamente subteorizado. Essa aparente lacuna deixou aberta a possibilidade para que autores posteriores desenvolvessem as exigências *institucionais* e *processuais* que o requisito da *congruência* impõe para

²⁶¹ FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1969, p. 81-91.

²⁶² No original: "The most subtle element in the task of maintaining congruence between law and official action lies, of course, in the problem of interpretation. Legality requires that judges and other officials apply statutory law, not according to their fancy or with crabbed literalness, but in accordance with principles of interpretation that are appropriate to their position in the whole legal order." FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1969, p. 82.

observância do *Rule of Law*. Pode-se dizer que foi basicamente o que fizeram Joseph Raz e Jeremy Waldron²⁶³.

Quanto aos requisitos procedimentais, Joseph Raz chegou a mencionar em seu trabalho que o *Rule of Law* determina que “os *princípios da justiça natural* devem ser observados”²⁶⁴. O termo “justiça natural”, na tradição da *common law*, é comumente ligado aos pressupostos do “devido processo legal”²⁶⁵. Vale, ainda, lembrar que a conexão entre *Estado de Direito* e *Due Process of Law* já aparecia de maneira expressa em autores e documentos anteriores que foram relevantes para a construção paulatina da ideia do Império da Lei, como Cícero²⁶⁶, a Magna Carta²⁶⁷ e Albert Venn Dicey²⁶⁸. Jeremy Waldron, em seu importante texto *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, deu forma mais sistemática aos direitos processuais específicos exigidos pela “justiça natural” e, portanto, pelo Estado de Direito:

- A. **audiência perante um tribunal imparcial** do qual se exige que atue com base em evidências e argumentos apresentados formalmente, e **com fundamento em normas que regem a imposição de qualquer forma de sanção**;
- B. órgãos judiciais legalmente treinados e independentes de outras agências do governo;
- C. representação por advogado, além de tempo e oportunidades suficientes para preparação de sua defesa;
- D. direito de estar presente em todas as etapas relevantes do processo;
- E. direito de confrontar testemunhas;
- F. vedação ao uso de provas ilícitas;
- G. direito de apresentar evidências;

²⁶³ WALDRON, Jeremy, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*. NYU School of Law, Public Law Research Paper n.º 10-73, Out. 2010, p. 16.

²⁶⁴RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 217.

²⁶⁵ Vide nesse sentido: JACKSON, Paul. *Natural Justice*. 2ª edição. Londres: Sweet & Maxwell Ltd., 1979. Ainda, em SAJÓ, András; UITZ, Renata. *The Constitution of Freedom: an Introduction to Legal Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 316: “(...) *procedural fairness* is at the core of the rule of law. (...) Common law judges have called this ‘natural justice’” (grifos no original).

²⁶⁶CÍCERO. *The Laws*. Cambridge: Harvard University Press, 1928, p. 463-471.

²⁶⁷ FRANCK, Matthew J. What Happened to the Due Process Clause in the Dred Scott Case? The Continuing Confusion over “Substance” versus “Process”. *American Political Thought*, vol. 4, n.º 1, 2015, p. 125.

²⁶⁸ Nesse sentido: DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of The Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 2014. *E-book*, p. 110. SANTORO, Emílio. *Rule of Law* e “Liberdade dos Ingleses”: A interpretação de Albet Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de Direito: História, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 219. Item 3.4 em WALDRON, Jeremy. *The Rule of Law*. In: Edward N. Zalta (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, out. 2016. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>>.

- H. direito de argumentar legalmente sobre as evidências e sobre o cumprimento das várias normas legais relevantes para o caso;
- I. ***direito a uma decisão fundamentada do tribunal***, que responda às evidências e argumentos apresentados; e
- J. alguma forma de apelo a um tribunal superior de caráter semelhante. (grifos nossos)²⁶⁹

No tocante às demandas *institucionais* do Império da Lei, foram trabalhadas por Joseph Raz²⁷⁰ e mais tarde por András Sajó e Renata Uitz²⁷¹. De todo modo, apesar de sua relevância, o que se percebe – como já alertado acima – é que são as que padecem de menor organicidade e sistematização. Porém, compilando as lições dos autores mencionados, pode-se concluir que, no Estado de Direito, as instituições precisam ser:

a) *Independentes e imparciais*²⁷² em relação aos destinatários da norma: do contrário, haveria forte risco de violação ao pilar da igualdade perante a lei;

b) *Céleres e Efetivas*²⁷³: pois, como visto acima, o Estado de Direito não se limita ao desenho abstrato do sistema legal, mas exige que ele tenha elevados níveis de eficácia social, configurando uma ordem social realmente governada pelo direito e não apenas que possua um regime legal abstratamente previsto. Ocorre que um sistema inefetivo, mesmo que por morosidade, corre grande risco de se tornar letra morta;

²⁶⁹ No original: "A. a hearing by an impartial tribunal that is required to act on the basis of evidence and argument presented formally before it in relation to legal norms that govern the imposition of penalty, stigma, loss etc.; B. a legally-trained judicial officer, whose independence of other agencies of government is assured; C. a right to representation by counsel and to the time and opportunity required to prepare a case; D. a right to be present at all critical stages of the proceeding; E. a right to confront witnesses against the detainee; F. a right to an assurance that the evidence presented by the government has been gathered in a properly supervised way; G. a right to present evidence in one's own behalf; H. a right to make legal argument about the bearing of the evidence and about the bearing of the various legal norms relevant to the case; I. a right to hear reasons from the tribunal when it reaches its decision, which are responsive to the evidence and arguments presented before it; and J. some right of appeal to a higher tribunal of a similar character." WALDRON, Jeremy, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*. **NYU School of Law, Public Law Research Paper** n.º. 10-73, Out. 2010, p. 4.

²⁷⁰RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 216-218.

²⁷¹SAJÓ, András; UITZ, Renata. **The Constitution of Freedom: an Introduction to Legal Constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 313 e ss.

²⁷²RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 216-218. SAJÓ, András; UITZ, Renata. **The Constitution of Freedom: an Introduction to Legal Constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 313 e 319.

²⁷³SAJÓ, András; UITZ, Renata. **The Constitution of Freedom: an Introduction to Legal Constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 316.

c) *Acessíveis*²⁷⁴: porquanto uma ordem sem instituições de *enforcement* ou com instituições que só alcançam parcelas restritas da população, acabaria por violar a *efetividade* e/ou a *igualdade* no plano dos fatos; e

d) *Responsivas*²⁷⁵: visto que a igualdade imposta pelo Estado de Direito não é apenas entre os governados, mas também uma forma de *reciprocidade* em relação aos órgãos oficiais, impondo que todos estejam constrictos pelo regime legal e possam ser responsabilizados por violações a ele.

Cabe agora responder como o ativismo judicial pode enfraquecer esses princípios. E são várias as formas. Inicialmente, a prática do ativismo judicial, isto é, a substituição via decisão judicial da norma estabelecida por quem de direito, abre maior margem para decisões episódicas e casuístas, não ancoradas em regras gerais do ordenamento, violando o pilar da igualdade perante a lei e os tribunais. Tratando especificamente do neoconstitucionalismo, Jorge Galvão afirma que ele deságua num “*pragmatismo jurídico*, em que as normas jurídicas mencionadas na fundamentação da decisão ao invés de restringir o juízo cognitivo, servem apenas de argumento retórico para legitimar a escolha que o intérprete entende produzir as melhores consequências”²⁷⁶.

Por consequência, isso faz com que um litígio possa ser julgado por normas não anteriormente *promulgadas*, o que por sua vez tem o efeito de *alterar a regra jurídica* no momento da decisão, porém aplicando-a ao comportamento anterior das partes, de forma retroativa, violando a *prospectividade*. Esse conjunto de fenômenos redundam em insegurança e decisões contraditórias, sem razões jurídicas transparentes e claras, enfraquecendo as exigências de certeza e coerência do sistema jurídico, bem como sua relativa constância no tempo, pois a “segurança jurídica presume que haja normas (acessíveis) vigorando e que elas serão aplicáveis em todos os casos quando e onde a norma incidir. Preservar a consistência (integridade) do sistema legal e sua congruência é uma consideração chave para o Estado de Direito.”²⁷⁷

²⁷⁴RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 217-218.

²⁷⁵FINNIS, John. **Natural Law & Natural Rights**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, p. 270-271.

²⁷⁶GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese (Doutorado em Direito). USP, São Paulo, 2012, p. 26.

²⁷⁷SAJÓ, Andrés; UITZ, Renata. **The Constitution of Freedom: an Introduction to Legal Constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 310.

Frise-se que uma das exigências procedimentais do *Rule of Law* é um julgamento “*com fundamento em normas que regem a imposição de qualquer forma de sanção*”, bem com o “direito a uma decisão fundamentada”. Ora, num Estado de Direito, para ser tida como *fundamentada*, uma decisão não pode contar com fundamento de qualquer ordem, mas de ordem *jurídica*. A decisão tem de estar devidamente fundada no direito, porquanto “o Império da Lei não é o mesmo que o império do que decidem as cortes, pouco importando o que diga a legislação” (R on the application of Evans v. Attorney-General, 2015, AC 1787) (p. 29)²⁷⁸. O ativismo, no entanto, permite que considerações de outras ordens, moral, econômica ou preferência político-ideológica superem as razões jurídicas.

Aqui entraria a questão dos padrões hermenêuticos de interpretação, cujo debate profundo foge ao escopo do trabalho. Contudo, cabe ressaltar a importância do mecanismo hermenêutico para salvaguarda do *Rule of Law*, como já ressaltava Fuller. De fato, conforme lição imemorial do Bispo Hoadly’s, em sermão proferido em 1717: “quem quer que tenha uma autoridade absoluta para interpretar qualquer lei escrita ou oral será o verdadeiro legislador para todos os fins e propósitos”. No mesmo sentido, Marcelo Continentino registra que o historiador Michael Stolleis apontou em seus estudos

que a história institucional e do poder desde a Idade Média, caracteriza-se por uma disputa em torno do exercício da função da *interpretatio*, porquanto ela é de capital importância no processo legislativo ao possibilitar pôr-se abaixo todo o esforço concentrado resultante da edição da lei; ou seja, por meio de simples interpretação pode-se abandonar as leis criadas e criar-se novas relações de poder.²⁷⁹

Quanto a esse ponto, embora o Estado de Direito não imponha um determinado método concreto ou técnica específica de interpretação, suas exigências implicam em que o intérprete mantenha-se atento à *integridade da ordem jurídica*²⁸⁰. O modo hermenêutico tem de ser suficientemente previsível e estável, de

²⁷⁸SUMPTION, Jonathan. **Trials of the State: Law and the Decline of Politics**. Londres: Profile Books, 2019, p. 29.

²⁷⁹STOLLEIS, Michael. **Stato e ragioni di stato nella prima età moderna**. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 134-164, *apud* CONTINENTINO, Marcelo. Elementos para uma compreensão histórica do controle de constitucionalidade no Brasil (1891 e 1965). **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, vol. 20, n.º 120, fev./maio2018, p. 103.

²⁸⁰ALLAN, T. R. S. Dworkin and Dicey: The Rule of Law as Integrity. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 8, n.º 2, 1988, p. 266-277. MACCORMICK, Neil. *Jurisprudence and the Constitution*.

modo a permitir que ele ocorra segundo um parâmetro comum razoavelmente compartilhado entre legisladores e aplicadores do direito, bem como pelos destinatários da norma. Sem isso, a ideia de fundo do Império da Lei, que busca estabelecer um governo segundo um padrão comum e prospectivo, permitindo a conduta livre e responsável dos cidadãos, fica gravemente esvaziada.

Não só. A técnica interpretativa tem de ser razoavelmente deferente aos resultados das deliberações dos órgãos investidos de autoridade. Em verdade, a finalidade da legislação, enquanto instrumento do Estado de Direito, é estabelecer decisões que gozem de autoridade²⁸¹. A finalidade de um sistema jurídico segundo os princípios da legalidade é exatamente conseguir concretizar em decisões dotadas de autoridade questões que não podem ser resolvidas simplesmente por *dedução*, estabelecendo uma resolução clara, prospectiva, coerente e impessoal. Isto é, a razão prática de se possuir um direito positivado – um sistema legal – é exatamente que ele, gozando de autoridade, confira maior estabilidade e imponha um padrão de tratamento comum aos membros da comunidade em geral. Isoladamente, os princípios da moralidade, as prescrições da ciência política, e também os princípios constitucionais mais abstratos não são capazes de estabelecer um marco jurídico sobre como se deve agir e quais serão as consequências dos comportamentos. A divergência acerca de como concretizar esses comandos etéreos impede que eles tragam suficiente previsibilidade e igualdade de tratamento. Em consequência, por si sós, são incapazes de coordenar a convivência em sociedade. Um agrupamento humano guiado apenas por aqueles *standards* se pareceria muito mais com uma comunidade vivendo sob um regime de pura discricionariedade dos aplicadores das normas do que sob um Estado de Direito. Por isso, a ordem jurídica lança mão da técnica de criar *atos* positivados que sejam capazes de funcionar como *fontes do direito*²⁸². Esses fatos não esgotam o direito. Contudo, o reconhecimento de sua autoridade é essencial para que o sistema legal cumpra o seu papel de fortalecer o

Current Legal Problems, Vol. 36, Issue 1, 1983, Pages 13–30. GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese (Doutorado em Direito). USP, São Paulo, 2012, p. 22 e 113.

²⁸¹Vide o capítulo 1 de: RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 39-45; 59. Ainda: RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation**. p. 216-219; 392. GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese (Doutorado em Direito). USP, São Paulo, 2012, p. 17-19.

²⁸²FINNIS, John. What is the Philosophy of Law? **American Journal of Jurisprudence**, vol. 59, nº 2, p. 136-137.

Rule of Law. Do contrário, caso a legislação seja facilmente superada a todo momento pelo Poder Judiciário, desfaz-se o governo das leis e volta-se ao governo dos homens (no caso, dos juízes), uma vez que as decisões voltariam a ser em um número excessivo de casos: obscuras (quando de sua conduta as pessoas não saberiam como seriam julgadas)²⁸³, retrospectivas e passíveis de decisões contraditórias entre órgãos judiciais distintos por envolver ponderação entre bens incomensuráveis e irreduzíveis²⁸⁴.

Frise-se ainda quanto à autoridade da legislação que ela pressupõe reconhecer a autoridade de seus limites semânticos. Isso porque o resultado da atividade legislativa consiste na produção de *normas* jurídicas, as quais são comunicadas por meio de textos legais. Reconhece-se que a relação entre o *texto* legal e o seu *conteúdo normativo* é complexa. Sabe-se que o segundo não se esgota no primeiro. Contudo, a relação existe. O texto compõe a realidade normativa²⁸⁵. De fato, “o *elemento textual* integra o *programa normativo*, ou seja, ele é um *elemento estruturante da norma*, que baliza os possíveis resultados interpretativos”²⁸⁶. Por conseguinte, a mudança do texto é o *meio* pelo qual o legislador altera o próprio *direito*. A alteração textual, lida em seu contexto, implica e carrega consigo a introdução de *novas prescrições* que visam guiar e coordenar a conduta em sociedade²⁸⁷. São *regras de ação* para os atores sociais e os agentes do Estado²⁸⁸, inclusive os juízes, os quais também estão submetidos ao Estado de Direito. Como bem pontua Georges Abboud, é importante “mudarmos a mentalidade

²⁸³ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Editora RT, 2020, p. 1397.

²⁸⁴Tratando das teses do Neoconstitucionalismo, afirma Jorge Galvão: “(...) levadas ao extremo, essas teses aniquilam a ideia de Estado de Direito. Se a constitucionalidade das normas for constantemente questionada pelos intérpretes – utilizando-se princípios como parâmetro e ponderação como técnica – elas perderão sua capacidade de guiar as condutas dos indivíduos, além de dar ensejo a uma atuação mais subjetiva por parte dos agentes públicos. Explica-se: ao se constatar que os princípios constitucionais irradiam por todo o ordenamento jurídico, torna-se possível argumentar, em qualquer caso, por mais ordinário que seja, a favor do resultado que se considera o mais correto, uma vez que o texto fundamental alberga uma infinidade de valores contraditórios em sua essência.” (GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese [Doutorado em Direito]. USP, São Paulo, 2012, p. 25)

²⁸⁵MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**: Introdução à teoria e metódica estruturantes. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 149-150.

²⁸⁶ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Editora RT, 2020, p. 1419, sem grifos no original.

²⁸⁷EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 12.

²⁸⁸EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 126 e 132.

jurídica dominante para estabelecermos como premissa inquestionável que ninguém, nem mesmo um juiz, tem o direito de ignorar os textos legais”²⁸⁹. Daí por que a preservação dos *limites semânticos* das normas legais é fundamental para a preservação da autoridade deliberativa dos órgãos representativos²⁹⁰. Violar tais limites, sem razões constitucionais sólidas, é violar a decisão instituída pelos métodos autoritativos criados pelo regime constitucional-democrático e, com isso, enfraquecer o Estado de Direito.

Por outro lado, o ativismo judicial, ao gerar a banalização da inobservância das leis e sua relativização em face de princípios abertos, mediante métodos que permitem voluntarismos judiciais, além de fragilizar a segurança jurídica, acaba também por possibilitar uma quebra do princípio da imparcialidade. Como bem aduz John Finnis²⁹¹:

No decorrer de um processo legal, muito depende do princípio - um princípio de *fairness* - de que os litigantes (e outros envolvidos no processo) devem ser tratados pelos juízes (ou outros agentes com poder de decisão) de forma imparcial, no sentido de que, tanto quanto possível, serão tratados por cada juiz como seriam tratados por qualquer outro magistrado. É isso acima de tudo, creio eu, que leva a lei a instituir uma técnica jurídica de estabelecer e seguir um conjunto de normas positivas identificáveis, tanto quanto possível, simplesmente por suas "fontes" (ou seja, pelo fato de sua promulgação ou outro evento constitutivo), aplicando-as tanto quanto possível de acordo com seu significado público estipulado, ele próprio elucidado com o mínimo de apelo possível a considerações que, por não serem controladas por fatos sobre as fontes (eventos constitutivos), sejam inerentemente susceptíveis de serem decididas de maneira muito diferente por juízes diferentes.

Mais um ponto: como vimos, uma de suas principais diretivas do Estado de Direito é que ninguém está acima da lei, isto é, todas as pessoas e todas as

²⁸⁹ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Editora RT, 2020, p. 1383.

²⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua Importância na e para a Democracia. **Revista AJURIS**, set.2014, v. 41, n. 135.

²⁹¹No original: "In the working of legal process, much turns on the principle – a principle of fairness – that litigants (and others involved in the process) should be treated by judges (and others with power to decide) *impartially*, in the sense that they are as nearly as possible to be treated by each judge as they would be treated by every other judge. It is this above all, I believe, that drives the law towards the artificial, the *techné* rationality of laying down and following a set of positive norms identifiable as far as possible simply by their 'sources' (i.e by the fact of their enactment or other constitutive event) and applied só far as possible according to their publicity stipulated meaning, itself elucidated with as little as possible appeal to considerations which, because not controlled by facts about sources (constitutive events), are inherently likely to be appealed too differently by different judges." FINNIS, John. **Reason in Action**. Collected Essays: Volume 1. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 229.

autoridades atuam dentro de um quadro normativo. O ativismo judicial, no entanto, como consequência do que foi mencionado em relação à interpretação, acaba deixando as Supremas Cortes desprovidas de controle jurídico. Isso porque os limites de sua atuação estão estabelecidos na Constituição e nas leis. Todavia, se a Suprema Corte pode, por meio de uma “*interpretação*” ou “*ponderação*”, dizer que as fontes do direito afirmam o que quer que seja, os tribunais de cúpula acabam com o poder para esvaziar quaisquer limites que se lhes imponham. Jeremy Waldron chamou a atenção para esse fato: “tratar a autoridade judicial como o principal fundamento para o *enforcement* constitucional deixa a atuação do Poder Judiciário efetivamente sem qualquer controle acerca de sua constitucionalidade”²⁹².

Por derradeiro, cumpre esclarecer que o efeito da fragilização do *Rule of Law* não é apenas político, mas também econômico e social. Com efeito, estudo dos economistas Peter Boetke da George Mason University e Robert Subrick²⁹³, da Universidade James Madison, demonstra que a análise empírica indica uma forte correlação entre a consistência do Estado de Direito numa nação e os resultados observados em termos de desenvolvimento econômico e social.

Em arremate, o princípio do Estado de Direito requer a criação de um quadro jurídico apto a estabelecer um padrão de tratamento recíproco e apto a criar previsibilidade, coordenando a vida em sociedade. O ativismo judicial, ao contrário, deteriora a autoridade das regras do sistema legal, viabiliza que as consequências jurídicas dependam excessivamente da pessoa do julgador, e utiliza como método a alocação de autoridade em parâmetros normativos excessivamente abertos e abstratos e, portanto, incapazes de cumprir em igual medida as metas do *Rule of Law*. Como consequência, ele reduz o controle sobre o Poder Judiciário e permite sua atuação fora do quadro normativo previsto pelas normas gerais do sistema. Logo, é possível perceber que o fenômeno representa um fator de desgaste para esse importante elemento da engenharia constitucional.

Dito isso, passe-se ao último tópico do capítulo. Nele será analisado o impacto do ativismo sobre a Separação de Poderes.

²⁹²No original: “Treating judicial authority as the main basis for constitutional enforcement leaves the constitutionality of judicial power itself effectively unchecked.” WALDRON, Jeremy. *Constitutionalism: a skeptical view*. In: _____. **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2016. p. 42.

²⁹³BOETTKE, Peter J; SUBRICK, J. Robert. *Rule of Law, Development and Human Capabilities*. **Supreme Court Economic Review**. (2002): pp. 109-126.

3.4 Separação de poderes

O ponto deste último tópico é apontar como o ativismo judicial viola a separação de poderes. Para isso, inicialmente, explicaremos em que consiste esse princípio chave da estrutura constitucional. Após, buscaremos explicar qual o papel dos poderes políticos e do Poder Judiciário no tocante à concretização de princípios. Por fim, demonstraremos como o ativismo judicial rompe esse esquema.

Quanto ao conteúdo jurídico do princípio da separação de poderes, crê-se que o melhor modo de compreendê-lo é a partir da análise histórica de sua construção teórica, e das inúmeras nuances que os desenvolvimentos mais recentes e os sistemas constitucionais concretos impuseram à teoria. A *teoria pura* da separação de poderes possui, basicamente, três elementos: primeiramente, o reconhecimento de que há três funções desempenhadas pelo Estado, executiva, legislativa e judiciária; em segundo lugar, cada uma delas deveria ser atribuída a um distinto órgão dentro da estrutura estatal; por derradeiro, cada um desses órgãos teria de ser separado dos demais, com membros distintos²⁹⁴.

Esse arranjo possui, fundamentalmente, duas finalidades: uma *negativa* e outra *positiva*. O primeiro escopo, que pode ser qualificado como *negativo*, busca impedir a concentração excessiva de poder nas mãos de uma única pessoa ou grupo, reduzindo as chances de ações tirânicas e, conseqüentemente, protegendo a liberdade²⁹⁵. Essa perspectiva foi hegemônica, ao menos, a partir da preocupação iluminista contra o absolutismo. Como descreve Montesquieu: “a constante experiência mostra-nos que todo aquele investido em poder é propenso a dele abusar e levar sua autoridade até onde encontrar limites”²⁹⁶. No mesmo sentido foi a lição da James Madison, nos artigos Federalistas: “a acumulação de todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, seja a de um, a de poucos ou a de muitos, de forma autoinstituída ou eleita, pode ser justamente indicada como a própria definição de tirania”²⁹⁷. O segundo objetivo, de natureza mais *positiva*, visa a permitir que a distinção dos braços do Estado contribua para

²⁹⁴VILE, M.J.C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 15-19.

²⁹⁵BARENDT, Eric. Separation of Powers and Constitutional Government. **Public Law**, 599, 1995.

²⁹⁶MONTESQUIEU. The Spirit of Laws. In: ADLER, Mortimer. **Great Books of Western World**. Vol. 40. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1991, p. 69.

²⁹⁷MADISON, James. The Federalist – number 47. In: ADLER, Mortimer. **Great Books of Western World**. Vol. 40. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1991, p. 153.

um bom governo, viabilizando a *especialização* dos órgãos para as funções a que estão mais capacitados²⁹⁸, bem como a existência de múltiplos mecanismos de acesso e participação dos cidadãos, além de impor sucessivos passos para a criação de regras, o que favorece o processo de internalização e incorporação das normas ao ordenamento segundo a ideia de integridade e conforme as exigências do Estado de Direito²⁹⁹.

A história da separação de poderes tem origem remota. Na antiguidade, Aristóteles já vislumbrara uma separação *funcional* do Governo, indicando a existência das três funções: executiva, legislativa e judicial³⁰⁰. A ideia por trás dessa distinção, no entanto, não correspondia com precisão à separação atual³⁰¹. O debate sobre quais seriam as funções de governo seguiu durante a Idade Média e início da Idade Moderna, sendo importante perceber que a divisão tripartite não foi sempre hegemônica. Durante o período medieval e até o séc. XVII, os autores costumavam dividir as *tarefas* relativas à gestão da coisa pública com menor abstração, indicando listas mais amplas de atribuições mais concretas, como cunhar moeda, estabelecer relações internacionais ou proteger a segurança pública³⁰². Mesmo mais tarde quando as divisões mais abstratas dos *poderes* se consagrou, ela foi majoritariamente bipartite até o séc. XVIII, prevendo o executivo e o legislativo, sendo a função judicial apêndice à tarefa de execução das leis³⁰³. Ecos dessa divisão podem ser vistas no famoso esquema de John Locke³⁰⁴. Como se verá adiante, foi apenas por causa da influência da antiga concepção de *governo misto* que a tripartição foi consagrada na Inglaterra durante o séc. XVIII³⁰⁵, a partir de onde influenciou o resto do mundo, tornando-se hegemônica.

²⁹⁸Vide o item “The Point of the Separation of Powers”, no capítulo 3 de: BARBER, N. W. **The Principles of Constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

²⁹⁹WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. **Boston College Law Review**, vol. 54, Issue 2, 2013, p. 458.

³⁰⁰ARISTOTLE. Politics. Book IV, Ch. 14, 1297b-1298a. In: ADLER, Mortimer. **Great Books of the Western World**. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1991, p. 498.

³⁰¹VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 23-26.

³⁰²VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 28-33.

³⁰³VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 31-34.

³⁰⁴RATNAPALA, Suri. John Locke's Doctrine of the Separation of Powers: A Re-Evaluation. **The American Journal of Jurisprudence**, Vol. 38, Issue 1, 1993, p. 189–220.

³⁰⁵VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 34 e ss.

Embora essa divisão das *funções* tenha assento no mundo antigo, a ideia de que elas deveriam ser divididas em *órgãos* distintos (separação orgânica) se consagrou muito mais tarde. Essa foi uma percepção que surgiu em solo britânico no seio das disputas entre a coroa e os demais grupos sociais, em que estes últimos buscavam limitar aquele. Um dos expedientes que se vislumbrou para isso foi exatamente depositar parcelas das funções da soberania em outro órgão independente do Rei. Com a Guerra Civil, a Restauração e a Revolução Gloriosa, esse mecanismo se consagrou no sistema político da Grã-Bretanha³⁰⁶.

Agora, por que se firmou o paradigma de que os poderes teriam de ser três? Como dito acima, foi exatamente a influência da teoria do *governo misto* a responsável por esse desenvolvimento. De fato, em vários grandes momentos do pensamento político ocidental, foi bastante influente a ideia de *governo* ou *constituição mista*. Ela parte da classificação já presente na antiguidade de que os governos poderiam ser monárquicos (ou tirânicos, na sua forma deformada), se fossem de um só; aristocráticos (ou oligárquicos), se fossem de poucos; e, republicanos (ou democráticos, num sentido antigo), se fossem de muitos. A partir disso, na Grécia e na República Romana foi desenvolvida a teoria dos governos ou constituições mistas, segundo a qual a participação de cada um desses *três* elementos sociais no governo (o elemento monárquico, o aristocrático, e o popular) teria particulares virtudes em termos de promoção da estabilidade social e de eficiência governamental³⁰⁷. Essa ideia foi prestigiada também na Idade Média, na Renascença e no Iluminismo. Sua influência na Inglaterra levou à busca de um arranjo que contemplasse *três funções* para *três poderes* distintos, cada um representando um daqueles elementos sociais. No caso, o Rei representaria o elemento monárquico, sendo responsável pela função executiva; a Câmara dos Comuns representaria o elemento popular e teria, primordialmente, função legislativa; por fim, a função judiciária representaria o elemento aristocrático e, como

³⁰⁶VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 34-57.

³⁰⁷HAHM, David E. The Mixed Constitution in Greek Thought. In: BALOT, R. K. (ed.). **A Companion to Greek and Roman Political Thought**, Oxford: Blackwell Publishing, 2009. Sobre Roma, vide particularmente o tópico *Polybius on the Republican Constitution*, em: ATKINS, J. The Roman Constitution in Theory and Practice. In: **Roman Political Thought - Key Themes in Ancient History**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 11-36.

na época a ideia de um Judiciário independente ainda não estava plenamente desenvolvida, ele foi alocado, em última instância, na Câmara dos Lordes³⁰⁸.

Foi olhando para esse regime que o Barão de Montesquieu concebeu seu sistema de *tripartição de poderes*, consagrando para o mundo a fórmula tripartite. Ele não se limitou, todavia, a uma pura descrição sociológica da Constituição inglesa. Mas a partir dela, expôs sua própria teoria³⁰⁹. Com efeito, Montesquieu inicia o famoso Livro XI da obra “O Espírito das Leis” tratando do conceito de liberdade. Ele explica que a liberdade não pode consistir em se fazer o que se quiser, pois do contrário os demais também usufruiriam da mesma prerrogativa e a liberdade poderia ser autodestrutiva. Segundo ele, “a liberdade política (...) só pode ser encontrada onde não há abuso de poder”. A isso, acrescenta a premissa de que “todo aquele que detém poder e não encontra limites tende a dele abusar” e que “para prevenir esse abuso, é necessário pela própria natureza das coisas que o poder seja controlado pelo poder”³¹⁰. Esse trecho deixa clara a ligação que a separação de poderes possuía com a busca pela liberdade política e a prevenção contra a tirania.

A partir daí, o pensador iluminista diz haver uma constituição no mundo cujo escopo seria exatamente a liberdade política: a Constituição inglesa, a qual seria um “espelho da liberdade”³¹¹. Ao examiná-la, ele diz que “em todo governo há três espécies de poderes”, o legislativo, o executivo e o judiciário. O primeiro “institui leis temporárias ou permanentes”; o segundo trata das questões de política externa e da segurança; o terceiro “pune criminosos, ou decide disputas que surgem entre indivíduos”³¹². Nessa altura, Montesquieu traz duas lições importantes para o debate sobre o ativismo judicial: inicialmente, ele afirma que “num país livre”, em que “todo

³⁰⁸Vide o capítulo 3 em: VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

³⁰⁹“However, the problem is further complicated by the view that, in Book XI, Chapter 6, Montesquieu was creating an ideal type of a ‘constitution of liberty’, with England as its source, but that he was not *describing* the English Constitution as it actually existed” (grigos no original) (VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 93).

³¹⁰MONSTESQUIEU. **The Spirit of Laws**. In: ADLER, Mortimer. **Great Books of Western World**, vol. 35. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1991, p. 69.

³¹¹A expressão aparece em trecho de James Madison, no *Federalist Papers* n. 47, quando ele trata de Montesquieu: “The British Constitution was to Montesquieu what Homer has been to the didactic writers on epic poetry. (...) this great political critic appears to have viewed the Constitution of England as the standard, or to use his own expression, as the *mirror of political liberty*”. (In: ADLER, Mortimer. **Great Books of Western World**, vol. 40. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1991, p. 154)

³¹²MONSTESQUIEU. **The Spirit of Laws**. In: ADLER, Mortimer. **Great Books of Western World**, vol. 35. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1991, p. 69-70.

homem que é tido como um agente livre deve ser seu próprio governante; o poder legislativo deve residir em todo o povo”, devendo este exercê-lo por meio de seus representantes eleitos quando não for possível ou conveniente exercer tal prerrogativa diretamente³¹³. Em segundo lugar, arremata que “não haverá liberdade se o poder judiciário não estiver separado do legislativo e do executivo”³¹⁴. Uma das principais contribuições de Montesquieu foi exatamente sua ênfase em um Poder Judiciário separado do Poder Executivo e, por conseguinte, com maior autonomia do ponto de vista orgânico e funcional. Contudo, em sua atividade, o Judiciário deveria estar totalmente submetido à letra da lei³¹⁵.

Após Montesquieu, o grande capítulo da história da separação de poderes foi o surgimento do Constitucionalismo americano, especialmente com os *Federalist Papers*. Mas é importante notar que entre Montesquieu e os *Founding Fathers*, houve uma participação mais singela: a de William Blackstone. De fato, Madison, ao tratar da separação de poderes, chegou a registrar que “certamente, nenhuma verdade política possui maior valor intrínseco ou goza da marca de mais ilustrados patronos da liberdade”. E acrescenta que a seu tempo, “o oráculo que é sempre consultado e citado nesse assunto é o celebrado Montesquieu”³¹⁶. Todavia, “foi frequentemente por meio da visão de Blackstone que os colonos americanos viam a teoria de Montesquieu”³¹⁷. A peculiar novidade vinda da pena de Blackstone foi uma ênfase ainda maior na independência e importância das Cortes de Justiça³¹⁸, o que

³¹³“As in a country of liberty, every man who is supposed a free agent ought to be his own governor; the legislative power should reside in the whole body of the people. But since this is impossible in large states, and in small ones is subject to many inconveniences, it is fit the people should transact by their representatives what they cannot transact by themselves”. MONSTESQUIEU. **The Spirit of Laws**. In: ADLER, Mortimer. **Great Books of Western World**, vol. 35. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1991, p. 71.

³¹⁴“Again, there is no liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative and executive.” MONSTESQUIEU. **The Spirit of Laws**. In: ADLER, Mortimer. **Great Books of Western World**, vol. 35. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1991, p. 70.

³¹⁵VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 96-97, 105.

³¹⁶MADISON, James. *Federalist Papers*, n. 47. In: ADLER, Mortimer. **Great Books of Western World**, vol. 40. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1991, p. 153.

³¹⁷VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 112.

³¹⁸“(…) Blackstone wove the judicial power into something different from, and greater than, Montesquieu's conception of it, and different also from the ‘judicative power’ of his compatriots of the early eighteenth century. ‘In this distinct and separate existence of the judicial power in a peculiar body of men, nominated indeed, but not removable at pleasure by the Crown, consists one main preservative of the public liberty which cannot subsist long in any state unless the administration of common justice be in some degree separated both from the legislative and from the executive power.’ Thus was the basis laid for the position of the judicial power in the Constitution of the United States,

parece ter encontrado eco na Constituição americana, em que o Judiciário guarda um papel de maior preponderância em comparação com a Inglaterra.

Chegando, então, aos debates sobre a Constituição americana, é importante mencionar que eles ocorreram após a experiência de alguns estados com sistemas de separação de poderes chamados *puros*, em que cada um dos três órgãos desempenhava apenas suas funções típicas, sem qualquer capacidade de intervir nos demais, experiência essa que foi considerada malograda pelos pensadores mais influentes no esboço da Constituição³¹⁹. Por isso mesmo, ainda que Montesquieu já defendesse um sistema de controle entre os poderes legislativo e executivo³²⁰, foi exatamente no desenvolvimento e aprimoramento do sistema de *checks and balances* que pairou a principal contribuição americana para a teoria³²¹. Primeiramente, pela percepção de que as divisões de funções não são perfeitas e claras: “A experiência nos ensinou que nenhuma habilidade na ciência do governo foi ainda capaz de discriminar e definir, com suficiente certeza, suas três grandes províncias: legislativa, executiva e judiciária”, reconheceu Madison nos *Federalist Papers* n. 37³²². Ademais, Madison ressalta como a própria Constituição inglesa que serviu de paradigma para Montesquieu não dispunha um sistema puro e absoluto de separação, mas já continha mecanismos de controle entre os poderes, assim como também ocorria nas constituições dos Estados-membros da América³²³. Para

Blackstone was an essential link between Montesquieu and Chief justice Marshall, for although he did not advocate judicial review of legislation, the American view of the judiciary owes more to Blackstone than it does to Montesquieu.” VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2^a ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 114. Para uma visão mais ampla acerca da recepção de Montesquieu por Blackstone e os desenvolvimentos sobre a teoria daquele, vide: p. 112-116.

³¹⁹VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2^a ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. .

³²⁰VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2^a ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 102.

³²¹Vide o capítulo 6 em: VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2^a ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

³²²In: ADLER, Mortimer. **Great Books of Western World**, vol. 40. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1991, p. 119.

³²³“On the slightest view of the British Constitution, we must perceive that the legislative, executive, and judiciary departments are by no means totally separate and distinct from each other. The executive magistrate forms an integral part of the legislative authority. He alone has the prerogative of making treaties with foreign sovereigns, which, when made, have, under certain limitations, the force of legislative acts. All the members of the judiciary department are appointed by him, can be removed by him on the address of the two Houses of Parliament, and form, when he pleases to consult them, one of his constitutional councils. One branch of the legislative department forms also a great constitutional council to the executive chief, as, on another hand, it is the sole depository of judicial power in cases of impeachment, and is invested with the supreme appellate jurisdiction in all other cases. The judges, again, are so far connected with the legislative department as often to attend and participate in its deliberations, though not admitted to a legislative vote.” (MADISON, James.

Madison, isso representava uma prova de que alguma justaposição de funções é necessária para que a separação de poderes funcione adequadamente. Ou seja, a participação limitada na função dos demais poderes (*partial agency*) seria fundamental³²⁴. Contudo, ele defendia que, na maior medida possível, cada poder devia ter uma função própria e sofrer a menor interferência possível dos demais; porém, para que isso ocorresse, seria necessário que cada qual tivesse os meios para se defender dos ataques e tentativas de invasão dos demais poderes. Diz ele:

(...) a grande segurança contra uma concentração gradual dos vários poderes no mesmo departamento, consiste em dar àqueles que administram cada departamento os meios constitucionais e motivos pessoais necessários para resistir às usurpações dos outros. A provisão para defesa deve neste, como em todos os outros casos, ser proporcionada ao perigo do ataque. A ambição deve ser utilizada para neutralizar a ambição. (...) Pode ser uma reflexão sobre a natureza humana, que tais dispositivos sejam necessários para controlar os abusos do governo. Mas o que é o próprio governo, senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana? Se homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se os anjos governassem os homens, nem controles externos nem internos sobre o governo seriam necessários. Ao formular um governo que deve ser administrado por homens sobre os homens, a grande dificuldade reside nisto: você deve primeiro permitir que o governo controle os governados; e em seguida obrigá-lo a se controlar³²⁵.

Com isso estavam desenvolvidos os pilares da separação de poderes: divisão de funções e sua distribuição em órgãos independentes e desenhados de modo a que possam controlar-se entre si. Apesar de vastamente consagrada, nas últimas décadas, a separação de poderes tem sido alvo de duras reservas e

Federalist Papers, n. 47. In: ADLER, Mortimer. **Great Books of Western World**, vol. 40. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1991, p. 154). Ao longo do artigo 47, Madison faz referência às constituições estaduais.

³²⁴LAWSON, Garry. Article I. In: FORTE, David F.; SPALDING, Matthew. **The Heritage Guide to the Constitution**. New Jersey: Regnery Publishing, 2014, p. 56.

³²⁵No original: "the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others. The provision for defense must in this, as in all other cases, be made commensurate to the danger of attack. Ambition must be made to counteract ambition. (...) It may be a reflection on human nature, that such devices should be necessary to control the abuses of government. But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself." MADISON, James. Federalist Papers, n. 51. In: ADLER, Mortimer. **Great Books of Western World**, vol. 40. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1991, p. 163.

críticas³²⁶. Muitos recusam a classificação tripartite, outros alegam que a separação das funções não é suficientemente precisa e que os poderes seriam, na verdade, multifuncionais, além de que a finalidade desse arranjo não seria clara³²⁷.

As críticas são em grande medida procedentes e algumas delas já haviam sido reconhecidas acima. Realmente, fora da reminiscência histórica da teoria do governo misto, “a clássica trindade de poderes não é mágica, ou mesmo intelectualmente imperativa. (...) Alguém pode facilmente conceber um arranjo mais complexo”³²⁸. Há quem defenda que as agências reguladoras ocupam uma posição alheia ao esquema tripartite nos Estados Unidos³²⁹, o mesmo ocorrendo com o Ministério Público brasileiro³³⁰. Na América Latina, vários países consagraram uma divisão com mais de três poderes³³¹. Ademais, como bem reconhecia Madison, a divisão das funções entre os órgãos não é exata, assim como não é cartesiana a configuração do que é *legislar, julgar e administrar*.

Contudo, essas críticas não parecem esvaziar o princípio³³². Como bem pontua Georges Abboud, “a separação de poderes não é categoria vetusta a ser superada na atualidade. Pelo contrário, separação de poderes, com suas naturais nuances históricas e culturais, é conceito imprescindível para democracia”³³³. Até mesmo porque é um fato que esse princípio está consagrado no regime constitucional³³⁴. Se a divisão está estabelecida, ela tem de ter consequências. Além

³²⁶MAGIL, M. Elizabeth. Beyond Powers and Branches in Separation of Powers Law. **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 150, 2001, p. 603-660.

³²⁷KAVANAGH, Aileen. The Constitutional Separation of Powers. In: DYZENHAUS, David; THORBURN, Malcolm. **Philosophical Foundations of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 220-223.

³²⁸SAJÓ, András; UITZ, Renata. **The Constitution of Freedom: an Introduction to Legal Constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 131-132.

³²⁹STRAUSS, Peter L. The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch. **Columbia Law Review**, vol. 84, n. 3, April 1984.

³³⁰SANTOS, Igor Spock Silveira. O Ministério Público como “Quarto Poder”: relevância do reconhecimento para o sistema constitucional. **Publicum**, v. 2, n. 2, 2016.

³³¹VIEIRA, José Ribas. **Refundar o Estado: O Novo Constitucionalismo Latino-Americano**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

³³²Abordando a variedade de formas de concretização da Separação de Poderes no constitucionalismo comparado e indicando razões para manutenção do princípio (democracia, profissionalismo e proteção aos direitos fundamentais): ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**, Vol. 113, nº 3, Jan. 2000.

³³³ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 1358.

³³⁴No caso brasileiro, o reconhecimento desse princípio está pacificado, com fundamento no art. 2º da Constituição é expresso: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Apenas a título de exemplo, vide: ADI 5.468, rel. min. Luiz Fux, j. 30-6-2016; ADPF 485, rel. min. Roberto Barroso, j. 7-12-2020. Em uma perspectiva para além do Direito Constitucional do Brasil, após examinar o trabalho de Waldron e Ackerman, Georges

do mais, a separação de poderes, realmente, favorece valores relevantes para uma democracia constitucional submetida ao Estado de Direito: “sem a devida distinção da função legislativa, judicial e executiva não se estabelece ideal de boa governança, conseqüentemente, não se cria ambiente institucional para racionalização e controle do poder”³³⁵.

Como já dito, a separação de poderes impõe que as normas não sejam aplicadas de inopino. Antes de os órgãos de aplicação as manusearem, elas têm de ser concebidas, propostas, deliberadas e *instituídas* pelo processo legislativo independente, para só então poderem ser coercitivamente aplicadas³³⁶. Não só: o fato de um poder precisar do outro para agir requer persuasão e, portanto, reforça a comunicação interinstitucional, o que favorece a transparência, a publicidade e a justificação, viabilizando a crítica e a revisão dos atos públicos. A separação de poderes também favorece a *expertise*, em virtude da especialização. Ao cabo, esses fenômenos, considerados conjuntamente, favorecem a *accountability*, alcançando o clássico desejo de reduzir o risco de tirania³³⁷.

O que parece claro é que a separação de poderes não paira num mundo platônico das ideias. Pelo contrário, ela demanda escolhas que variam entre os vários regimes constitucionais. Não é uma mera questão definida por força *conceitual*, mas sim uma decisão política de desenho institucional, especificada concretamente no regime constitucional de cada ordenamento. Para o debate sobre o ativismo judicial, o ponto mais relevante é o da separação entre a função judicial e a função política desempenhada pelos poderes Legislativo e Executivo. Essa distinção que sempre foi problemática, levantando o permanente debate acerca de onde estaria a fronteira entre *legislar e interpretar*, tornou-se ainda mais problemática após a instituição do controle de constitucionalidade por Cortes de Justiça, o que ficava fora do paradigma de Montesquieu. E ainda mais complexa

Abboud conclui que “ambos concordam que a separação de poderes existe e tem natureza constitucional (ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 1358).

³³⁵ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 1358.

³³⁶WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. **Boston College Law Review**, vol. 54, Issue 2, p. 457-458.

³³⁷CAROLAN, Eoin. **Revitalising the social foundations of the separation of powers?** Disponível em: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/eioan_carolan_milan.pdf.

quando se saiu do modelo puramente kelseniano³³⁸, em que a Corte Constitucional se limitaria a tratar dos choques entre instituições, e ela passou a ter de analisar a compatibilidade da legislação com uma carta de direitos fundamentais³³⁹.

Nesse tocante, mesmo aceitando as críticas contemporâneas de ausência de corte cartesiano entre as tarefas de legislar e aplicar o direito, não se pode aceitar uma suposta identidade dos fenômenos, pois do contrário haveria um esvaziamento completo da separação de poderes nesse tocante. Ademais, os benefícios acima arrolados que esse princípio promove, inclusive no sentido de evitar a surpresa dos jurisdicionados, seriam perdidos. As pessoas poderiam ser julgadas por normas *criadas* no momento do julgamento³⁴⁰. Tomando isso em conta, fica a questão: qual o papel, então, da função político-legislativa e judicial na administração da justiça? O critério geral é que, enquanto o legislador cria novo direito geral e abstrato, a função judicial consiste na “resolução final de disputas entre partes, por meio da aplicação de *direito pré-existente* a fatos definidos”³⁴¹. A concretização desse critério geral, no entanto, nem sempre é tranquila.

³³⁸KELSEN, Hans. The nature and development of constitutional adjudication. In L. Vinx (Ed.). **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**. Cambridge Studies in Constitutional Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 22-78.

³³⁹“Kelsen thought the court’s political and legislative function should be limited to control of structural provisions in the constitution, for example, the division of powers between central and regional governments or between administrative and judicial bodies.⁸ He rejected the suggestion that a constitutional court should have the power to enforce abstract moral rights. He considered vague terms such as ‘liberty’, ‘freedom’, ‘equality’ and ‘justice’ to be an invocation of ‘natural law’,⁹ lacking in legal content and providing no determinate guidance to a judge. Thus, adopting a bill of rights would give a constitutional court an unacceptable amount of political power.” (**Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review**. Oxford: HART, 2018. ebook não paginado)

³⁴⁰Nesse sentido, vide: “**The court’s** judgment identifies and applies the legal commitments the community should be judged to *have made* to each of the parties now before the court, *by the time* they came into conflict with each other about the content or applicability of those commitments: **past**. **The legislature’s** responsibility is to make new or amended public commitments about private rights (and public powers) for **the future**. **The executive’s** is to carry out those commitments both as defined by the legislature and as adjudged enforceable by the courts, and, respectful of that constitutional and legal framework, to do what is here and now, in **the present**, required to protect the community’s common good so far as that depends on measures which can neither be provided for reasonably by legislation nor await or ever be reasonably submitted to adjudication. **Past, future, present.**” (FINNIS, John M. Judicial Power: Past, Present and Future. **Oxford Legal Studies Research Paper**, n. 2, 2016, p. 4, grifos nossos). Em sentido semelhante, vide Ronald Dworkin: “I shall argue that even when no settled rule disposes of the case, one party may nevertheless have a right to win. It remains the judge’s duty, even in hard cases, to discover what the rights of the parties are, nor to invent new rights retrospectively.” (**Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, p. 81).

³⁴¹“Many able judges, over more than 60 years, made intense efforts to say just what judicial power is. These efforts seemed to me to come down to two distinct but interlocked features: final resolution of disputes between parties -- by application of pre-existing law to defined facts.” (FINNIS, John M.

No tocante às *regras*, essa distinção é mais simples. Basicamente, compete ao legislativo criar as regras gerais e abstratas e ao Judiciário a função de aplicá-las a casos concretos. Classicamente, também sempre se permitiu que, em casos excepcionais, o Poder Judiciário efetuasse o que se convencionou chamar de *juízo por equidade (epikeia)*, excepcionando a regra diante das circunstâncias extraordinárias do caso concreto³⁴². Isso, contudo, não implica em *substituir* a vontade legislativa, visto que apenas afasta a regra episodicamente e em casos excepcionais. Em nosso direito, isso pode ser efetuado por meio da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto³⁴³.

O campo mais problemático fica sendo o da concretização dos princípios. Para verificar qual papel compete às instâncias políticas e ao judiciário nesse tocante, parece relevante compreender *qual a função* de normas com textura aberta, ou seja, é importante saber responder por que o legislador constitucional lança mão delas. Nesse ponto, crê-se correta a lição de Shauer, no sentido de que o uso de *standards* mais elásticos, em vez de regras fechadas, corresponde a uma técnica de *alocação de autoridade decisória*³⁴⁴. Utilizando um exemplo do legislador ordinário para ilustrar esse ponto, quando ele se vale de uma regra fechada, por exemplo, fixando um número certo de dias para recorrer, ele está alocando mais autoridade em si mesmo, deixando menor poder decisório para o juiz; pelo contrário, ao se utilizar de *standards* abertos, por exemplo, caso afirmasse que o prazo para recorrer deveria ser fixado de acordo com a complexidade da matéria, ele estaria transferindo maior poder decisório para o órgão responsável pela aplicação da norma.

Agora: e o legislador *constituente*, quando ele se utiliza de termos mais abertos, em quem ele está *alocando* autoridade? Ora, tendo em vista que princípios abertos demandam concretização e, portanto, escolhas entre alternativas legítimas, parece intuitivo que a resposta mais condizente com as razões expostas nos tópicos anteriores – preservação do espaço de deliberação política, defesa da igualdade

Judicial Power: Past, Present and Future. **Oxford Legal Studies Research Paper**, n. 2, 2016, p. 3, grifos nossos)

³⁴²Vide o item VI (*Equitable Interpretation*) do Capítulo IX em: EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012,

³⁴³STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 347.

³⁴⁴Vide o capítulo 10 em: **Thinking like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

política por meio do processo democrático, e proteção do *Rule of Law* – é que compete, primordial e primeiramente, ao legislador atuar para concretizar os princípios, definindo a legislação e as políticas públicas, dentro do espaço linguístico deixado aberto pelo constituinte. Compete, portanto, aos poderes políticos *deliberarem e escolherem* sobre como os princípios serão aplicados e concretizados, por meio da legislação e da atuação executiva. Conforme apontamos no item 2.3, reputa-se como um *equivoco de desenho institucional* alocar essa carga decisória diretamente no Judiciário. Crê-se, no entanto, que é o que acabam por fazer as teorias que dão azo ao que foi chamado de *pamprinciologismo*³⁴⁵, responsável por tornar toda decisão uma questão de aplicação direta de princípios constitucionais, em que caberia ao Judiciário dar a *resposta ótima* após ponderar os valores envolvidos.

Numa leitura que fugisse dos equívocos mencionados, qual seria, então, o papel do Judiciário em relação aos *standards* constitucionais abertos? Fundamentalmente, a fiscalização de que a legislação não ultrapassou o *quadro* jurídico – não necessariamente que foi fixada num suposto *ponto ótimo* –, preservando-se o espaço legítimo da deliberação política. Ademais, a própria interpretação dos princípios tem de estar presa ao *histórico institucional* do ordenamento³⁴⁶. Assim, não basta ao julgador acreditar que a concretização não foi a melhor ou que ela não corresponde à sua percepção moral ou de ideologia política ou econômica³⁴⁷. Enfim, se o legislador cuida do futuro e o executivo do presente, ao Judiciário compete a guarda *do passado*, isto é, ele não cria novas regras, mas aplica os institutos já estabelecidos, os acordos institucionais já fixados³⁴⁸. Apenas

³⁴⁵Vide o verbete 27 – Pamprinciologismo, em: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

³⁴⁶STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 332-333.

³⁴⁷Lenio Streck aponta a moral, a política e a economia como *predadores exôgenos* do direito. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 331)

³⁴⁸(...) *rights and responsibilities flow from past decisions* and so count as legal, not just when they are explicit in these decisions and so count as legal, not just when they are explicit in these decisions but also when they follow from the principles of personal and political morality the explicit decisions presuppose by way of justification. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 96. A mesma ideia aparece também em John Finnis: "The philosophy of law (legal philosophy) extends and specifies political philosophy by considering precisely how far choices made today for one's political community's future should be determined or shaped by choices made and acts made in the past, in the form of contracts, wills, constitutions, legislative enactments, customs, judicial decisions, and the like". (What is the Philosophy of Law. **American Journal of Jurisprudence**, vol. 59, 2014, p. 134).

quando há silêncio legislativo, poderia o Poder Judiciário, na ausência de regra, concretizar diretamente os princípios, até que eventualmente sobrevenha legislação a respeito³⁴⁹.

Com isso, preserva-se a *autonomia do direito*³⁵⁰. O magistrado guia-se pelas *escolhas* já efetuadas, aplicando-as imparcialmente. Ele é guiado por compromissos constitucionais já firmados, não por sua própria visão acerca de como eles deveriam ser. A esfera política, por outro lado, respeita a independência do Poder Judiciário, podendo influenciar os resultados dos julgamentos apenas *pro futuro*, alterando a legislação dentro do quadro constitucional. Como bem leciona Dieter Grimm³⁵¹:

(...) a separação entre direito e política depende de que os órgãos legislativos não possam interferir na aplicação do direito. Contudo, por outro lado, ela também depende de que os órgãos aplicadores do direito não possam eles mesmos definir suas regras decisórias. Institucionalmente, isso é garantido no Estado constitucional pelas disposições da divisão dos poderes. Competência normativa tem apenas o parlamento e, em abrangência limitado por autorização parlamentar, o governo. Ao contrário, a jurisdição não possui competências legislativas, podendo apenas decidir por meio de critérios preestabelecidos.

O ativismo judicial, por outro lado, leva a uma confusão entre a tarefa legislativa e a função judicial, em que o Poder Judiciário passa a substituir escolhas de governo com base em razões jurídicas insuficientes, basicamente por meio da manipulação de conceitos imprecisos, mediante técnicas abertas, determinando que certa medida seria obrigatória, quando na verdade deveria ser vista apenas como uma das alternativas possíveis. Como pontua Jorge Galvão³⁵², abordando esse tema sob o prisma do neoconstitucionalismo:

a baixa densidade normativa das cláusulas constitucionais pode ser interpretada erroneamente como um convite para fazer valer as considerações políticas e morais do hermeneuta em detrimento do que foi estabelecido no processo político majoritário. Como consequência dessa atitude, a prática jurídica, ao invés de afunilar o

³⁴⁹ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciências”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17, jan.-mar. 2009, p. 10-12.

³⁵⁰STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 330-333.

³⁵¹**Constituição e Política**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 17.

³⁵²GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese (Doutorado em Direito). USP, São Paulo, 2012, p. 23.

espectro de considerações do intérprete, serve como camuflagem para uma atuação eminentemente política.

Quando a cultura do ativismo judicial está suficientemente internalizada, isso provoca a importação das disputas políticas para dentro do Poder Judiciário. O grupo político derrotado na arena parlamentar busca utilizar o amplo acesso ao Judiciário como meio para rediscutir a proposta, simplesmente concedendo um verniz jurídico à sua demanda. Alguns autores têm denominado esse modelo de *adversarial legalism*, no qual “grupos de advocacia organizada, propondo ações e recursos, pressionam juízes a agir eles mesmos como elaboradores de políticas públicas, e os juízes frequentemente os atendem”³⁵³. Nesse sistema, o direito nitidamente enfraquece sua autonomia, de modo que os tribunais deixam de controlar as fronteiras de legalidade das ações de governo. Como bem pontua Robert Kagan³⁵⁴:

(...) pelo contrário, passam os juízes a atuarem repetidamente como *policymakers* e órgãos de ‘segunda opinião’ em face dos *experts* da administração pública, desafiando seus modelos científicos, sua análise de dados, suas decisões políticas, e suas prioridades – mesmo em um contexto de incerteza científica e vastas consequências econômicas.

Nesse contexto, há uma quebra da previsibilidade e, portanto, uma redução da capacidade de o direito coordenar a vida social, pois como reconhece o autor mencionado: “diferentes juízes (com diferentes preferências políticas) regularmente decidem temas-chave diferentemente. Mais do que isso, decisões judiciais falham em impor fim à controvérsia legal”³⁵⁵. Os traços fundamentais desse sistema, em larga medida alimentado pelo ativismo judicial, são: o uso organizado e sistemático das cortes por grupos de interesse como uma alternativa aos fóruns políticos, para

³⁵³KAGAN, Robert A. American Courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004. e-book não paginado.

³⁵⁴No original: “Rather, the judges repeatedly second-guessed administrative experts and policymakers, challenging their scientific models, their data analysis, their policy decisions, and their priorities – all in a context of scientific uncertainty and large economic consequences”. KAGAN, Robert A. American Courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004. e-book não paginado.

³⁵⁵KAGAN, Robert A. American Courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004. e-book não paginado.

buscar suas agendas ideológicas; a disposição judicial para reavaliar e reverter decisões políticas de governo; e a persistência de incerteza legal e de controvérsia política em torno das decisões judiciais³⁵⁶. O fenômeno também tende a levar a uma maior politização do Poder Judiciário, pois os grupos se inclinam a ver esse apenas como uma esfera política importante de ser dominada, para poder implementar sua agenda, de modo que surgem lobbies “pela indicação de novos juízes mais alinhados”³⁵⁷.

Frise-se que, embora esses contornos institucionais apareçam por vezes na literatura como inevitáveis e de certo modo quase como intrínsecos ao constitucionalismo contemporâneo – acompanhando-o mais ou menos como o raiar do sol segue a aurora –, estudos empíricos mostram que ele não ocorre com a mesma intensidade em todos os sistemas políticos, sendo, dentre as democracias consolidadas, particularmente proeminente nos Estados Unidos, país onde o ativismo judicial é mais comum³⁵⁸. As pesquisas também mostram que a cultura jurídica e política, bem como o desenho institucional têm forte impacto sobre a intensidade do fenômeno³⁵⁹. Por isso, a dogmática e a teoria do direito, bem como as opções de desenho institucional podem sim evitar ou, ao menos, minorar fortemente tais desdobramentos do ativismo judicial.

Por fim, reconhecemos que seria possível apontar que os mecanismos de separação da função política e do Poder Judiciário indicados acima são difíceis de serem resguardados em cada caso concreto, e que a possibilidade de interpretação de princípios constitucionais abertos ou a verificação sobre se ocorre ou não uma

³⁵⁶KAGAN, Robert A. American Courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. **Making Policy, Making Law**: an interbranch perspective. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004. e-book não paginado.

³⁵⁷KAGAN, Robert A. American Courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. **Making Policy, Making Law**: an interbranch perspective. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004. e-book não paginado.

³⁵⁸“The complex and often indeterminate policy dialogue between courts and legislatures is much less common in the parliamentary political systems of other economically advanced democracies – Australia, Canada, Japan, and the countries of Western Europe. In comparative studies (...) scholars consistently have found that the American method is uniquely legalistic and adversarial, and that courts and lawyers play a uniquely salient role”. KAGAN, Robert A. American Courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. **Making Policy, Making Law**: an interbranch perspective. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004. e-book não paginado.

³⁵⁹Vide item *Explaining American Adversarial Legalism* em: KAGAN, Robert A. American Courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. **Making Policy, Making Law**: an interbranch perspective. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004. e-book não paginado.

lacuna num caso específico sempre se prestará a viabilizar a prática do ativismo judicial. Parece ser verdade. De fato, a inexistência de corte cartesiano entre as funções de *interpretar e legislar* e a via de escape dos *standards* abertos podem dar margem à sua manipulação³⁶⁰, ou mesmo uso inadequado de boa-fé, acabando por permitir práticas de ativismo judicial. É exatamente por esse fenômeno, que acreditamos que para além dos mecanismos de controle que poderiam ser descritos como *internos* ao Poder Judiciário ou *hermenêuticos*, isto é, a autocontenção e o rigor teórico dos juízes, é necessário um mecanismo de resposta externo. Acreditamos que um instrumento interessante nesse sentido sejam as possíveis reações dos poderes políticos. É o que veremos no capítulo seguinte que tratará da capacidade destes poderes para concretizar e resguardar a Constituição, assim como dos mecanismos que eles possuem para reagir ante abusos que eventualmente venham a constatar por parte do Poder Judiciário.

³⁶⁰“Não se pode esquecer, aqui, que a ‘zona de incerteza’ (ou as especificidades em que ocorrem os ‘casos difíceis’) pode ser fruto de uma ‘construção ideológica’ desse mesmo juiz, que, *ad libitum*, aumenta o espaço de incerteza, aumentando, assim, o seu espaço de ‘discricionariedade’”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 334)

4 O PARLAMENTO COMO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO

Os dois capítulos anteriores abordaram o que é o *ativismo judicial* e sua história, assim como os motivos pelos quais esse fenômeno é considerado negativo ao violar valores basilares do constitucionalismo. A reação natural à percepção conjunta desses dois fatores (o ativismo ocorre e é negativo) é a de que ele deve ser enfrentado.

Um esforço intuitivo no sentido de combater o ativismo judicial tem-se materializado na tentativa de desenvolver teorias da interpretação jurídica aptas a tornarem o raciocínio judicial mais objetivo e menos suscetível a voluntarismos. Várias têm sido as posturas hermenêuticas que buscam realizar esse intento: o procedimentalismo de reforço da representação de John Hart Ely³⁶¹; o Originalismo americano³⁶²; o direito como integridade de Ronald Dworkin³⁶³; e, no Brasil, a Crítica Hermenêutica do Direito³⁶⁴.

A busca por uma crítica hermenêutica tem, de fato, grande potencial para guiar os juristas acerca do papel que desempenham e de como levar a cabo um raciocínio jurídico sólido e consistente. Contudo, para que fosse capaz de reduzir em maior medida o ativismo judicial, ela demandaria duas condições que se mostraram difíceis de serem alcançadas em larga escala no plano prático: em primeiro lugar, um forte consenso dentro da comunidade jurídica acerca da correção de teorias interpretativas contrárias ao ativismo judicial; em segundo lugar, seria necessário que houvesse um compromisso robusto o bastante por parte dos órgãos do sistema de justiça com decisões baseadas em princípios, mesmo em face de casos em que

³⁶¹ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

³⁶²SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**. Princeton: Princeton University Press, 1997. BAUDE, William; SACHS, Stephen E. Grounding Originalism, **Northwestern University Law Review**, vol. 113, Issue 6, 2019, p. 1455-1492.

³⁶³DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Harvard University Press, 1986. DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

³⁶⁴TASSINARI, Clarissa. O Papel da Crítica Hermenêutica do Direito: sobre as relações entre Filosofia, Teoria do Direito e a Atuação do Judiciário. **Revista FIDES**, v. 5, n. 2, 28 dez. 2017. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

as consequências não fossem aquelas que guardariam maior afinidade com suas preferências econômicas ou político-ideológicas.

Dada a dificuldade em realizar esses requisitos, apesar de todos os esforços doutrinários, o campo da interpretação jurídica segue carente de suficiente acordo, e os incentivos institucionais que incidem sobre o Poder Judiciário vão na contramão de uma submissão dos julgadores à dogmática jurídica. De fato, juízes – assim como agentes racionais de modo geral – tendem a maximizar alguma espécie de utilidade. Uma das utilidades que magistrados tendem a maximizar é exatamente sua autoridade política e capacidade decisória³⁶⁵. A literatura institucional sumariza isso por meio da afirmação de que, tendencialmente, “juízes constitucionais são *policy-seekers*”³⁶⁶. Nesse sentido, vários estudos empíricos demonstram que a ideologia política tem forte impacto nos votos dos julgadores de cortes constitucionais ou de direitos humanos³⁶⁷. Ademais, uma vez percebido que o Poder Judiciário e a interpretação da Constituição podem ser instrumentos para o avanço de agendas políticas ou para travar futuros governos, passa a haver um forte incentivo para que os responsáveis pelas nomeações levem isso em conta e atuem estrategicamente do ponto de vista político ao selecionar os nomes que serão indicados para cadeiras nos tribunais, particularmente na Suprema Corte³⁶⁸.

³⁶⁵POSNER, Richard A. **What Do Judges and Justices Maximize?** (The Same Thing Everybody Else Does). *Supreme Court Economic Review*, vol. 3, (1993), p. 17-18.

³⁶⁶DYEVRE, Arthur. Technocracy and distrust: Revisiting the rationale for constitutional review. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, Issue 1, Jan.2015, p. 40. Ainda: Baum Lawrence. What Judges Want: Judges' Goals and Judicial Behavior. *Political Research Quarterly*. Vol. 47, Issue 3, 1994, p. 749-768.

³⁶⁷DYEVRE, Arthur. Technocracy and distrust: Revisiting the rationale for constitutional review. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, Issue 1, Jan.2015, p. 41-42. Os dados são coerentes para várias regiões e países. Sobre os Estados Unidos: SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. Acerca das cortes ibéricas: HANRETTY, Chris. Dissent in Iberia: The ideal points of justices on the Spanish and Portuguese Constitutional Tribunals. *European Journal of Political Research*. No tocante ao Conselho Constitucional francês: FRANCK, Raphaël. Judicial Independence Under a Divided Polity: A Study of the Rulings of the French Constitutional Court, 1959–2006. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 25, Issue 1, May2009. Na Suprema Corte Alemã: HÖNNIGE, Christoph. The Electoral Connection: How the Pivotal Judge Affects Oppositional Success at European Constitutional Courts. *West European Politics*, vol. 32, p. 963-984, 2009. Quanto à Corte Europeia de Direitos Humanos: VOETEN, Erik. The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights. *American Political Science Review*, vol. 102, Issue 4, November2008, p. 417-433. No Brasil: ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; NUNES, José Luiz; FILHO, Luciano de Oliveira Chaves. Explicando o Dissenso: uma análise empírica do comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte dos Estados Unidos. *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 2, n. 2, 2016.

³⁶⁸WHITTINGTON, Keith. The Political Foundations of Judicial Review. In: BARBER, Sortirios A.; GEORGE, Robert P. **Constitutional Politics: Essays on Constitution Making, Maintenance, and**

Essa percepção, inclusive, levou a uma alteração dos modelos para análise empírica do comportamento judicial. De um modelo legalista (*legal model*) – segundo o qual os juízes são constrictos pelos fatos do caso à luz de um direito seguro, extraído dos textos legais, da doutrina e dos precedentes, estando limitados pela legislação vigente – pesquisadores chegaram a um modelo chamado *atitudinal* (*attitudinal model*), segundo o qual a principal variável para determinar o desfecho de um julgamento seria a posição política dos magistrados³⁶⁹. Nesse modelo, a única restrição aos magistrados seria sua autocontenção voluntária. Todavia, o que parece ocorrer com ambos é equivocarem-se por serem demasiado simplistas, aliás, como é constante ocorrer com *modelos* de análise de comportamento, uma vez que aplicam uma técnica típica de ciências naturais para assuntos humanos³⁷⁰. O modelo atitudinal, inclusive, recai até mesmo em certo niilismo jurídico e, de fato, historicamente esteve ligado a escolas que levam a um colapso do direito, como o realismo jurídico, por ignorarem o papel normativo que o sistema legal deve exercer – e de fato exerce em larga medida – na atividade judicial³⁷¹. Nesse sentido, pontua Rodrigo Brandão, após apontar as “insuficiências atreladas ao uso exclusivo de qualquer um dos modelos anteriormente descritos” (legal e atitudinal):

o longo debate travado entre os modelos revela que ambos têm defeitos e virtudes: o modelo atitudinal se equivoca em desconsiderar absolutamente a vinculação do juiz ao Direito, porém está correto em supor que esse liame não é tão forte como sustentam os defensores de teorias legalistas; já as teorias legalistas acertam em destacar que o *ethos* profissional dos juízes lhes direciona para a aplicação imparcial do Direito, porém erram ao desconsiderar completamente a influência da ideologia e de outros fatores extrajurídicos, sobretudo

Change. Princeton: Princeton University Press, 2001, p. 261-297. GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? **The Journal of Law, Economics, and Organization**, Vol. 30, Issue 3, August 2014, p. 587–622. DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. The Forms and Limits of Constitutions as Political Insurance. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 15, Issue 4, 2017, p. 988-1012.

³⁶⁹Vide capítulos 2 e 3 em: SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. Ainda, o capítulo 3 (*Assumptions and Hypotheses*) em: BARNES, Jeb. **Overrule?: legislative overrides, pluralism, and contemporary court-Congress relations**. Stanford: Stanford University Press, 2004.

³⁷⁰Sobre as limitações dos modelos, vide o tópico “*About Models*” no capítulo 2, em: SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 44-48.

³⁷¹BURTON, Steven J. **Judging in Good Faith**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

quando são analisadas decisões de uma Suprema Corte em questões moral e politicamente controversas.³⁷²

Existe, contudo, um terceiro modelo, chamado de *neoinstitucional*, *estratégico* ou *de escolha racional*, o qual verifica que o comportamento judicial possui outros freios que não apenas a decisão voluntária dos juízes no sentido de se autolimitarem. Isso porque a atividade judicial não ocorre num vácuo institucional. Pelo contrário, o Poder Judiciário atua de modo potencialmente constrangido pela possível reação das demais forças sociais, seja a opinião pública ou os demais poderes constituídos³⁷³.

É bem verdade que mesmo esse último modelo não nos parece inteiramente adequado do ponto de vista normativo, uma vez que passa a impressão de que as Cortes poderiam fazer tudo aquilo que não redundaria em reação de outras forças sociais capazes de anular ou reverter sua atuação. Novamente, modelos são abstrações da realidade e aplicam por analogia um método não totalmente ajustado para as ciências humanas. Do ponto de vista prescritivo, as Cortes *devem* aplicar o direito, abstendo-se de práticas ativistas, ainda que isso não tenha o potencial, em dado caso concreto, de deflagrar uma reação interinstitucional.

De todo modo, a linha de pesquisa neoinstitucional se mostra relevante, pois é exatamente o *insight* concedido por ela, isto é, a percepção de que existe a possibilidade de respostas por parte de instituições externas ao Poder Judiciário, que levou ao estudo de quais seriam as reações viáveis e com isso deu surgimento às linhas de pesquisa sobre os Diálogos Constitucionais³⁷⁴, também chamados de Diálogos Institucionais³⁷⁵ ou Interinstitucionais³⁷⁶.

A finalidade do presente capítulo é, primordialmente, a de apresentar os mecanismos de diálogos capazes de representarem um efetivo controle ao ativismo

³⁷²BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 279.

³⁷³MILLER, Mark C. The View of the Courts from the Hill. A Neoinstitutional perspective. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. **Making Policy, Making Law**: an interbranch perspective. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004. e-book não paginado.

³⁷⁴FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**: Interpretation as a Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988. SIGALET, Geoffrey; WEBBER, Grégoire; DIXON, Rosalind (ed.). **Constitutional Dialogue**: Rights, Democracy, Institutions. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

³⁷⁵POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação**: Política, Direito e Democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 148 e ss.

³⁷⁶GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 49, n.º 4, Autumn 2001, p. 745.

judicial. Para isso, no entanto, parece interessante inicialmente defender a capacidade dos poderes políticos em funcionarem como *foro de princípios* e órgãos aptos a promoverem a concretização dos direitos fundamentais. Com efeito, em boa parte das vezes nas quais o ativismo judicial entra em causa, isso decorre de um choque de visões sobre formas de concretizar direitos fundamentais, de modo que se o Parlamento não fosse uma entidade apta a elaborar planos de realização de tais direitos com base em razões públicas, seria inútil defender sua participação num diálogo dessa espécie.

Por isso, o presente capítulo se estruturará do seguinte modo: no primeiro item, defender-se-á a atuação dos poderes políticos como fóruns aptos a elaborar planos para concretização de direitos fundamentais, atuando com base em princípios; no segundo ponto do capítulo, abordaremos o surgimento e desenvolvimento das teorias dialógicas de interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais; por fim, descreveremos os mecanismos institucionais que os poderes políticos dispõem para reagir ao ativismo judicial.

Passemos ao primeiro ponto.

4.1 O parlamento como foro de princípios

Muitas das vezes em que o ativismo judicial ocorre, como já foi pontuado em capítulos anteriores, isso se dá por meio da manipulação de princípios a que se atribui *status* constitucional. Ou seja, o Poder Judiciário basicamente alega que as funções políticas elaboraram normas ou tomaram decisões incompatíveis com a interpretação efetuada por juízes e tribunais de princípios constitucionais alegadamente envolvidos no caso concreto. Portanto, para demonstrar que os poderes políticos *devem* ter o poder de reagir a tentativas do Poder Judiciário de substituir suas escolhas baseadas em princípios, parece relevante apontar que a atividade política, de modo muito particular a legislativa, é capaz de ser um foro de concretização de direitos fundamentais, raciocinando também com base em princípios. Isso será feito no presente item do trabalho em dois passos: inicialmente, vamos buscar corrigir uma percepção equivocada da função legislativa, segundo a qual ela seria um *fórum* meramente *de políticas* – respondendo apenas ao poder e à agregação de preferências das maiorias –, enquanto o Poder Judiciário seria um

foro de princípios para reconhecimento de direitos; em segundo lugar, apontaremos alguns dados empíricos que parecem confirmar a ausência de vantagem do Poder Judiciário para efetivar direitos fundamentais ou, ao menos, a ausência de prejuízo necessário ao conceder grande relevância aos poderes políticos na realização dessa função.

Pois bem. Uma das visões mais influentes que tendem a desprestigiar a atividade legislativa em relação à judicial no tocante à concretização de direitos constitucionais é a chamada *tese do duplo fórum* (*dual forum thesis*³⁷⁷). Essa tese é extraída particularmente da dicotomia que Dworkin apresenta na obra *Taking Rights Seriously*, e pontua em livros posteriores, na qual distingue *políticas* (*policies*) de um lado, as quais seriam “proposições que descrevem objetivos”, especialmente objetivos coletivos visando ao bem-estar geral (*general welfare*); e, de outro, os *princípios* (*principles*), que consistiriam em “proposições que descrevem direitos”. Embora isto não seja inequívoco, Dworkin parece indicar uma primazia das Cortes enquanto Fórum de Princípios, relegando aos legisladores a função de Fórum de Políticas³⁷⁸.

Por trás dessa divisão, subjaz a ideia de que a função do legislador seria meramente agregativa. Ele seria um simples *repassador* de opiniões e votos das maiorias, transformando-os mediante um funcionamento maquinal e fortemente automático em regras legisladas. Assim, o legislador estaria menos apto a tratar de questões de princípios, pois as subjugaria às meras *preferências*. Um paradigma semelhante é alimentado por uma leitura simplista dos estudos da *Public Choice Theory* acerca da atuação dos legisladores³⁷⁹, descritos como agentes racionais em busca de reeleição e, portanto, reagindo passivamente como receptores de preferências políticas de setores da população e grupos de pressão, recebendo tais *insumos políticos* (*inputs*) e transformando-os em decisões legislativas (*outputs*)³⁸⁰.

³⁷⁷WEBBER, Grégoire; YOWELL, Paul. Introduction: Securing Human Rights through Legislation. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 7.

³⁷⁸YOWELL, Paul. A Critical Examination of Dworkin's Theory of Rights. **American Journal of Jurisprudence**, vol. 52, Issue 1, 2007, p. 108.

³⁷⁹EKINS, Richard. **Legislation as Reasoned Action**. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 88-90.

³⁸⁰TOLLINSON, R. Public Choice and Legislation. **Virginia Law Review**, vol. 74, 1988.

Richard Ekins bem resume essa posição e seu desdobramento no tocante ao controle judicial sobre ações dos braços políticos do Estado:

O legislador, argumentam ou presumem muitos estudiosos, é uma instituição incapaz de responder a razões, exceto a serviço das preferências ou interesses (da maioria) dos eleitores. Esses estudiosos argumentam ou presumem, em nítido contraste com o legislativo, que o judiciário é uma instituição capaz de agir com base em razões. Esta disjunção é considerada como tendo uma implicação óbvia para a separação de poderes: a legislação, na qual os legisladores afirmam as preferências da maioria, deve ser limitada pela revisão judicial, na qual os juízes raciocinam e protegem os direitos.³⁸¹

Ainda que não exposta de modo tão claro e por vezes totalmente implícita, uma percepção mais ou menos nesses termos parece estar presente como fundamento em muitas discussões acerca do ativismo judicial, nas quais o processo legislativo é retratado de modo excessivamente negativo, enquanto a capacidade do Poder Judiciário aparece em traços bem mais otimistas e por vezes nitidamente superestimados. É necessário, no entanto, reenquadrar a questão, abordando ambos de modo realista. Não faz sentido, por exemplo, analisar o funcionamento do Poder Legislativo no mundo real, por meio de uma análise descritiva e empírica de países com instituições ainda em desenvolvimento, comparando-a com a visão *normativa* do Poder Judiciário. É o que Daniel Wang chamou de *falácia do Nirvana*, a qual ocorre ao se “contrapor, de um lado, uma caracterização distópica da Administração Pública e do processo democrático e, de outro, uma descrição idealizada da natureza do Judiciário e de suas potencialidades”³⁸². Na verdade, a análise *normativa* de um tem de ser oposta à visão igualmente *normativa* do outro, operando-se após do mesmo modo em relação ao funcionamento concreto das

³⁸¹No original: “The legislature, many scholars argue or assume, is an institution that is incapable of reasoning, except in service to the preferences or interests of (a majority of) voters. These scholars argue or assume, in sharp contrast, that the judiciary is an institution that is capable of responding to reason. This disjuncture is taken to have an obvious implication for the separation of powers – legislation, in which legislators assert majority preferences, should be limited by judicial review, in which judges reason and protect rights”. EKINS, Richard. **Legislation as Reasoned Action**. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 86.

³⁸²WANG, Daniel Wei Liang. Direitos Sociais e a falácia do nirvana. Trad. ARAÚJO, Valter SHUENQUENER; PORFIRO, Camila Almeida. **Revista Jurídica da Presidência**, Vol. 21, nº 125, 2020, p. 482.

instituições, sopesando *benefícios*, mas também *custos* relativos de alocar-se determinada carga de autoridade em quaisquer delas.

Nesse sentido, *normativamente*, adotamos a posição que vê o Poder Legislativo como um órgão que opera com base em razões e leva em conta os direitos fundamentais como base para seus raciocínios³⁸³. O fato de que a atividade legislativa leve em conta os direitos fundamentais e humanos, todavia, não implica em que ela tenha de chegar à mesma conclusão operada pela atividade judicial. De fato, é equivocado visualizar os direitos humanos como uma espécie de *dado* já totalmente delineado nas cartas de direitos fundamentais, aguardando apenas sua execução. Essa parece ser outra pressuposição (equivocada) que se faz presente na discussão por quem defende o ativismo judicial: os princípios abstratos permitiriam que se extraísse em qualquer caso e diretamente deles suas concretizações *objetivamente* ótimas, de modo que a partir daí a atividade legislativa se encontraria numa disjuntiva, *declará-los* na legislação ou *violá-los*; cabendo ao Poder Judiciário *protegê-los* ou *omitir-se*, permitindo sua violação.

Pelo contrário, muitas vezes os direitos fundamentais aparecem inicialmente com sua previsão jurídica de certo modo inacabada, ou seja, pendente de maior especificação. Isso faz parte, aliás, de uma estratégia de busca de consensos, são os *compromissos dilatatórios*³⁸⁴, segundo os quais busca-se positivar na Constituição aquilo que há de consensual – liberdade de expressão, vida, diferentes tipos de *liberdade* – deixando o debate acerca de suas concretizações aberto para a política ordinária, permitindo inclusive sua variação no tempo, sem que seja necessário deixar de contemplar tais direitos em sede constitucional ou emendar a Constituição sempre que a compreensão de quaisquer dessas prerrogativas se alterar. Por isso, é comum que os direitos apareçam no rol dos *bill of rights* constitucionais e em cartas internacionais de direitos humanos como fenômenos com apenas *dois termos*: um *titular* e uma *prerrogativa*. Por exemplo: Fulano tem direito à vida, ou Ciclano tem direito a liberdade de expressão. Por vezes, tem-se tornado comum um discurso ainda mais abstrato em que se fala apenas do *direito isoladamente*: por exemplo, direito constitucional à liberdade religiosa, direito à liberdade de

³⁸³WEBBER, Grégoire; YOWELL, Paul. Introduction: Securing Human Rights through Legislation. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 2-6.

³⁸⁴BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 228.

consciência, direito de propriedade *etc.* Esse tipo de *gramática* incompleta tem um papel, que é condensar inúmeras relações jurídicas que surgem da consagração de cada um desses direitos³⁸⁵, que podem ter desdobramentos e titulares distintos.

Contudo, é necessário perceber que para servir como *razões* suficientes para guiar a ação humana e resolver possíveis conflitos em casos concretos, coordenando a convivência social, os direitos precisam passar para um estado de maior especificação³⁸⁶. É necessário convertê-los numa gramática de três termos, “identificando *quem* deve (ou não deve) fazer o *quê* e em relação a *quem*”³⁸⁷. Ou seja, é preciso *especificar os direitos fundamentais*, concretizá-los, determinando exatamente: 1) *quem será o seu titular*; 2) *qual a posição jurídica dele decorrente* (qual exatamente o *conteúdo* daquele direito)³⁸⁸; e, 3) *quem será o seu devedor*. Esse trabalho de especificação de direito não é meramente declaratório. Não é um trabalho de simplesmente *descobrir* desdobramentos, por meio da razão, mas também o de decidir – não de modo necessariamente arbitrário, mas inescapavelmente com alguma dose de voluntariedade³⁸⁹ – entre alternativas

³⁸⁵FINNIS, John. **Natural Law & Natural Rights**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 201.

³⁸⁶Sobre esse tópico, vide: WEBBER, Grégoire. Rights and Persons. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018.

³⁸⁷KÖPCKE, Maris. Why It Takes Law to Realise Human Rights. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 55.

³⁸⁸FREIRE, André Luiz. A Teoria das Posições Jurídicas de Wesley Newcomb Hohfeld. In: **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, Tomo 1. São Paulo: PUCSP, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/1/edicao-1/a-teoria-das-posicoes-juridicas-de-wesley-newcomb-hohfeld>>.

³⁸⁹Vide quanto ao ponto a noção de *determinatio*: “The greater part of a community's positive settlement of right relations between persons will confront true choice, where conformity to practical reason will leave matters open for evaluation and decision. In Aquinas's account, a community's laws will relate to various subject matters of justice as determinations, that is, as ‘specifications and delimitations which when reasonable could nonetheless reasonably have been different, in some or many respects’.⁵⁸ What is the notion of *determinatio*? It is an ‘intellectual process which is not deductive and does involve free choice ... and yet is intelligent and directed [but not concluded] by reason’.⁵⁹ It obtains in practical reasoning when there are alternatives for choosing: where reason, having eliminated countless ‘alternatives’ as not-really-live because inconsistent with reason or inferior in all relevant respects to one or more other alternatives, nevertheless maintains multiple candidates for choosing. In such circumstances, the choice is guided but underdetermined by reason. One's choice – truly free choice – is in compliance with the requirements of reason, because each one of the alternatives is supported by reasons that are not defeated even if no one alternative is supported by reasons that defeat all others”. (WEBBER, Grégoire. Rights and Persons. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 49-50)

compatíveis com as exigências constitucionais, visto que “não há um único curso de ação para a realização do que exige a justiça”³⁹⁰.

É verdade que essa lição é mais ajustada para as previsões principiológicas. E nesse caso, no tocante às Constituições analíticas como a brasileira, que conta também com regras bastante minudentes, haverá casos em que o dispositivo constitucional já é capaz de fornecer soluções inteligíveis para o julgador. De todo modo, cremos que a lição permanece útil, mesmo nessa espécie de Constituição, por dois motivos principais: em primeiro lugar, porque mesmo cartas prolixas possuem alguns dispositivos principiológicos e é geralmente com base neles que se dá o ativismo judicial; em segundo lugar, mesmo normas com características de *regras* deixam espaço – ainda que mais reduzido – para concretização e especificação.

Diante dessas circunstâncias, a legislação aparece como particularmente apta a promover a especificação de direitos de acordo com os ideais do *Rule of Law* (forma clara, prospectiva e pública), da democracia (por meio de órgãos de deliberação representativos e politicamente responsáveis), deixando o espaço necessário para que a política cumpra seu papel (análise abarcante do problema social, experimentalismo, alternância e acomodação), e preservando a separação de poderes. A legislação não é capaz de esgotar o fenômeno da especificação tornando a aplicação judicial dos direitos *meramente mecânica e puramente subsuntiva*. Contudo, isso não exclui a possibilidade de que a lei possa – e em vista dos valores mencionados acima *deva* – guiar substancialmente o comportamento social e o desfecho dos litígios judiciais³⁹¹.

Durante sua atividade de especificar os direitos, como já adiantamos no item 2.1, o legislador deve sim responder a razões. Para legislar bem, ele verifica o diagnóstico do problema a ser enfrentado por meio da nova norma, examina questões morais envolvidas e dados empíricos sobre a eficiência de cada mecanismo de que possa lançar mão, a técnica acerca de como *redigir* sua decisão, positivando-a em linguagem jurídica clara, bem como os vários direitos –

³⁹⁰URBINA, Francisco J. How Legislation Aids Human Rights Adjudication. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 155.

³⁹¹URBINA, Francisco J. How Legislation Aids Human Rights Adjudication. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 153.

constitucionais e humanos – potencialmente afetados pela novel legislação. Como bem pontua Richard Ekins:

O bem comum requer uma ordem jurídica na qual as regras particulares, sejam elas costumeiras, jurisprudenciais ou legislativas, estejam sujeitas a mudanças deliberadas e inteligentes sempre que houver boas razões para tais alterações. Logo, *o ato legislativo bem formado consiste na elaboração de uma escolha inteligente sobre como mudar a lei: ele não é uma agregação mecânica de preferências*. (sem grifos no original)³⁹²

Dessa constatação, brota uma orientação normativa acerca da natureza do *órgão legislador*. Isso porque, se a ação legislativa tem de ser inteligente e deliberada, ela não pode ser entregue para um corpo institucional incapaz de tal função. Logo, dessa premissa decorre que “a autoridade para legislar deve ser exercida apenas por uma pessoa ou instituição capaz de responder a razões: autoridade legislativa requer ação (*agency*)”. Por conseguinte, “a razão que autoriza uma assembleia legislativa a legislar não é que ela agregue preferências, mas sim que ela seja um corpo formado para ser um *agente*”³⁹³. Aqui parece residir o remédio para uma das principais fontes de equívoco que leva a enxergar o Legislativo como incapaz de responder a razões, sendo movido apenas em virtude de preferências majoritárias potencialmente cegas. Como dito acima, essa visão deturpada, ou ao menos incompleta, decorre da percepção da assembleia de legisladores como uma *máquina* de produção de leis, em que os *insumos* (preferências majoritárias) ingressam e o funcionamento de um *mecanismo* autômato (processo majoritário) leva à elaboração do *produto*, isto é, das regras legisladas. Pelo contrário, legislar adequadamente exige o exercício de ação racional, devendo o órgão incumbido dessa competência ser desenhado de um modo proporcionado para esse fim.

³⁹²No original: “The common good requires a legal order in which particular rules, whether rules of custom or case law or legislation, are subject to deliberate, intelligent change when there is good reason for such change. Thus, the wellformed legislative act is the making of an intelligent choice about how to change the law: it is not mechanical preference aggregation.” EKINS, Richard. **Legislation as Reasoned Action**. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 94.

³⁹³EKINS, Richard. **Legislation as Reasoned Action**. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 94.

O exame da organização dos órgãos legislativos, de fato, demonstram que eles, em geral, estão estruturados de modo a permitir que atuem de modo deliberativo e inteligente. Deveras, a própria escolha por entregar a função de legislar a um corpo legislativo, ao invés de realizá-la diretamente, já decorre do interesse de que ele se constitua em um grupo não tão amplo que inviabilize seu encontro e conversação, bem como a formulação e conhecimento de projetos com conteúdo relativamente complexo. Ademais, no interior das assembleias de legisladores, dentro do grupo social complexo que a constitui, os vários membros compartilham do mesmo poder de *voto*, mas não têm igual relevância em todas as deliberações e no controle da agenda legislativa. Na verdade, exatamente para viabilizar e fortalecer o elemento deliberativo da ação legislativa, o grupo organiza sua interação em várias fases, por meio de detalhadas regras procedimentais. Existe aí, portanto, uma *intenção* que dá unidade ao corpo legislativo, que é a de *legislar* quando entenderem que assim convém fazer por meio dos procedimentos estabelecidos. Essa *intenção* é compartilhada tanto pela maioria vencedora quanto pelas minorias em qualquer projeto. Ademais, cada deliberação tem por objeto uma *proposta* que acaba por focalizar e coordenar a atividade legislativa em cada oportunidade. Assim, acaba por haver uma ação *conjunta*, dotada de certa unidade, em referência ao projeto examinado e às regras do jogo legislativo³⁹⁴.

A análise dessa dinâmica demonstra que a legislação não é fruto de uma ação *ex machina*, mas um produto deliberado, intencional e, de certo modo, inteligente. Em cada uma das etapas separadas em que a proposta tramita, diferentes parlamentares indicados como relatores possuem um controle particular sobre o texto, exatamente de modo a buscar que ele mantenha sua coerência e inteligibilidade, não só no interior da redação do projeto como diante da ordem jurídica como um todo. Assim, busca-se que as visões possivelmente conflitantes e as motivações caóticas recebam uma estrutura razoavelmente organizada, uma forma inteligível e um conteúdo íntegro e coerente. O modo como isso ocorre em sucessivos passos (comissões, plenário, revisão por outra casa, sanção ou veto, análise de veto *etc.*), em cada uma delas havendo um relator responsável, líderes que organizam a posição de blocos menores, regras procedimentais e assim por

³⁹⁴EKINS, Richard. **Legislation as Reasoned Action**. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 96-97.

diante, faz com que o produto legislativo seja o resultado de uma ação coordenada e inteligente, realizada por um grupo complexo, mas organizado, o que lhe concede certas características da decisão deliberada e pensada de um *agente*, atuando com base em razões³⁹⁵.

Como acertadamente conclui Richard Ekings³⁹⁶:

Longe de a ação legislativa ser um efeito colateral, ou a simples sobreposição ou coincidência, da ação individual dos legisladores, legislar em assembleia é o ato conjunto dos membros de uma instituição. As ações particulares dos legisladores são unificadas pela ordem racional de sua intenção permanente de formar uma instituição que atue racionalmente e pela sua intenção particular de escolher mudar a lei de certa maneira, por razões específicas, cuja escolha racional é feita na proposta aberta a todos. A realidade social do legislador bem formado é, portanto, que ele exerce uma ação racional, estruturando-se para formar e adotar planos fundamentados e refletir sobre sua coerência. A assembleia, portanto, está pronta para legislar bem e em suas ações particulares exerce sua capacidade de responder às razões para mudar a lei fazendo escolhas fundamentadas.

Essa lição deve ser adaptada para cada contexto institucional. O funcionamento efetivo do Parlamento ocorrerá de modos distintos em regimes parlamentaristas e presidencialistas. Os blocos, as relações com o governo, a influência deste sobre as decisões variam não só de acordo com o sistema de governo adotado, mas também consoante as regras eleitorais e o regime de disciplina partidária³⁹⁷. O caso brasileiro é marcado pelo que se convencionou chamar de *presidencialismo de coalizão*, nomenclatura cunhada pelo cientista

³⁹⁵EKINS, Richard. **Legislation as Reasoned Action**. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 98.

³⁹⁶No original: “Far from legislative action being a side-effect, or even the overlap or coincidence, of the individual action of legislators,43 legislating by assembly is the joint act of the members of the institution. The particular actions of legislators are unified by the rational order of their standing intention to form an institution that acts rationally and by the rational order of their particular intention to choose to change the law in some specific ways for some specific reasons, which reasoned choice is made out in the proposal open to all. The social reality of the well-formed legislature is thus that it exercises rational agency, being structured to form and adopt reasoned plans and to reflect on their coherence. The assembly thus stands ready to legislate well and in its particular actions exercises its capacity to respond to reasons for changing the law by making reasoned choices.” EKINS, Richard. **Legislation as Reasoned Action**. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 98.

³⁹⁷Vide, por exemplo, uma comparação entre sistemas no capítulo 6, item V, “Washington and Westminster”, em: EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

político Sérgio Abranches³⁹⁸. Mesmo com as especificidades desse modelo, o processo legislativo de modo geral parece guardar as características indicadas acima.

Voltando à questão da natureza da *razão legislativa*, por vezes, a ideia de que o legislador não responde a razões, mas apenas a pressões majoritárias decorre da forma de votação, em que a posição da maioria é fundamental em cada passo do projeto. Todavia, essa conclusão é equivocada. Aliás, se essa fosse uma razão suficiente para se chegar a tal conclusão, ela não permitiria a dicotomia de que o Judiciário atuaria com base em razões, enquanto o Legislativo responderia apenas ao poder majoritário. Isso porque as Cortes também decidem por maioria. Contudo, isso não exclui o fato de que, tanto o bom membro do sistema de justiça como o bom legislador atuam – estejam eles na maioria vencedora ou na minoria vencida – com base em razões e que o procedimento seja estruturado de modo a que a decisão final componha um todo razoavelmente íntegro e coerente.

Assim, visto que legislar envolve a ação humana de decidir, para decidir bem – no caso, sobre alterar ou não uma lei e como – é preciso ponderar sobre o projeto existente, as alternativas de mudança e as razões para adotá-las ou não e qual delas é superior às demais. Ora, uma das ordens de razão que entra em jogo no raciocínio legislativo são os direitos e princípios constitucionais. De fato, “os direitos humanos identificam aspectos moralmente valiosos do bem-estar humano, como vida, liberdade, saúde, expressão ou segurança”. Ocorre que esses aspectos do bem-estar humano, “para serem protegidos e promovidos, requerem muitas vezes a cooperação de outras pessoas, por meio de ações ou abstenções”³⁹⁹. Cabe, portanto, à legislação especificar em forma legalmente canônica deveres, poderes, liberdades ou obrigações, acompanhadas de sanção, de modo a proteger e fomentar tais direitos. Assim, as declarações de direitos humanos esboçam bens e

³⁹⁸ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. Presidencialismo de Coalizão: o Dilema Institucional Brasileiro. **Dados Revista de Ciências Sociais**, Vol. 31, 1988. Disponível em: <Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro - Dados (uerj.br)>.

³⁹⁹KÖPCKE, Maris. Why It Takes Law to Realise Human Rights. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 56.

valores que constituem razões para legislar, representando um guia para o raciocínio legislativo⁴⁰⁰.

Esses arranjos legais costumam ser complexos e especializados, de modo que há significativa carga decisória do legislador na especificação dos detalhes do plano de ação determinado em lei e, portanto, espaço para divergências. Ocorre, exatamente, que muitas vezes o que é retratado com uma violação de um direito pelo legislativo não passa da divergência sobre o real alcance que determinado direito deve ter face a outras razões públicas. Aliás, as próprias Cortes divergem internamente sobre o alcance preciso das liberdades e garantias constitucionais. Assim, pode-se até discordar de certa decisão legislativa e crer que ela foi desarrazoada, mas isso é diferente de ver na função legislativa uma simples atividade agregativa de preferências cegas a razões e a princípios jurídicos⁴⁰¹. Discordar sobre a amplitude e extensão de um direito é diferente de simplesmente ignorá-lo.

Com essa posição, cremos que fomos capazes de expor uma visão sólida de que, normativamente, o papel do legislador envolve a análise de razões, dentre elas os direitos humanos e os princípios jurídico-constitucionais. De todo modo, é possível que alguém concorde com essa exposição *normativa* acerca do legislativo, mas creia que, *na prática*, o ativismo judicial é necessário, visto que sem ele acabaria-se com um enorme deficit em termos de concretização de direitos, uma vez que constantemente as funções políticas se afastam de seu ideal normativo. Realmente, não há dúvidas de que é relativamente comum que a atividade legislativa seja desenvolvida de modo corrompido e defeituoso. Contudo, os dados não são inequívocos no sentido de que sem o ativismo judicial as nações incorreriam em resultados piores quanto à qualidade de sua ordem jurídico-política.

Com efeito, na obra *Democracy and Its Critics*, publicada em 1991, Robert Dahl já colocava algumas interrogações importantes a esse argumento que também costuma funcionar como pressuposto – por vezes implícito – do ativismo judicial. Tratando basicamente do poder dos tribunais de derrubar leis com base em direitos

⁴⁰⁰YOWELL, Paul. From Universal Rights to Legislated Rights. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 120.

⁴⁰¹MILLER, Bradley W. Majoritarianism and Pathologies of Judicial Review. In: WEBBER, Grégoire *et al.* **Legislated Rights: securing human rights through legislation**. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 184.

fundamentais abstratos e mediante decisão final, Dahl explicou que para demonstrar a imprescindibilidade de um poder jurídico dessa espécie para proteger os direitos fundamentais, seria necessário mostrar que países que não contam com tal mecanismo teriam níveis de democracia ou de concretização de direitos fundamentais inferiores aos Estados Unidos, por exemplo, onde essa prerrogativa é fartamente utilizada pelas Cortes. Contudo, conclui ele:

Ninguém foi capaz de demonstrar que sejam menos democráticos que os Estados Unidos, países como **Holanda e Nova Zelândia**, que não têm revisão judicial, ou **Noruega e Suécia**, onde ela é exercida raramente e de maneira muito limitada, ou **Suíça**, onde só pode ser aplicada a leis dos cantões (...) Não foi demonstrado, tampouco, que os direitos e interesses fundamentais estejam melhor protegidos em poliarquias com *quase tutores judiciais* do que nas que não os têm. (grifos nossos e no original)⁴⁰²

O constitucionalista canadense Ran Hirschl faz diagnóstico semelhante ao examinar os países nórdicos. Em sua exposição, primeiramente, ele demonstra o baixo grau de judicialização da política naquela região:

A Constituição da Noruega (adotada em 1814) é a segunda constituição mais antiga atualmente em existência. A constituição sueca de 1809 foi substituída em 1974, com a idade de 165 anos. Ao mesmo tempo, os países nórdicos têm sido tradicionalmente agnósticos, na melhor das hipóteses, em relação ao constitucionalismo de alta tensão ao estilo americano, ao discurso de direitos e ao ativismo judicial. Em vez disso, a deferência ao legislativo lado a lado com a revisão administrativa por motivos processuais caracterizou a revisão judicial nórdica durante a maior parte do século passado.

(...)

A Noruega, por exemplo, adiou a concessão de proteção constitucional explícita aos direitos humanos até 1994. Antes de 2000, a revisão judicial substantiva da legislação era explicitamente proibida na Finlândia. Na Dinamarca e na Suécia, a revisão judicial não técnica raramente tem sido praticada. A Suprema Corte dinamarquesa anulou a legislação apenas uma vez nos últimos 160 anos, e a Constituição dinamarquesa silencia sobre o assunto. O quadro é semelhante na Suécia. Variações sobre uma combinação de pré-visualização parlamentar ex ante bem estabelecida e revisão

⁴⁰²No original: “Nadie ha podido probar que sean menos democráticos que Estados Unidos países como Holanda y Nueva Zelanda, que no tienen revisión judicial, o Noruega y Suecia, donde se la ejerce rar vez y de manera muy limitada, o Suiza, donde sólo puede aplicársela a las leyes de los cantones. (...) No se ha demostrado, tampoco, que los derechos e intereses fundamentales estén mejor protegidos em poliarquías com cuasi tutores judiciales que em las que no los tienen.” DAHL, Robert. **La Democracia y sus Críticos**. Paidós: Barcelona, 1992, p. 228.

judicial ex post restrita, implantada na região nórdica, têm se mostrado eficazes na mitigação da dificuldade contra-majoritária embutida na revisão judicial excessiva e na garantia de uma forma alternativa e não juristocrática de proteger direitos. Em muitos aspectos, então, o modelo nórdico de revisão judicial, não o chamado “commonwealth model”, é a revisão judicial verdadeira e genuína de forma fraca.⁴⁰³

Após, o autor examina os indicadores comparativos dos países nórdicos em termos de liberdades públicas, qualidade do regime democrático, e direitos sociais. Com esses dados, ele demonstra que inexistente evidência de que países com sistemas tipicamente americanos (Constituição escrita, controle de constitucionalidade ativista e forte devoção cultural ao constitucionalismo) possuam resultados superiores quanto a esses números⁴⁰⁴.

A análise dos dados aponta que o ativismo judicial não é uma condição necessária, tampouco suficiente para bons indicadores sociais. Não é necessária, pois como visto há países em que o ativismo é um fenômeno raro – ou mesmo inexistente –, mas que apresentam excelentes indicadores relativos ao cumprimento dos direitos humanos e à solidez da democracia. Por outro lado, também não é uma causa suficiente, porquanto regiões como a América Latina, com forte ativismo judicial, mantêm resultados medianos ou mesmo baixos quanto aos mesmos indicadores.

Ora, essas informações são mais um indício da capacidade do Parlamento em funcionar como foro de princípios. Com efeito, nos países em que a própria prática do controle judicial de constitucionalidade é ausente ou rara, todo o

⁴⁰³No original: “The Constitution of Norway (adopted 1814) is the second-oldest constitution currently in existence. Sweden’s 1809 constitution was replaced in 1974, at the age of 165. At the same time, the Nordic countries have traditionally been agnostic, at best, toward American-style high-voltage constitutionalism, rights talk, and judicial activism. Instead, deference to the legislature side by side with administrative review on procedural grounds characterized Nordic judicial review for most of the last century. (...) Norway, for example, deferred giving human rights explicit constitutional protection until 1994.1 Prior to 2000, substantive judicial review of legislation was explicitly forbidden in Finland.2 In Denmark and Sweden, non technical judicial review has seldom been practiced.3 The Danish Supreme Court has set aside legislation only once in the past 160 years, and the Danish Constitution is silent on the issue.4 The picture is similar in Sweden.5 Variations on a combination of well-established, ex ante parliamentary preview and restrained ex post judicial review, deployed in the Nordic region, have proven effective in mitigating the counter majoritarian difficulty embedded in excessive judicial review and ensuring an alternative, nonjuristocratic way of going about protecting rights.6 In many respects, then, the Nordic model of judicial review, not the so-called “commonwealth model,” is the true, genuine weak-form judicial review.” HIRSCHL, Ran. The Nordic Conunter-narrative: Democracy, human development, and judicial review. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 9, Issue 2, April 2011, p. 450-451.

⁴⁰⁴HIRSCHL, Ran. The Nordic Conunter-narrative: Democracy, human development, and judicial review. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 9, Issue 2, April 2011, p. 452-458.

arcabouço jurídico-institucional para proteção dos direitos fundamentais, estabilização da democracia e avanço de indicadores econômico-sociais foi construída, basicamente, no foro da política.

Expostos esses pontos, com os quais buscamos demonstrar a capacidade dos órgãos legislativos para tomar parte num debate de princípios, no item seguinte trataremos das teorias dialógicas e de seu surgimento. No último item do capítulo, abordaremos especificamente os recursos que os braços políticos do Estado possuem para interagir com o Poder Judiciário e, mesmo, reagir a decisões ativistas.

4.2 Diálogos constitucionais

A finalidade do presente tópico é apresentar uma introdução acerca da capacidade detida pelos poderes políticos para responder a decisões judiciais, contribuindo para o estabelecimento do conteúdo do direito. Como se verá, a ideia de que os juízes e tribunais seriam os últimos, ou mesmo únicos, intérpretes da Constituição não está apenas *teórica* ou normativamente equivocada, mas mesmo do ponto de vista estritamente descritivo ela passa distante da realidade. Ao final do tópico, indicaremos algumas teorias que buscam descrever esse fenômeno, o qual defenderemos do ponto de vista normativo. No item seguinte do capítulo, apontaremos alguns mecanismos que as instituições políticas possuem para reagir frente a eventuais abusos do Poder Judiciário.

Iniciando o tema, pode-se relembrar que em 1907, o então governador de Nova Iorque – e futuro juiz da Suprema Corte americana –, Charles Hughes afirmou: “*We are under a Constitution, but the Constitutional is what the judges say it is.*”⁴⁰⁵ A frase compila bem a ideia de *supremacia judicial*, ou seja, a defesa de que aquilo que o Poder Judiciário, e de modo particular a Suprema Corte, afirma sobre a interpretação constitucional, tem força de direito e de Constituição e vincula todos os demais órgãos do Estado (ou mesmo fora dele).

Historicamente, alguns foram ainda mais longe e defenderam um verdadeiro *monopólio* da interpretação constitucional pelo Poder Judiciário. Segundo a ideia de *exclusividade* ou *monopólio* judicial na leitura da Constituição, caberia aos tribunais

⁴⁰⁵FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**: Interpretation as a Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 245.

não apenas a *última* palavra, mas a *única* palavra na interpretação constitucional⁴⁰⁶. Uma consequência prática seria que qualquer lei interpretativa da Constituição padeceria *ipso facto* de vício de inconstitucionalidade formal. Isso porque faleceria competência ao Congresso Nacional para exercer tal função.

Esta última perspectiva chegou a ser adotada no âmbito do STF, em voto da ADIn 2.797⁴⁰⁷, em que o relator Min. Sepúlveda Pertence, conforme constante da ementa do acórdão, declarou ter havido: “pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e *usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada*”. No caso concreto, a celeuma girava em torno da extensão temporal do foro por prerrogativa de função para depois da cessação do mandato parlamentar em relação a crimes cometidos durante a legislatura. A Constituição de 1988 não é clara a respeito do tema, limitando-se a prever o foro decorrente da função, sem tratar da sua manutenção ou não após o fim do mandato. Naquele julgamento, o STF estava analisando lei do Congresso Nacional que havia buscado estender o foro por prerrogativa mesmo após a perda do mandato, desde que o crime houvesse sido cometido no exercício da função. A interpretação do Poder Legislativo, embora não contrariasse texto expresso da Constituição, contrariou em parte a posição do STF ao cancelar o Enunciado 394 de sua Súmula. A redação do verbete, na verdade, era mais ampla, mantendo o foro privilegiado depois do término do mandato ainda que o crime fosse estranho ao exercício das funções. Era a dicção do enunciado sumular: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. O Congresso então buscou, por meio de lei, interpretar o alcance do foro por prerrogativa, adotando uma posição intermediária, mediante aprovação da Lei 10.628/02, definindo que o foro seria mantido apenas para *atos praticados no exercício da função*: “§ 1º—A competência especial por prerrogativa de função, *relativa a atos administrativos do agente*, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da

⁴⁰⁶MARSHALL, Lawrence C. Divesting The Courts: Breaking the Judicial Monopoly on Constitutional Interpretation. **Chicago-Kent Law Review**, Vol. 66, Issue 2, June 1990. HUSCROFT, Grant A. “Thank God We’re Here”: Judicial Exclusivity in Charter Interpretation and its Consequences. **Supreme Court Law Review**, Vol. 25, nº 2, 2004.

⁴⁰⁷BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 19-20.

função pública.” O STF, no entanto, derrubou a lei naquele julgamento, cuja ementa afirma: “*não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior*”.

A situação é curiosa, pois o STF decidiu que era inconstitucional uma lei que adotara entendimento mais restrito do que aquele que o próprio tribunal esposara até pouco tempo antes. Ora, se o STF, por meio do Verbete 394 de sua Súmula de Entendimento Predominante, veio a adotar aquela posição e depois a rejeitou, isso é em si sinal claro de que havia *espaço interpretativo* no interior do dispositivo constitucional. Tanto assim que, recentemente, no julgamento de questão de ordem na Ação Penal 937/RJ, a Corte voltou a alterar sua jurisprudência, restringindo ainda mais o foro por prerrogativa de função, limitando-o “apenas aos crimes cometidos durante o exercício do mandato e relacionados às funções desempenhadas”. Se é possível à jurisprudência adotar mais de uma posição sem violar a literalidade do dispositivo, patente que seria igualmente viável ao legislador transitar dentro desses limites e concretizar legislativamente o instituto. Contudo, o STF entendeu que apenas a ele caberia tal mister, atribuindo-se verdadeiro *monopólio* ou *exclusividade* na interpretação da Constituição. Contudo, como veremos mais à frente, inobstante o julgado em tela, essa posição atualmente figura como francamente minoritária e ultrapassada, sendo rejeitada pela própria Suprema Corte brasileira.

Postura menos radical, todavia, e que chegou a ser expressamente adotada não só no Brasil como também nos Estados Unidos é da *supremacia judicial*. Segundo ela, o Poder Judiciário não deteria qualquer *exclusividade* na interpretação da Constituição – e do direito de modo geral –, porém teria a *última palavra*, isto é, o poder de elucidar de modo definitivo para os demais poderes qual a interpretação da Constituição⁴⁰⁸.

É de se salientar que a tese da *última palavra* tem duplo sentido, sendo que apenas um deles corresponde à teoria da *supremacia judicial*. Pode-se dizer que o Poder Judiciário tem a *última palavra* na resolução de *um caso concreto*, visto que julga a causa com poder de fazer coisa julgada material. Nesse sentido, foi que a Suprema Corte americana, já nos idos de 1859, durante julgamento do caso

⁴⁰⁸FISS, Owen. Between Supremacy and Exclusivity. **Syracuse Law Review**, Vol. 57, 2007.

Ableman v. Booth, decidiu por unanimidade: “No power is more clearly conferred by the Constitution and laws of the United States, than the power of this court to decide, ultimately and finally, all cases under such Constitution and law (...)”. Sob esse enfoque, o que cabe aos juízes e tribunais definir com autoridade final, no entanto, não é a *interpretação correta da Constituição*, mas os casos a serem decididos segundo a Constituição e as leis. E, como bem pontuou Walter F. Murphy, “decidir casos’ sob a Constituição não é o mesmo que interpretar a Constituição de maneira que todas as demais autoridades tenham de seguir tal interpretação em outros casos concretos”⁴⁰⁹. Seria exatamente nesse segundo sentido que a expressão *última palavra* corresponderia à consagração da Supremacia Judicial. Nela, a *interpretação* conferida pela Suprema Corte não valeria apenas para *aquele caso*, mas vincularia todas as demais autoridades e poderes constitucionais também para as lides futuras.

Isto é, segundo a ideia de *supremacia judicial*, uma vez que a Suprema Corte definisse a *leitura* de determinado instituto constitucional, aquela interpretação tornar-se-ia doravante obrigatória para todos os demais órgãos do Estado. A interpretação da Suprema Corte teria a mesma autoridade da própria Constituição, constringendo, portanto, todos os demais agentes públicos, inclusive o Poder Legislativo⁴¹⁰.

Nos Estados Unidos, essa postura foi adotada expressamente pela primeira vez no julgamento do caso *Cooper v. Aaron*, de 1958, no qual a Suprema Corte decidiu ser inconstitucional decisão da escola Little Rock, no Arkansas, no sentido de suspender por dois anos e meio o programa de extinção da segregação racial. Embora a decisão do caso tenha sido correta, o fundamento da decisão parece-nos equivocado, ao confundir a supremacia constitucional com a supremacia judicial. Com efeito, nas razões do julgado, os juízes afirmaram que *Marbury* teria “declarado o princípio básico de que o judiciário federal é supremo na exposição do direito e da Constituição” e, portanto, “uma vez que os funcionários públicos são obrigados a prestar juramento de defesa da Constituição (conforme o Artigo VI, Cláusula 3), os

⁴⁰⁹MURPHY, Walter F. Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter. **The Review of Politics**, Vol. 48, Issue 3, Summer 1986, p. 409-410.

⁴¹⁰WALDRON, Jeremy. Judicial Review and Judicial Supremacy. **NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 14-57**, October 2014, p. 6.

funcionários que ignoraram a supremacia do precedente do Tribunal no caso Brown violaram seus juramentos”. Segundo esclarecem Larry Alexander e Frederic Shauer:

em *Cooper v. Aaron*, a Suprema Corte afirmou que as suas interpretações da Constituição vinculam todos os funcionários e que a obrigação dos funcionários não judiciais de obedecer à Constituição é uma obrigação de obedecer à Constituição tal qual interpretada por aquele Tribunal⁴¹¹.

A fundamentação, todavia, parece defeituosa, ainda que a conclusão esteja correta, porque a decisão da escola, de fato, era inconstitucional. Isso porque a inconstitucionalidade derivava não de contrariar a *jurisprudência* da Suprema Corte, mas sim por violar a Constituição em si⁴¹². Aquela lição, no entanto, foi repetida em *Baker v. Carr*, em 1962, quando os juízes afirmaram: “é a responsabilidade desta Corte” diante de uma questão de delicada interpretação constitucional funcionar “como última intérprete da Constituição”. Outro marco da adoção da tese da supremacia judicial foi o caso *City of Boerne v. Flores*, no qual os julgadores decidiram que era inconstitucional lei ordinária editada pelo Congresso, pelo mero fato de que ela visara superar precedente fixado pela Suprema Corte no caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*⁴¹³.

A ideia de supremacia judicial também já encontrou eco no Supremo Tribunal Federal brasileiro. Por exemplo, na decisão da já citada ADIn 2797, o relator Sepúlveda Pertence afirmou que, além de a lei violar *formalmente* a Constituição por buscar interpretá-la, também a violara *materialmente* por contrariar exegese esposada pelo STF. Confira:

4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de ***opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição*** -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão

⁴¹¹No original: “In *Cooper v. Aaron*, the Supreme Court asserted that its interpretations of the Constitution bind all officials, and that the obligation of nonjudicial officials to obey the Constitution is an obligation to obey the Constitution as interpreted by the Supreme Court.” (ALEXANDER, Larry; SHAUER, Frederick. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, vol. 110, nº 7, 1997, pp. 1359.

⁴¹²MCCONNELL, Michael W. Originalism and the Desegregation Decisions. *Virginia Law Review*, Vol. 81, nº 4, May 1995.

⁴¹³BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 15-19.

de *intérprete final da Lei Fundamental*: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. (ADI 2797, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, sem grifos no original)

Igualmente no julgamento do Mandado de Segurança 26.603, relatado pelo min. Celso de Mello, constou da ementa do julgado trecho que acolhe a tese da supremacia judicial:

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (MS 26603, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007)

Trata-se, no entanto, de leituras equivocadas. No caso dos Estados Unidos, desde sua fundação, as principais figuras políticas do país defenderam que a guarda e interpretação da Constituição pertence, em alguma medida, a todos e a cada um dos poderes. Não haveria uma supremacia de quaisquer deles, mas igualdade, visto que nenhum dos departamentos constitucionais funcionaria como um *intérprete final* da Constituição. Pelo contrário, a autoridade de cada qual para interpretá-la seria de

mesma hierarquia⁴¹⁴. Alguns nominam tal posição de *departamentalismo*, teoria segundo a qual “cada braço do Estado poderia expressar seus pontos de vista à medida que as questões surgissem no curso normal de sua atividade (...). Mas nenhuma das opiniões de qualquer poder seria final ou oficial”⁴¹⁵.

James Madison já defendera essa posição perante o Congresso em 1789, em discurso que depois foi utilizado em julgamentos da Suprema Corte⁴¹⁶. Também Thomas Jefferson seguiu em linha semelhante. Ele acreditava que cada um dos braços do Estado era um guardião independente da Constituição e afirmava que conceder às cortes a autoridade de impor interpretações constitucionais sobre os demais colocaria o povo americano “sob o despotismo de uma oligarquia”⁴¹⁷:

Segundo a teoria de Jefferson, os três poderes devem ser 'coordenados e independentes um do outro'. As decisões de um deles, incluindo interpretações judiciais de questões constitucionais, 'não controlariam as decisões de outro ramo'. Cada Poder 'tem igual direito de decidir por si qual é o significado da Constituição nos casos submetidos à sua ação; e especialmente onde deve agir em última instância e sem apelo'. Esta última qualificação sugere que cada ramo é supremo em certas questões constitucionais”⁴¹⁸.

Assim também Abraham Lincoln. Tendo sido influenciado pelo próprio Thomas Jefferson, Lincoln estava convencido de que qualquer poder poderia atuar de modo indevido e prejudicar o governo constitucional e republicano instituído na Constituição americana. O simples fato de que juízes mencionassem a Constituição

⁴¹⁴MURPHY, Walter F. Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter. **The Review of Politics**, Vol. 48, Issue 3, Summer 1986, p. 411-412.

⁴¹⁵Original: “Each branch could express its views as issues came before it in the ordinary course of business: the legislature by enacting laws, the executive by vetoing them, the judiciary by reviewing them. But none of the branches’ views were final or authoritative.” KRAMER, Larry. **The People Themselves**: Popular Constitutionalism and Judicial Review. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 109.

⁴¹⁶MURPHY, Walter F. Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter. **The Review of Politics**, Vol. 48, Issue 3, Summer 1986, p. 412. FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**: Interpretation as a Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 235-236.

⁴¹⁷GEORGE, Robert P. **Coscience and its Enemies**: Confronting the Dogmas of Liberal Secularism. Wilmington: ISI Books, 2016, p. 50.

⁴¹⁸Original: “Under Jefferson's theory, the three branches must be 'co-ordinate and independent of each other'. Decisions by one branch including judicial interpretations of constitutional questions, were to be given 'no control to another branch'. Each branch 'has an equal right to decide for itself what is the meaning of the Constitution in the cases submitted to its action; and specially where it is to act ultimately and without appeal'. This latter qualification suggests that each branch is supreme on certain constitutional questions”. FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**: Interpretation as a Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 238.

e afirmassem estarem executando-a em seus julgados não impedia que exercitassem poderes fora dos limites constitucionais. Salientava isso não só pelo risco de que os juízes errassem em certos julgados, o que reputava inevitável ante a falibilidade humana, mas também pelo perigo de que invadissem a autoridade das funções políticas, atuando fora das balizas jurídicas e enfraquecendo o autogoverno democrático. Por isso, defendia que decisões judiciais seriam obrigatórias entre as partes do processo e sua motivação deveria ser levada em conta pelos demais poderes, mas a interpretação constitucional adotada não seria vinculante para eles. Foi assim, inclusive, que atuou enquanto Presidente, praticando uma série de atos que contrariavam o precedente firmado no caso *Dred Scott*, o que mais tarde levou à superação daquela decisão⁴¹⁹:

Lincoln considerava a Suprema Corte um ramo co-igual, não superior, do governo. O Tribunal existia como um braço de um sistema político, sujeito a uma combinação de freios e contrapesos, incluindo a força da opinião pública. Assim, em seu discurso inaugural em 1861, ele negou que as questões constitucionais pudessem ser resolvidas apenas pela Suprema Corte. Se a política governamental sobre 'questões vitais que afetam todo o povo for irrevogavelmente fixada' pela Suprema Corte, 'o povo terá deixado de ser seu próprio governante'. Para ele, o Congresso e o presidente eram livres para chegar a seus próprios julgamentos constitucionais, mesmo que em desacordo com decisões anteriores da Corte, deixando então para a Corte decidir novamente.⁴²⁰

Além das lições de figuras-chave na formação dos Estados Unidos, historicamente, é um fato que o Judiciário não determinou de forma isolada e com exclusividade a leitura dos direitos constitucionais; pelo contrário, “a praxe do Congresso e do Executivo durante anos ajudou a moldar o sentido da Constituição”⁴²¹. Ademais, a análise histórica mostra que a Suprema Corte

⁴¹⁹GEORGE, Robert P. **Conscience and its Enemies**: Confronting the Dogmas of Liberal Secularism. Wilmington: ISI Books, 2016, p. 52-58.

⁴²⁰Original: “Lincoln regarded the Supreme Court as a coequal, not a superior, branch of government. The Court existed as one branch of a political system, subject to a combination of checks and balances, including the force of public opinion. Thus, in his inaugural address in 1861, he denied that constitutional questions could be settled solely by the Supreme Court. If government policy on 'vital questions affecting the whole people is to be irrevocably fixed ' by the Supreme Court, 'the people will have ceased to be their own rulers'. Congress and the President were free to reach their own constitutional judgments, even if at odds with past Court rulings, and then let the Court decide again.” FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**: Interpretation as a Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 242.

⁴²¹FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**: Interpretation as a Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 243.

reconheceu em julgados que diante da possibilidade de equívoco pelo Tribunal, o legislativo não deveria se sentir embaraçado de legislar contra decisões anteriores, obrigando a justiça a reexaminar a questão. Isso de fato ocorreu em variadas circunstâncias, tendo atos legislativos infraconstitucionais efetivamente superado precedentes anteriores da Suprema Corte que interpretavam a Constituição⁴²². Esse arranjo jurídico, no qual o direito constitucional é a resultante da ação dos vários poderes, foi intitulado de *departamentalismo de construção coordenada*⁴²³.

A isso se soma que há casos em que se reconheceu que os constituintes entregaram determinados assuntos para exame exclusivo por algum dos demais departamentos de Estado que não o Poder Judiciário. É o que ocorre, por exemplo, no tocante às chamadas *questões políticas*⁴²⁴. Esse fato também desmistifica a ideia de supremacia judicial para interpretar a Constituição, ao menos no tocante a certos assuntos. Com efeito, na medida em que se reconhece que algumas matérias constitucionais são de competência exclusiva dos poderes políticos, sua aplicação depende da respectiva *autoridade interpretativa* e não da dos tribunais. Esse fenômeno de entrega exclusiva de certos temas a variados poderes do Estado é chamado de *supremacia departamental*⁴²⁵.

Em vista desses fatos, quando Alexander Bickel escreveu o seu clássico *The Least Dangerous Branch*, ele reconheceu que o Judiciário, particularmente a Suprema Corte, não atuam de modo isolado, mas sim “no curso de um contínuo colóquio com as instituições políticas e com a sociedade em geral”⁴²⁶. Logo, as decisões ocorrem num potencial *diálogo* entre o Judiciário e os braços políticos do Estado. Assim, caso a decisão não conquiste o consenso político necessário para sua manutenção, ela será superada por nova legislação ou pela alteração na composição dos Tribunais.

⁴²²FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**: Interpretation as a Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 247-252, 255-274. Alguns exemplos será objeto de exposição no item seguinte do trabalho.

⁴²³Sobre *Construção Coordenada*, vide, particularmente o item “F”, em: LIPKIN, Robert Justin. Which Constitution? Who Decides? The Problem of Judicial Supremacy and the Interbranch Solution. **Cardozo Law Review**, vol. 28, n. 3, 2006.

⁴²⁴TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A Doutrina das Questões Políticas no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, UFSC, Florianópolis, 2004.

⁴²⁵Sobre *Supremacia Departamental*, vide particularmente o item “F”, em: LIPKIN, Robert Justin. Which Constitution? Who Decides? The Problem of Judicial Supremacy and the Interbranch Solution. **Cardozo Law Review**, vol. 28, n. 3, 2006.

⁴²⁶BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven: Yale University Press, 1962, p. 240.

Bickel não ficou isolado quanto a esse ponto. Depois dele, em 1986, o consagrado professor de Princeton Walter Murphy escreveu artigo buscando responder à questão “*Who Shall Interpret?*”, a qual deu título ao trabalho. No texto, Murphy enfrenta a questão acerca de quem seria o intérprete final da Constituição (“*the Ultimate Constitutional Interpreter?*”). Após examinar a ideia de supremacia judicial e supremacia legislativa, ele conclui – ao analisar a história institucional do país – refutando a ideia de supremacia de quaisquer dos poderes. Diversamente, defende uma versão própria do departamentalismo, que reconhece o diálogo entre os braços do Estado e no qual, a depender do tema e das circunstâncias, cada um deles deve uma maior ou menor deferência ao(s) outro(s)⁴²⁷.

Diante desse quadro, pouco tempo depois, em 1988, Louis Fisher publicou sua clássica obra “*Constitutional Dialogue?*”, na qual descreve de modo pormenorizado como a concretização da Constituição americana ocorria por meio de um diálogo entre Poder Judiciário, órgãos políticos e sociedade. Apesar de aparentemente revolucionária para alguns, ele afirmou que sua exposição, à luz da história constitucional americana, constituía direito consolidado do país⁴²⁸. Desde então a ideia de *diálogo* vem sendo amplamente utilizada, seja do ponto de vista *descritivo*, como ferramenta que auxilia a examinar empiricamente a dinâmica do constitucionalismo no mundo real, particularmente as interações entre seus diversos atores; seja de forma *normativa*, por defender as soluções dialógicas como mecanismo hábil para superar a *dificuldade contramajoritária* do controle de constitucionalidade. Com efeito, atualmente, o termo diálogo:

É comumente usado para descrever a natureza das interações entre tribunais e os ramos políticos do governo na área de tomada de decisão constitucional, particularmente em relação à interpretação dos direitos constitucionais. As Teorias do Diálogo enfatizam que o judiciário (empiricamente) não tem um monopólio sobre a interpretação constitucional e (normativamente), de fato, não deveria tê-lo. Em vez disso, os juizes, quando exercitam o poder de revisão judicial, envolvem-se em uma conversa interativa, interconectada e dialética sobre o significado constitucional. Em suma, os julgamentos constitucionais são, ou idealmente deveriam ser, produzidos por meio

⁴²⁷MURPHY, Walter F. Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter. **The Review of Politics**, Vol. 48, Issue 3, Summer 1986.

⁴²⁸FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues: Interpretation as a Political Process**. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 232-233.

de um processo de elaboração compartilhada entre o judiciário e outros atores constitucionais.⁴²⁹

Seguindo na construção da teoria dialogais, no início da década de 90, William Eskridge, da faculdade de Direito de Yale, publicou artigos sobre a interação entre Congresso e Suprema Corte para a construção da leitura da Constituição. Com base em profunda e detalhada análise empírica e histórica, ele busca demonstrar, com amparo na *rational choice theory*, como os agentes responsáveis pela interpretação levam a possibilidade de resposta dos outros em conta no momento de decidir, submetendo-se a uma espécie de *jogo político sequencial*. Com fundamento nesses dados, constrói uma *teoria dinâmica da interpretação*⁴³⁰.

Na sequência, em 1993, Barry Friedman escreveu o artigo *Dialogue and Judicial Review*, no qual defende que a hipótese normativa que critica o controle de constitucionalidade por uma *dificuldade contramajoritária* estaria equivocada. Ele afirma que ela se fundamentaria numa descrição equivocada acerca da dinâmica da interpretação e concretização da Constituição. Segundo ele, “o processo de interpretação constitucional que realmente ocorre não institui um governo eleitoralmente responsável (e, portanto, legítimo) contra tribunais irresponsáveis (e, portanto, ilegítimos)”. Pelo contrário, “o processo cotidiano de interpretação constitucional integra todos os três ramos do governo: executivo, legislativo e judiciário. Nossa Constituição é interpretada diariamente por meio de um diálogo elaborado quanto ao seu significado”. Inclusive, o diálogo não se restringiria aos poderes de Estado, envolvendo também a sociedade civil: “todos os segmentos da

⁴²⁹No original: “In recent years, ‘dialogue’ has become an increasingly ubiquitous metaphor within constitutional theory. It is most commonly used to describe the nature of interactions between courts and the political branches of government in the area of constitutional decision-making, particularly in relation to the interpretation of constitutional rights. Dialogue theories emphasize that the judiciary does not (as an empirical matter) nor should not (as a normative matter) have a monopoly on constitutional interpretation. Rather, when exercising the power of judicial review, judges engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning. In short, constitutional judgements are, or ideally should be, produced through a process of shared elaboration between the judiciary and other constitutional actors.” BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, vol. 71, 2006, p. 1009. No mesmo sentido: SIGALET, Geoffrey; WEBBER, Grégoire; DIXON, Rosalind. Introduction. In: SIGALET, Geoffrey; WEBBER, Grégoire; DIXON, Rosalind (ed.). **Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 1.

⁴³⁰ESKRIDGE, William N. Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions. **Yale Law Journal**, Vol. 101, 1991. ESKRIDGE, William N.; FERRELL, John. Making the Deal Stick: Enforcing the Original Constitutional Understanding. **The Journal of Law, Economics, & Organization**, Vol. 8, Issue 1, March 1992. (co-authored with John Ferejohn) ESKRIDGE, William N. Reneging on History? Playing the Court/Congress/President Civil Rights Game. **California Law Review**, Vol. 79, 1991.

sociedade participam desse diálogo interpretativo constitucional”⁴³¹. Nessa “conversa”, aliás, segundo o autor, os Tribunais não seriam tão contramajoritários quanto se afirma, pois sofreriam influência dos demais atores, inclusive da opinião pública; tampouco os órgãos políticos representariam a suposta vontade inequívoca de uma maioria, como alguns pretendem. Pelo contrário, a sociedade seria formada de múltiplas vozes e a textura constitucional permitiria várias leituras, de modo que a interpretação constitucional formar-se-ia de forma dialógica e dinâmica, no contínuo colóquio de vários agentes, dentro do espaço deixado pelo texto constitucional.

No final da década de 90, a teoria dos diálogos desembarcou no Canadá, em artigo de Peter Hogg e Allison Bushell, no qual eles buscam responder à acusação de que o *judicial review of legislation*, viabilizado pela então recente *Charter of Rights and Freedoms* canadense, seria ilegítimo em virtude do suposto caráter antidemocrático do instrumento. Segundo eles, os críticos partem do equivocado pressuposto de que a decisão judicial obstruiria a autoridade do órgão legislativo. Contudo, após estudo empírico daquele país – o qual revelou que em cerca de 2/3 dos casos nos quais houve declaração de invalidade de uma lei, o Poder Legislativo aprovou norma em resposta à decisão judicial – os autores afirmam que do ponto de vista descritivo, o que é ocorre na prática é mais um *diálogo* entre Cortes e legisladores do que uma imposição daquelas. Os julgamentos dos Tribunais visariam mais influenciar na forma final das políticas públicas, do que ditá-la monocraticamente ou bloquear a atividade legiferante. À luz dos mecanismos e do contexto próprios da Carta de Direitos Humanos canadense, que viabilizam intensa interação entre judiciário e legislativo, os autores descreveram o documento como “*The Charter Dialogue between Courts and Legislatures*”⁴³². A ideia se tornou bastante eminente no debate canadense, onde o desenho institucional, verdadeiramente, permite forte interatividade entre decisões judiciais e reações legislativas. Poucos anos após o artigo mencionado, um dos mais destacados defensores atuais das teorias dialógicas de construção constitucional, o professor Kent Roach da faculdade de direito da Universidade de Toronto, iniciou suas publicações sobre o assunto. Em 2001, ele lançou o livro “*The Supreme Court on*

⁴³¹FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, Vol. 91, Issue 4, p. 580-581.

⁴³²HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 35, Issue 1, Spring 1997.

*Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*⁴³³. No mesmo ano, publicou seu artigo “*Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures*”⁴³⁴ e desde então seguiu escrevendo textos sobre o tema⁴³⁵.

De modo quase concomitante, o professor da Universidade da Califórnia Stephen Garbaum publicou seu famoso artigo sobre o novo modelo de constitucionalismo nos países influenciados pela Inglaterra: “*The New Commonwealth Model of Constitutionalism*”⁴³⁶. No trabalho, ele ressalta como um dos traços característicos desse modelo consiste exatamente no uso de diálogos interinstitucionais para a concretização dos direitos fundamentais. Esse novo modelo, em geral, busca compatibilizar o exercício de alguma forma de *judicial review* com a tradicional supremacia parlamentar, exatamente ao permitir e facilitar a reação do Legislativo a decisões judiciais: “embora assegurem às cortes o poder de proteger direitos, eles separaram a revisão judicial da supremacia judicial, outorgando aos legisladores o poder da palavra final”⁴³⁷. Um dos grandes benefícios desse modelo foi “transformar o discurso dos direitos constitucionais de um monólogo judicial em um mais rico e mais equilibrado diálogo interinstitucional”⁴³⁸. A partir daí, as teorias dialógicas se tornaram correntes nos vários países influenciados pela *Common Law*, como Reino Unido⁴³⁹, Estados Unidos⁴⁴⁰, Nova Zelândia⁴⁴¹, Austrália⁴⁴² e Israel⁴⁴³.

⁴³³ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Review or Democratic Dialogue**. Toronto: Irwin Law, 2001. O livro teve uma edição revisada publicada em 2016 pela mesma editora.

⁴³⁴ROACH, Kent. *Constitutional and Common Law Dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures*. **Canadian Bar Review**, Vol. 80, 2001, p. 481-533.

⁴³⁵ROACH, Kent. *Dialogic Judicial Review and its Critics*. **Supreme Court Law Review**, Vol. 23, nº 2, p. 49-104, 2004. ROACH, Kent. *Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States*. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 4, Issue 2, April 2006, p. 347–370. ROACH, Kent. *Dialogue in Canada and the Dangers of Simplified Comparative Law and Populism*. In: G. Sigalet; G. Webber; R. Dixon (Eds.). **Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions** (Cambridge Studies in Constitutional Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 267-307.

⁴³⁶GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 49, n.º 4, Autumn 2001.

⁴³⁷GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 49, n.º 4, Autumn 2001, p. 709.

⁴³⁸GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 49, n.º 4, Autumn 2001, p. 745.

⁴³⁹GEARTY, Conor. *Reconciling Parliamentary democracy and human rights*. **Law Quarterly Review**, Vol. 118, April 2002, p. 248-269. ALLAN, T. R. S. *Constitutional Dialogue and the Justification of Judicial Review*. **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 23, Issue 4, Winter 2003, p. 563–584. KICHMAN, Tom. *Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998*. **Public Law**, 2005, p. 306-335. YOWELL, Paul; HUNT, Murray; HOOPER, Hayley J. **Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit**. Oxford: Hart Publishing, 2015.

Na segunda década do presente século, as teorias dialógicas ganharam corpo também no Brasil e em outros países da América Latina. Para mencionar apenas alguns trabalhos no contexto nacional, em 2011, estudo empírico meticuloso de Thamy Pogrebinschi demonstrou que as decisões do STF não costumam colocar uma pá de cal sobre debates constitucionais. Pelo contrário, é usual que se estabeleça um diálogo institucional e o Congresso Nacional volte a se debruçar sobre assuntos já decididos pelo Judiciário, inclusive imediatamente após decisão e muitas vezes impondo alterações sobre a solução apresentada pelos tribunais⁴⁴⁴. No ano de 2013, tese de doutoramento da USP, com o título “Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição”, voltou a abordar a questão das teorias dialogais, aplicando-a ao contexto nacional⁴⁴⁵. Em estudo de matiz mais normativa, Vanice do Valle, em artigo de 2014, reconheceu a expansão constitucional no Brasil e apontou alguns de seus riscos, como uma possível “trajetória de deliberação substitutiva” pelo Judiciário em detrimento dos poderes políticos, com “reforço da inércia legislativa” e “alienação da sociedade em relação ao tema debatido, minando a responsividade democrática”. Por esses motivos, defendeu a adoção de um constitucionalismo dialógico no Brasil, entre Legislativo, Judiciário e opinião pública, de modo a preservar a defesa judicial dos direitos sem deterioração da democracia⁴⁴⁶. Em 2017, em obra monográfica sobre o assunto, Rodrigo Brandão publicou livro decorrente de sua tese de doutorado na UERJ, em que analisa o constitucionalismo americano e brasileiro, demonstrando que em ambos o Poder Legislativo e Executivo possuem mecanismos para responder a decisões ativistas do Poder Judiciário e efetivamente os

⁴⁴⁰BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, Vol. 71, Issue 3, 2006, p. 1109-1180.

⁴⁴¹GEDDIS, Andrew. ‘Inter-Institutional “rights dialogue” under the New Zealand Bill of Rights Act’. In: CAMPBELL, K. D. Ewing; TOMKINS, Adam. **The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 87-107.

⁴⁴²LEIGHTON, McDonald. ‘Rights “dialogue” and democratic objections to judicial review’. **Federal Law Review**, Vol. 32, nº 1, 2004.

⁴⁴³WEILL, Rivka. Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On the Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power. 39 *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 39, nº 2, 2011. WEILL, Rivka. Hybrid Constitutionalism: The Israeli Case for Judicial Review and Why We Should Care. **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 30, No. 2, 2012.

⁴⁴⁴POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação: Política, Direito e Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁴⁴⁵VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese (Doutorado em Direito) – PPGD em Direito, USP, São Paulo, 2013.

⁴⁴⁶VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Vol. 1, n.º 3, set./dez. 2014.

utilizam, de modo que o sistema em vigor nos dois países não é de supremacia judicial, mas de diálogos constitucionais⁴⁴⁷.

Enfim, o que se pode perceber a partir das teorias dialógicas é que elas demonstram que *empiricamente*, isto é, do ponto de vista descritivo, o Poder Judiciário não detém a única nem mesmo a última palavra acerca do sentido da Constituição. Ademais, sob o viés *normativo*, vários dos adeptos dessas correntes defendem que, especialmente, em virtude dos problemas para a democracia que a supremacia judicial atrai, as Cortes de fato não devem usufruir do poder de proferir a última dicção a respeito da interpretação constitucional. Pelo contrário, os vários poderes e também a população de modo geral devem interagir constante e sequencialmente a fim de estabelecer o conteúdo dos direitos, liberdades e garantias.

Pois bem, tendo isso em vista, no próximo tópico, estudaremos os mecanismos que os poderes políticos dispõe para responder a decisões judiciais ativistas.

4.3 Instrumentos de Reação Política ao Ativismo Judicial

O presente tópico do trabalho visa arrolar e explicar os mecanismos de que os poderes políticos dispõem para interagir com o Poder Judiciário. Ao permitir tal interação, esses instrumentos os capacitam a reagir diante de decisões ativistas. O fato de esses mecanismos viabilizarem uma resposta dos poderes políticos tem o potencial de reduzir o deficit democrático do controle de constitucionalidade e permitir a correção pela via majoritária (ou supermajoritária, no caso de emendas, como veremos) de decisões vistas como equivocadas ou invasivas da atribuição de outros órgãos. Para trabalhar esses pontos, inicialmente, demonstraremos os mecanismos disponíveis no direito brasileiro, valendo-nos também de exemplos de aplicação de institutos semelhantes em países estrangeiros. Ao final, descreveremos mecanismos típicos de países que adotam o sistema de *weak judicial review* (controle de constitucionalidade fraco), no caso, a *notwithstanding clause* canadense e o papel do Parlamento no sistema inglês de controle de constitucionalidade.

⁴⁴⁷BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Para melhor compreender a matéria, é interessante dividir os *instrumentos de interação* à disposição dos poderes políticos em dois grupos: a) *influências institucionais*; e, b) *mecanismos de superação legislativa*. Dentre os primeiros, teríamos: i) alteração do número de membros de um tribunal; ii) manipulação de suas competências; iii) punição de juízes; iv) arrocho salarial e orçamentário; v) não implementação de decisões judiciais; e, vi) seleção de novos membros para os tribunais. Já no segundo grupo, que abarca os modos de superação legislativa: i) emendas constitucionais; ii) leis ordinárias; iii) mecanismos de *weak judicial review*⁴⁴⁸.

Dentre os mecanismos de *influências institucionais*, arrolamos instrumentos jurídicos que permitem que os poderes políticos influam no interior do Poder Judiciário. Eles mudam a composição dos órgãos judiciários, as competências dos tribunais, os meios de que dispõem, ou reduzem a autoridade de suas decisões. Já os instrumentos de *superação legislativa* mantêm a estrutura e autoridade do Poder Judiciário intacta, porém alteram a ordem jurídica vigente, de modo a buscar superar a posição esboçada em precedente judicial. Pode-se dizer que afetam a atuação judicial *desde fora*; modificando as regras que são aplicadas pelos juízes e tribunais.

Rodrigo Brandão faz aqui uma crítica que nos parece pertinente e com a qual concordamos. Segundo ele, do ponto de vista normativo, a última espécie de instrumentos (superação legislativa) é superior. Ele aponta como razão para tanto o fato de que eles não provocam qualquer erosão do Estado de Direito e da independência judicial, atacando uma certa e determinada *interpretação jurídica* e não a instituição do Poder Judiciário⁴⁴⁹. Há mais uma razão que nos parece relevante: os mecanismos de superação legislativa, ao se direcionarem *claramente* contra certo *entendimento ou decisão jurídica* permitem que a opinião pública formule de forma mais transparente sua posição de concordância ou não com tal

⁴⁴⁸Valemo-nos aqui, com pequenas adaptações, da classificação de Rodrigo Brandão no item 7.2 de sua obra BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. O autor divide o que chama de *instrumentos de interação* em quatro grupos: 1) Ataques institucionais à Suprema Corte: alteração do número de juízes; manipulação de suas competências; *impeachment*. 2) Mudanças orçamentárias e salariais, bem como indicação e investidura de novos membros do Poder Judiciário. 3) Não Implementação de Decisões Judiciais. 4) Mecanismos de superação legislativa, dentre eles a *notwithstanding clause*.

⁴⁴⁹BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 285-286, 296-298, 307-308.

atuação dos poderes Executivo e Legislativo. Os mecanismos de ataque institucional, por outro lado, são difusos, não deixando tão patente a sua motivação. Um arrocho salarial ou orçamentário, por exemplo, pode ser defendido sob a alegação de austeridade fiscal ou justiça salarial, ainda que tenha por fim retaliar decisões judiciais. Assim, pode conquistar apoio público de parcelas da população que concordavam com a decisão que se busca retaliar. O mesmo tipo de confusão não parece ocorrer – ao menos não tão facilmente – com os instrumentos de superação legislativa.

Passemos ao estudo dessas espécies de mecanismos de interação. Cada uma será objeto de um subtópico respectivo.

4.3.1 Instrumentos de interação via influência institucional no poder judiciário

No presente item demonstraremos os vários modos de interação por influência institucional no interior do Poder Judiciário de que podem lançar mão os poderes políticos. Como dito acima, são basicamente seis os mecanismos de interação dessa espécie: i) modificação no quantitativo de juízes em um tribunal; ii) alteração das atribuições de um órgão judicial; iii) sanção pessoal dos juízes; iv) prejuízos remuneratórios ou orçamentários; v) desobediência; e, vi) indicação dos novos membros das Cortes.

O primeiro instrumento mencionado, portanto, é a alteração do número de membros de um tribunal. Esse é por vezes chamado de *empacotamento da Corte* (*Court packing*), e permite que o governo amplie o número de juízes e indique os ocupantes das novas cadeiras, apontando juristas alinhados com a coalização política majoritária atual. No Brasil, esse mecanismo foi utilizado pouco após o início do governo militar de 1964. O Ato-Institucional 2 de outubro de 1965 aumentou o número de ministros de 11 para 16⁴⁵⁰. Também nos Estados Unidos, houve alterações do número de membros da Suprema Corte, a fim de realinhar sua jurisprudência. Fundada com seis juízes, ela foi reduzida para 5 em 1801, por meio do *Judiciary Act*. Na ocasião, o antigo Partido Federalista, após derrota nas eleições

⁴⁵⁰CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Entre o Dever da Toda e o Apoio à Farda: Independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** [online]. 2017, v. 32, n. 94. Acesso em 1 Setembro 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.17666/329415/2017>>.

de 1800, buscava impedir que o presidente eleito Thomas Jefferson pudesse indicar um novo membro para o Tribunal. O partido do chefe do Executivo, no entanto, conseguiu revogar a lei e retomar o número original de juizes. Após algumas alterações decorrentes do processo de crescimento e consolidação do país e de sua estrutura judiciária, após chegar a contar com 10 juizes, o número atual de nove foi fixado em 1869 e desde então permaneceu inalterado⁴⁵¹.

Na década de 30, o Presidente Franklin Delano Roosevelt tentou empacotar a Corte, visando estabelecer uma maioria alinhada com o *New Deal*. Contudo, antes que o Court-Packing Plan de 1937 fosse votado, um dos juizes – *Justice Roberts* – mudou sua posição jurisprudencial, alinhando-se com o governo, o que fez a proposta perder força, não tendo sido aprovada. Na época, a mudança jurisprudencial ficou conhecida pela expressão: “*switch in time that saved nine*”, visto que pode ter sido responsável por impedir o empacotamento do Tribunal⁴⁵².

O segundo mecanismo mencionado de influência institucional consiste na manipulação das competências de um órgão judicial⁴⁵³. A ideia aqui é subtrair-lhe as causas que venham causando problemas para os órgãos políticos. Um exemplo seria a Reforma Constitucional de 1926 que extinguiu a doutrina brasileira do *Habeas Corpus*⁴⁵⁴. Algo nessa linha também foi defendido mais recentemente pelo ex-Ministro José Dirceu, em entrevista em outubro de 2018⁴⁵⁵. Na oportunidade, ele sustentou que o STF mantivesse apenas as competências para controle de constitucionalidade e se desfizesse das atribuições penais. Outro exemplo, e que visava esvaziar as competências da primeira instância, foi a lei mencionada acima (Lei 10.628/02) que buscava manter o foro por prerrogativa de função mesmo após o

⁴⁵¹WHY does the Supreme Court have nine justices? In: **National Constitutional Center**. Filadélfia, 6 jul. 2016. Disponível em: <<https://constitutioncenter.org/blog/why-does-the-supreme-court-have-nine-justices>>.

⁴⁵²FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues: Interpretation as a Political Process**. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 209-215. WHY does the Supreme Court have nine justices? In: **National Constitutional Center**. Filadélfia, 6 jul. 2016. Disponível em: <<https://constitutioncenter.org/blog/why-does-the-supreme-court-have-nine-justices>>.

⁴⁵³Louis Fisher dá o nome a esse fenômeno de “*Withdrawing Jurisdiction*” (**Constitutional Dialogues: Interpretation as a Political Process**. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 215).

⁴⁵⁴SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A Doutrina Brasileira do Habeas Corpus e a Origem do Mandado de Segurança: análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Vol. 45, nº 177, jan./mar. 2008, p. 75-82.

⁴⁵⁵NEGRISOLI, Lucas. Dirceu afirma que é preciso acabar com poderes do Supremo. In: **Estado de Minas**. Belo Horizonte, 1 out. 2018. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/10/01/interna_politica,993222/dirceu-afirma-que-e-preciso-acabar-com-poderes-do-supremo.shtml>.

fim do exercício da função. A ideia era exatamente deslocar competências dos órgãos de piso do Judiciário para o STF, numa espécie de *fórum shopping* por via legislativa, em resposta ao cancelamento da Súmula 394 do STF.

Um terceiro mecanismo de influência institucional seria a punição de juízes. A possibilidade do uso desse instrumento é expressamente mencionada por Alexander Hamilton, no famoso artigo 78 dos *Federalist Papers*⁴⁵⁶. Larry Kramer, defensor do constitucionalismo popular, também defende essa possibilidade⁴⁵⁷. De certo modo, essa hipótese foi recentemente aventada no Brasil, ante a oferta de pedido de *impeachment* pelo Presidente da República contra o Ministro do STF Alexandre de Moraes, ainda que rapidamente rejeitada pelo Presidente do Senado⁴⁵⁸.

Nos Estados Unidos, esse mecanismo também já foi testado. Com efeito, Samuel Chase, um eufórico adepto do Partido Federalista se tornou juiz da Suprema Corte americana em 1796. Em virtude de contundente postura partidária, colecionou choque com a administração de Thomas Jefferson após 1801. Em 1804 ele teve um processo de *impeachment* iniciado contra si aceito pela *House of Representatives*, a qual apontou oito artigos que teriam sido violados por Chase. No Senado, todavia, embora dominado por membros do partido de Jefferson (25 contra apenas 6 federalistas), Chase conseguiu impedir que os grupos favoráveis à sua condenação alcançassem o número de votos necessários para cassá-lo (2/3). Houve uma votação para cada um dos oito artigos indicados como violados por ele. Em três das votações, houve maioria (embora não qualificada) para condená-lo⁴⁵⁹.

Já houve no Brasil outras experiências mais grosseiras e despudoradas de buscar a punição de juízes, a fim de forçar um realinhamento da jurisprudência. Floriano Peixoto, por exemplo, proferiu ameaças de prisão contra ministros do STF caso deferissem *habeas corpus* em favor de pessoas que protestavam contra o fato de ele ter assumido a presidência após a renúncia de Deodoro, em vez de ter

⁴⁵⁶HAMILTON, Alexander. The Federalist n.º 78. In: ADLER, Mortimer J. (ed.). **Great Books of the Western World**. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc., 1991, p. 229-233.

⁴⁵⁷KRAMER, Larry. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 249.

⁴⁵⁸PACHECO rejeita pedido de impeachment contra Alexandre de Moraes. In: **CONJUR**. São Paulo, 25 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-25/pacheco-rejeita-pedido-impeachment-ministro-stf>>.

⁴⁵⁹CARRINGTON, R. W. The Impeachment Trial of Samuel Chase. **Virginia Law Review**, May 1923, Vol. 9, n.º 7, p. 485-500.

convocado eleições. No mesmo sentido, o Governo Provisório instituído após o Golpe de 1930 aposentou compulsoriamente seis ministros do STF⁴⁶⁰.

Um quarto mecanismo de influência institucional seria o arrocho salarial e orçamentário. De fato, o poder do Parlamento de fixar os orçamentos e definir os salários de todos os demais poderes, inclusive dos órgãos ligados ao sistema de justiça, sempre foi indicado como um clássico mecanismo do sistema de freios e contrapesos. Valendo-se dessa prerrogativa, nos Estados Unidos, após a decisão do caso *Reynolds v. Sims* – que desagradou políticos norte-americanos –, o Senado aprovou uma proposta legislativa concedendo aos juízes federais um aumento salarial três vezes maior do que o concedido especificamente aos membros da Suprema Corte. Questionado sobre a medida, o senador John Tower defendeu-a sob o seguinte argumento: “Visto que a Suprema Corte parece acreditar que pode legislar e emendar a Constituição, talvez seus membros não devam receber um salário superior ao dos legisladores”⁴⁶¹. O mecanismo também é passível de utilização no Brasil, onde a Constituição assegura ao Poder Judiciário apenas a elaboração de sua *proposta orçamentária* (art. 99, § 1º, da CEFB/88), enquanto o orçamento final é decidido por meio de lei aprovada pelo Congresso Nacional e sujeita a veto presidencial (art. 165, § 5º, I, c/c art. 166, ambos da CRFB/88).

Como quinto instrumento, temos a pura e simples desobediência, isto é, a decisão dos poderes políticos de não implementar decisões judiciais. É verdade que corre nos meios jurídicos a expressão: “decisão judicial não se discute, cumpre-se”. Outros menos radicais alegam que até poderiam ser discutidas, mas apenas nos autos e por meio dos recursos próprios. Contudo, os anais da história contam com exemplos, inclusive no Brasil, que demonstram que na prática nem sempre é assim. O próprio Louis Fisher reconhece, após seus estudos, que “o registro histórico demonstra convincentemente que a Suprema Corte não é infalível nem final. (...) a Corte, por vezes, experimenta substancial dificuldade em obter plena conformidade com suas decisões após elas serem proferidas”⁴⁶².

⁴⁶⁰BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 322-323.

⁴⁶¹Vide o capítulo 2 em: BARNES, Jeb. **Overruled?** Legislative overrides, pluralism, and contemporary court-Congress relations. Stanford: Stanford University Press, 2004. Ebook não paginado.

⁴⁶²FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**: Interpretation as a Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 221.

Para citar um caso dos Estados Unidos, em 1832, a Suprema Corte americana julgou o processo *Worcester v. Georgia*, no qual decidiu que os Estados-membros não poderiam impor regulações sobre territórios indígenas. Na situação concreta sob análise, o Estado da Geórgia, buscando dificultar a atuação de grupos missionários, proibiu brancos de viverem em terras de índios nativos sem uma autorização do governo estadual. Em virtude do descumprimento dessa lei, ordenou a prisão do missionário Samuel Worcester, o qual apelou à Suprema Corte que acabou julgando o caso em seu favor. O Estado da Geórgia, no entanto, ignorou a decisão e o manteve preso. O então Presidente Andrew Jackson negou-se a intervir para forçar o cumprimento da decisão⁴⁶³. Segundo registros apócrifos, Jackson teria feito o seguinte comentário jocoso: “John Marshall proferiu sua decisão; agora, deixe-o implementá-la”⁴⁶⁴.

A suposta frase de Andrew Jackson resume bem um fato já percebido por Hamilton nos Artigos Federalistas n. 78: de certo modo, o Poder Judiciário é o menos ameaçador, pois não possui a espada tampouco a chave do cofre. Outro exemplo que demonstra isso vem da Alemanha. Na região da Bavaria, após julgamento que determinou a retirada de crucifixos das escolas públicas, houve um *backlash* popular tão forte, que uma lei reverteu a decisão antes que fosse implementada e após algum tempo um juiz da Corte reconheceu: ao final, havia mais crucifixos nas escolas do que antes do julgamento⁴⁶⁵.

Vejamos alguns casos do Brasil. Em 2016, o já aposentado ministro do STF Marco Aurélio de Mello, em decisão monocrática proferida no bojo da ADPF 402, determinou o afastamento do senador Renan Calheiros da Presidência do Senado. O ministro entendera que o fato de o congressista ter se tornado réu o impedia de ocupar cargos na linha sucessória do Presidente da República. O fundamento pairava sobre o fato de o art. 86, § 1º, inciso I, da Constituição determinar o afastamento do Presidente caso se torne réu em ação penal. Logo, o ministro concluiu que cargos na linha sucessória do Presidente também não poderiam ser

⁴⁶³Worcester-v-Georgia. In: **Encyclopedia Britannica**, 24 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/Worcester-v-Georgia>>. Acesso em 8 de setembro de 2021.

⁴⁶⁴MILES, Edwin A. After John Marshall’s Decision: Worcester v. Georgia and the Nullification Crisis. **The Journal of Southern History**, Vol. 39, nº 4, 1973, p. 519-544.

⁴⁶⁵VANBERG, Georg. **The Politics of Constitutional Review in Germany** (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 2-4.

ocupados por réus em processos criminais⁴⁶⁶. Ao ter notícia da liminar, no entanto, a Mesa do Senado proferiu decisão afirmando que não cumpriria a ordem do STF. Os membros da direção da casa alegaram que ela impactava gravemente no funcionamento dos trabalhos e no esforço para julgar matérias importantes para contornar a crise econômica que afetava o país. Além disso, a decisão não observara o direito ao contraditório e à ampla defesa e pedia de análise pelo Plenário da Corte. Por fim, inexistia à época previsão concreta de que o senador pudesse vir a ocupar a Presidência da República⁴⁶⁷.

Outro exemplo nacional: o mesmo Marco Aurélio de Mello, em abril de 2016, determinara o processamento do *impeachment* do então Presidente da República, Michel Temer⁴⁶⁸. Entretanto, os partidos políticos simplesmente abstiveram-se de indicar nomes para a formação da Comissão Especial que analisa os pedidos de *impeachment* antes de irem a Plenário na Câmara dos Deputados. Os presidentes da Casa também não o fizeram. Assim, a instalação do processo de impedimento ficou inviabilizada. Marco Aurélio chegou a cobrar a Câmara dos Deputados a respeito do tema; contudo, sem sucesso⁴⁶⁹.

De maneira mais recente, um juiz de primeiro grau deu ordem judicial para barrar a indicação de Renan Calheiros como relator da CPI da Covid. A decisão foi proferida no bojo de ação popular⁴⁷⁰. O Presidente do Senado, Rodrigo Pacheco, no

⁴⁶⁶CANÁRIO, Pedro. Marco Aurélio afasta Renan Calheiros da Presidência do Senado. In: **CONJUR**. São Paulo, 5 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-05/marco-aurelio-afasta-renan-calheiros-presidencia-senado>>.

⁴⁶⁷GALLI, Marcelo. Senado ignora liminar que afastou Renan e diz que vai aguardar Pleno do STF. In: **CONJUR**. São Paulo, 6 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/senado-ignora-decisao-renan-aguardar-pleno-stf>>.

⁴⁶⁸RODAS, Sérgio. Marco Aurélio manda Cunha dar seguimento a *impeachment* de Temer. In: **CONJUR**. São Paulo, 5 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-05/marco-aurelio-manda-pedido-impeachment-temer-seguir>>.

⁴⁶⁹HIRABAHASI, Gabriel. Marco Aurélio cobra instalação da comissão do *impeachment* de Temer na Câmara. In: **Poder360**. Brasília, 7 dez. 2016. Disponível em <<https://www.poder360.com.br/justica/marco-aurelio-cobra-instalacao-da-comissao-do-impeachment-de-temer-na-camara/>>.

⁴⁷⁰SANTOS, Rafa. Juiz manda barrar Renan Calheiros para relatoria da CPI da Covid. In: **CONJUR**. São Paulo, 26 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/juiz-decide-renan-nao-moral-relatoria-cpi-covid>>.

entanto, anunciou que simplesmente não cumpriria a decisão⁴⁷¹. Poucas horas mais tarde, o TRF da 1ª Região derrubou a liminar⁴⁷².

É importante aqui repisar que tais constatações *descritivas* não redundam em sugestão *normativa* de fomento à desobediência de decisões judiciais. Basicamente, trata-se de constatação empírica que questiona a ideia de *supremacia judicial* e aponta um dos limites externos sofridos pelos órgãos jurisdicionais. Do ponto de vista normativo, como já mencionamos acima, entendemos que o mecanismo de *superação legislativa* é o mais adequado. Todavia, parece relevante lembrar o Poder Judiciário de que não há nada de infalível em suas decisões e que a “necessidade” de seu cumprimento é mais institucional do que *física*. E a autoridade institucional tem de ser construída, mantida e fortalecida permanentemente. Não há nada de inexorável nela. Assim, decisões excessivamente arbitrárias ou juridicamente infundadas podem acabar gerando atos de desobediência que sejam percebidos pelos demais poderes e até pela população como justificados, contribuindo para uma erosão paulatina da autoridade das instituições jurídicas e da independência judicial.

Como derradeiro instrumento de influência institucional, temos a indicação de novos membros para os tribunais. A atribuição dos poderes políticos de participarem no processo de formação da composição de tribunais é outro instrumento correntemente mencionado como típico do sistema de freio e contrapesos entre os poderes. Segundo Jeb Barnes, “o poder de indicação é o mais visível freio sobre as cortes, e pode afetar significativamente a jurisprudência, especialmente a da Suprema Corte”⁴⁷³. No Brasil e nos Estados Unidos a indicação é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado da República. Esse processo de escolha é fortemente influenciado pela conjuntura política⁴⁷⁴. Inúmeras instituições jurídicas e as forças políticas de modo geral são altamente ativas no

⁴⁷¹PACHECO: Senado não vai cumprir liminar que impede Renan de relatar CPI. In: **Gazeta do Povo**. Curitiba, 26 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/pacheco-nao-vai-cumprir-liminar-renan-cpi/>>.

⁴⁷²TRF-1 cassa liminar que impedia indicação de Renan para relatar CPI da Covid. In: **CONJUR**. São Paulo, 27 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/trf-cassa-liminar-proibia-renan-calheiros-relatar-cpi>>.

⁴⁷³Vide o capítulo 2, item “*Judicial Appointments*”, em: BARNES, Jeb. **Overrule?: legislative overrides, pluralism, and contemporary court-Congress relations**. Stanford: Stanford University Press, 2004. e-book não paginado.

⁴⁷⁴KAHN, Michael A. The Politics of the Appointment Process: An Analysis of Why Learned Hand Was Never Appointed to the Supreme Court. **Stanford Law Review**, Vol. 25, nº 2, Jan.1973, p. 283.

processo de escolha do indicado⁴⁷⁵. O apontamento de novos membros pode ter impacto decisivo em demandas polêmicas, nas quais a maioria formada no Tribunal seja tênue, e mesmo posições outrora assentadas podem ser alteradas após um número razoável de indicações. De todo modo, a mudança na composição e o poder das nomeações de alterar a jurisprudência estão sujeitos a contingências históricas, como o número de abertura de vagas num determinado mandato e o perfil do juiz que está de saída. Com efeito, a indicação de um jurista garantista, por exemplo, terá pouco impacto sobre a jurisprudência se aquele que deixa a Corte já defendia posições semelhantes⁴⁷⁶.

Ainda assim, visto que os juristas com potencial para serem indicados tendem a ter posição publicamente conhecida sobre temas complexos, é provável que sejam apontados juízes alinhados com o responsável pela indicação (por exemplo, o Presidente da República, no Brasil e nos EUA) e palatáveis para o órgão de controle (no caso brasileiro e americano, o Senado). Logo, a Suprema Corte tende a ser influenciada pela coalizão política majoritária. Assim, o judiciário tem pouca capacidade de se opor a coalizações políticas sólidas e duradouras.

Com isso, encerram-se os mecanismos de interação baseados na influência direta no interior das instituições judiciárias. No próximo subtópico, verificar-se-ão os instrumentos para superação legislativa de precedentes.

4.3.2 Instrumentos de interação via superação legislativa de precedentes

Com o presente tópico, ingressamos no exame da segunda espécie de mecanismos de interação: aqueles que visam superar, por ação legislativa, normas criadas pela via jurisprudencial. São três basicamente os mecanismos: i) alteração formal da Constituição pela via de emenda; ii) aprovação de leis ordinárias buscando instituir leitura constitucional diversa daquela consagrada em precedente judicial; iii) mecanismos de *weak judicial review*.

No tocante ao primeiro instrumento, as emendas constitucionais, consubstanciam a mais potente forma de superação legislativa de posições

⁴⁷⁵FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**: Interpretation as a Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 135-136.

⁴⁷⁶BARNES, Jeb. **Overrule?**: legislative overrides, pluralism, and contemporary court-Congress relations. Stanford: Stanford University Press, 2004. e-book não paginado.

jurisprudenciais. De fato, as emendas alteram o próprio parâmetro do controle de constitucionalidade e possuem limitações apenas nas chamadas cláusulas pétreas. Por outro lado, são também a forma politicamente mais custosa de reversão, visto que em regimes sob constituições rígidas, requerem quórum e procedimento mais exigente para sua aprovação.

Apesar dessas dificuldades, a história registra alguns exemplos. No Brasil, em 1997, o STF, no julgamento do REExt. 153.771, decidiu que o IPTU não poderia ter caráter progressivo, salvo na hipótese excepcional do art. 182, § 4º, II⁴⁷⁷. Em resposta, o Congresso aprovou a Emenda Constitucional nº 29/00, a qual passou prever que o IPTU, “sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, (...) poderá: I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel”.

Em outra situação que ilustra o uso desse instrumento, o STF julgou em inúmeros casos ser inconstitucional a cobrança de *taxa* de iluminação pública pelos municípios, visto que o serviço não seria específico e divisível⁴⁷⁸. O Parlamento brasileiro, então, instituiu a competência municipal para implementação de *contribuições* para custeio de iluminação pública, por meio da Emenda Constitucional 39/02. Ainda em mais um exemplo tratando da temática tributária, no REExt. 203.075, de 1999, o mesmo tribunal decidiu que seria inconstitucional a exigência de ICMS sobre importação operada por pessoas físicas⁴⁷⁹. Essa posição

⁴⁷⁷Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...) § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: (...) II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

⁴⁷⁸Apenas a título ilustrativo, vide: IPTU - PROGRESSIVIDADE - LEI MUNICIPAL ANTERIOR À EC Nº 29/2000 - SÚMULA 668/STF - TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - INCONSTITUCIONALIDADE - SÚMULA 670/STF - TAXA DE COLETA DE LIXO E LIMPEZA PÚBLICA - INCONSTITUCIONALIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (AI 417958 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 25-08-2006 PP-00063 EMENT VOL-02244-04 PP-00848)

⁴⁷⁹EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PESSOA FÍSICA. IMPORTAÇÃO DE BEM. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DO ICMS POR OCASIÃO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física. 2. Princípio da não-cumulatividade do ICMS. Pessoa física. Importação de bem. Impossibilidade de se compensar o que devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. Não sendo comerciante e como tal não estabelecida, a pessoa física não pratica atos que envolvam circulação de mercadoria. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 203075, Relator(a):

foi, então, superada pela Emenda nº 33/01 à Constituição, passando a prever a incidência do tributo “sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior *por pessoa física ou jurídica*”.

Mesmo nos Estados Unidos, onde o processo de aprovação de emendas constitucionais é extremamente dificultoso, já houve casos de superação legislativa da jurisprudência por meio desse instituto. Com efeito, segundo a Constituição americana, apenas 2/3 de algumas das Casas do Congresso pode propor emendas. A ratificação exige ratificação por $\frac{3}{4}$ dos Estados-membros. Alternativamente, seria possível que 2/3 dos Estados convocassem uma convenção para emendar a Constituição, mas isso nunca ocorreu. Ainda assim, em quatro ocasiões houve o uso bem-sucedido desse mecanismo para superação jurisprudencial⁴⁸⁰.

A primeira oportunidade ocorreu ainda no século XVIII. A Suprema Corte relativizou a imunidade dos Estados perante o Judiciário Federal, quando, no caso *Chisholm v. Georgia*, de 1793, afirmou que um Estado poderia ser judicialmente acionado perante órgãos da Justiça da União caso o autor da ação fosse de outro Estado. Por meio da Emenda Constitucional nº 11, a primeira após o Bill of Rights americano, houve uma reversão dessa posição, impedindo o ajuizamento de ações contra Estados-membros perante a Justiça Federal, ainda que por residentes de outros Estados.

Também nos Estados Unidos esse instrumento foi utilizado para superar a infame decisão do caso *Dred Scott v. Sandford*, em que a Suprema Corte declarou que os escravos negros não seriam cidadãos protegidos pela Constituição e, portanto, não teriam aptidão para acionar os tribunais, além de que figurariam como propriedade de seus donos, de modo que não poderiam ser deles retirados sem o respeito ao devido processo legal. A decisão ainda reforçou as instituições escravistas, ao determinar que o Congresso não poderia proibir a escravidão nos territórios federais. Após a Guerra Civil, durante o chamado período da Reconstrução, foram aprovadas as Emendas Constitucionais: nº 13, proibindo a escravidão no país; nº 14, consagrando que todas as pessoas, incluindo os negros,

ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: MAURÍCIO CORRÊA, Primeira Turma, julgado em 05/08/1998)

⁴⁸⁰As descrições dos casos abaixo foram todas extraídas do item “*Constitutional Amendments*”, no capítulo 6 de: FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**: Interpretation as a Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 201-206.

eram cidadãos americanos, aptos a requererem seus direitos perante os tribunais; e, de nº 15, reconhecendo aos negros o direito ao voto.

O terceiro exemplo veio com a Emenda Constitucional nº 16, ratificada em 1913, a qual reverteu a decisão do caso *Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co.* (1895). Nesse julgamento, a Suprema Corte houvera decretado que a União não possuía poderes para instituir tributo sobre renda. Por fim, a Emenda Constitucional nº 21, cuja ratificação ocorreu em 1913, superou o julgamento do caso *Oregon v. Mitchell*. Com essa emenda, todo cidadão americano maior de 18 anos passou a contar com direito de voto, tanto nas eleições federais quanto estaduais de qualquer Estado-membro.

O segundo instrumento listado de superação de precedentes são as leis ordinárias. Talvez esse seja o mecanismo de superação jurisprudencial mais curioso num primeiro momento. Poder-se-ia questionar: como poderia a *lei ordinária* superar a jurisprudência sobre a interpretação da própria Constituição? Não estaria, assim, a lei alterando o próprio direito constitucional? Apesar de contraintuitivo, seu uso é consagrado em vários países, inclusive no Brasil. Em solo canadense, esse instrumento é assertivamente chamado de leis “*in your face*” ou “*in your face reply*”. Também é comum, em língua inglesa, a nomenclatura de *statutory reversals*⁴⁸¹ ou *legislative override*⁴⁸².

No Brasil, a leitura mais comum é a de que a superação da jurisprudência constitucional por via legal configura um modo de *mutação constitucional*, isto é, de modificação do *conteúdo* do direito constitucional, sem alteração *formal* do *texto* da Constituição, operada no caso por via legislativa⁴⁸³. Quando ocorre o uso correto desse mecanismo, o que se dá não é a mudança da Constituição, mas a alteração do modo como ela é concretizada. Isso ficará mais claro por meio dos exemplos a seguir, mas cabe adiantar que esse fenômeno ocorre quando a norma constitucional

⁴⁸¹FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**: Interpretation as a Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 206-209. ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 4, Issue 2, April 2006, p. 347-370.

⁴⁸²STEPHANOPOULOS, Nicholas. The Case for the Legislative Override. **Journal of International Law and Foreign Affairs**, 2005, Vol. 10, p. 250-295. BARNES, Jeb. **Overrule?**: legislative overrides, pluralism, and contemporary court-Congress relations. Stanford: Stanford University Press, 2004. e-book não paginado.

⁴⁸³Vide o tópico “A interpretação constitucional legislativa”, em: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais*. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, Vol. 5, 1994, p. 13 e 14. Também o verbete “Mutação Constitucional” em: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**, 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

deixa um espaço semântico passível de diversas formas de concretização. Em geral, num primeiro momento, na ausência de norma legal especificando o tratamento dado à matéria, a jurisprudência concretiza o direito de um certo modo. Discordando dessa leitura, o legislador concretiza a norma de maneira distinta, mas sem romper com os limites linguísticos da norma constitucional.

Aprofundemos, primeiramente, no caso brasileiro. Nossa Constituição, em seu art. 102, § 2º, é expressa no sentido de que a função legislativa não está sujeita ao efeito vinculante das decisões do STF⁴⁸⁴. Nesse sentido, pois, firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴⁸⁵. Desse modo, nada impede que os poderes políticos criem normas idênticas a outras já declaradas inconstitucionais. Inclusive, esse tema foi expressamente abordado pelo então Ministro Sepúlveda Pertence, no julgado do Agravo Regimental na Reclamação 2.617-5/MG, no qual afirmou:

Considero salutar que o efeito vinculante não alcance o legislador de modo a impedir-lhe a reedição de norma similar ou de conteúdo idêntico. É que, quando o Supremo Tribunal conclui pela constitucionalidade, não estando o próprio Supremo vinculado, a questão pode ser reaberta. Mas não, assim, quando o Supremo declara inconstitucional a lei: aí, a única forma de o tema constitucional, em atenção, às vezes, às mutações constitucionais que a própria história impõe, voltar ao Tribunal é que o legislador edite norma similar.

Esse fenômeno deixa claro que no Brasil não vigora um regime de supremacia judicial, mas sim de diálogos constitucionais. A Suprema Corte

⁴⁸⁴Art. 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.” (sem itálico no original)

⁴⁸⁵Vide a título ilustrativo o seguinte julgado: RECLAMAÇÃO – PRETENDIDA SUBMISSÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO AO EFEITO VINCULANTE QUE RESULTA DO JULGAMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS CAUSAS DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE – INADMISSIBILIDADE – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE O CHEFE DO PODER EXECUTIVO, POR MEIO DE SANÇÃO (ATO IMPREGNADO DE QUALIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL E INTEGRANTE DO PRÓPRIO PROCESSO DE FORMAÇÃO DAS LEIS), CONVERTER, EM LEI, PROJETO CUJO CONTEÚDO ESTARIA EM CONFLITO COM DECISÃO CONFIRMATÓRIA DA CONSTITUCIONALIDADE DE CERTO DIPLOMA LEGISLATIVO, PROFERIDA, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, PELA SUPREMA CORTE – DOUTRINA – PRECEDENTES – INVIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO, NESSE CONTEXTO, DO INSTRUMENTO PROCESSUAL DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSOS E DE AÇÕES JUDICIAIS EM GERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (Rcl 14156 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 12-05-2014 PUBLIC 13-05-2014)

brasileira, inclusive, já reconheceu esse fato no julgamento da ADI 5.105, relatada pelo Min. Luiz Fux. Embora longa, a ementa merece citação de toda a parte relativa aos diálogos constitucionais, visto que bem sumariza o tema:

(...) TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS. ARRANJO CONSTITUCIONAL PÁTRIO CONFERIU AO STF A ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA (VIÉS FORMAL) ACERCA DAS CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE SUPREMACIA JUDICIAL EM SENTIDO MATERIAL. JUSTIFICATIVAS DESCRITIVAS E NORMATIVAS. PRECEDENTES DA CORTE CHANCELANDO REVERSÕES JURISPRUDENCIAIS (ANÁLISE DESCRITIVA). AUSÊNCIA DE INSTITUIÇÃO QUE DETENHA O MONOPÓLIO DO SENTIDO E DO ALCANCE DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA PELO CONSTITUINTE REFORMADOR OU PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE AS INSTÂNCIAS POLÍTICAS AUTOCORRIGIREM-SE. NECESSIDADE DE A CORTE ENFRENTAR A DISCUSSÃO JURÍDICA SUB JUDICE À LUZ DE NOVOS FUNDAMENTOS. PLURALISMO DOS INTÉRPRETES DA LEI FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES. ESTÍMULO À ADOÇÃO DE POSTURAS RESPONSÁVEIS PELOS LEGISLADORES. STANDARDS DE ATUAÇÃO DA CORTE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS DESAFIADORAS DA JURISPRUDÊNCIA RECLAMAM MAIOR DEFERÊNCIA POR PARTE DO TRIBUNAL, PODENDO SER INVALIDADAS SOMENTE NAS HIPÓTESES DE ULTRAJE AOS LIMITES INSCULPIDOS NO ART. 60, CRFB/88. LEIS ORDINÁRIAS QUE COLIDAM FRONTALMENTE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE (LEIS IN YOUR FACE) NASCEM PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE INCONSTITUCIONALIDADE, NOTADAMENTE QUANDO A DECISÃO ANCORAR-SE EM CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS (CLÁUSULAS PÉTREAS). ESCRUTÍNIO MAIS RIGOROSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ÔNUS IMPOSTO AO LEGISLADOR PARA DEMONSTRAR A NECESSIDADE DE CORREÇÃO DO PRECEDENTE OU QUE OS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E AXIOLÓGICOS QUE LASTREARAM O POSICIONAMENTO NÃO MAIS SUBSISTEM (HIPÓTESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA LEGISLATIVA).

1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes.

2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo,

ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República.

3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional.

4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, ex vi do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República.

5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal.

5.1. A emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CRFB/88 (i.e., limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais.

5.2. A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis in your face) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas. (...) (ADI 5105, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016)

Pois bem. Diante dessas lições, vejamos alguns casos concretos nacionais de superação da jurisprudência constitucional pela via da legislação ordinária. O § 5º do art. 40 da CRFB/88 prevê uma exigência diferenciada para a aposentadoria de quem comprovar “tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio”. Previsão idêntica consta do § 8º do art.

201. A pergunta que fica é: o que configura *exercício das funções de magistério*? Por exemplo, seria computado como tal apenas a docência em sala de aula ou também o exercício de funções de coordenação e direção? A Constituição deixa margem para interpretação. O STF deparou-se com essa questão algumas vezes e chegou à conclusão que foi corporificada no Enunciado 726 de sua Súmula de Entendimento Predominante: “Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.” A redação do verbete é de 2003, baseando-se em posição que se consolidou em julgados que ocorreram entre 1992 e 2001. Em 2006, no entanto, o legislador inseriu o seguinte dispositivo na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (§ 2º do art. 67), por meio da Lei 11.301/06:

Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, *incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.* (sem grifos no original)

A norma, nitidamente, supera a jurisprudência consolidada em verbete de Súmula do STF. O Tribunal enfrentou a questão acerca da constitucionalidade da novel legislação no julgamento da ADI 3.772 e considerou o dispositivo válido, desde que as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico sejam desempenhadas por um professor e não por alguém estranho ao corpo docente.

Ainda: nossa Constituição prevê, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ao interpretar essa cláusula, no bojo da ADPF 144, o Plenário do STF entendeu que ela impediria que houvesse declaração de inelegibilidade eleitoral antes do trânsito em julgado com base em condenação criminal. Ou seja, naquele momento, o STF interpretou a norma no sentido de que a ausência de trânsito em julgado obstaría não só a deflagração de efeitos *penais*, mas também de qualquer reflexo *eleitoral*. A Lei Complementar 135, alcunhada de “Lei da Ficha Limpa”, entretanto, contrariou essa orientação, e instituiu como cláusula de inelegibilidade a condenação por órgão colegiado pela prática de crimes especificados na lei. A

norma enfrentou questionamento quanto a sua constitucionalidade e, na decisão das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30, o Supremo Tribunal Federal decidiu inexistir choque entre a lei e o estado jurídico de inocência penal consagrado entre os direitos fundamentais da Constituição⁴⁸⁶.

Passemos para o caso canadense. Conforme estudo empírico já mencionado no item anterior, é corriqueira no país a edição de normas pelo Parlamento em resposta a julgamentos da Suprema Corte⁴⁸⁷. Além do mais, essa possibilidade chegou a ser expressamente reconhecida por aquele Tribunal no julgamento do caso *Vriend*:

o trabalho do legislativo é revisado pelos tribunais e o trabalho do tribunal em suas decisões pode ser alvo de resposta pelo legislador por meio da aprovação de nova legislação (ou mesmo de leis abrangentes sob a seção 33 da Carta⁴⁸⁸). Este diálogo entre Corte e Parlamento e a responsabilização de cada um dos poderes tem o efeito de fortalecer o processo democrático, não de negá-lo⁴⁸⁹.

Uma dobradinha de casos do Canadá bastante famosa e que ilustra o diálogo por meio de *in your face reply* foram as decisões *O'Connor* e *Mills*. No primeiro – *O'Connor case* –, a Corte deparou-se com processo criminal contra Hubert O'Connor por estupro de vulneráveis. Ele solicitou que pudesse ter acesso aos prontuários de atendimento médico e psicológico das vítimas, cuja confiabilidade dos relatos buscava colocar em xeque. Naquela situação, a Corte, por maioria apertada de 5 votos a 4, concedeu-lhe amplo direito de acesso aos registros. Todavia, apenas 2 anos depois, o Parlamento aprovou legislação que, basicamente, consagrava o voto vencedor – por vezes, de modo literal – tornando mais difícil o acesso a tais registros clínicos de alegadas vítimas de abuso sexual. No caso *Mill*

⁴⁸⁶A despeito da decisão do STF, a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa permanece sendo alvo de querela doutrinária. Para uma visão geral do assunto, confira: NÓBREGA, José Tadeu de Barros. **Inelegibilidades, presunção de inocência e a Lei da “Ficha Limpa”**. Tese (Doutorado em Direito). PUC/SP, São Paulo, 2016.

⁴⁸⁷HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 35, Issue 1, Spring 1997.

⁴⁸⁸A Seção 33 da Carta de Direitos Humanos do Canadá será explicada adiante.

⁴⁸⁹No original: "(...) the work of the legislature is reviewed by the courts and the work of the court in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation (or even overarching laws under section 33 of the Charter). This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it." (ROACH, Kent. *Constitutional and Common Law Dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures*. **Canadian Bar Review**, Vol. 80, 2001, p. 501)

essa nova legislação chegou até a Suprema Corte. O Tribunal reconheceu que a decisão do caso *O'Connor* correspondia a apenas *um dos vários regimes possíveis* para compatibilizar os princípios em questão. A Corte reconheceu expressamente que os tribunais não possuem qualquer monopólio na proteção e promoção de direitos e liberdades, de modo que possível ao Parlamento fazer sua própria leitura e interpretação da Carta de Direitos e do modo de concretizá-la, em diálogo com o Judiciário. Pensar diferente, segundo a Corte, prejudicaria a democracia⁴⁹⁰. Há um trecho do julgado que rejeita expressamente a ideia de *supremacia judicial* (teoria da última palavra) e abraça a concepção dos *diálogos* entre instituições:

(...) este Tribunal já tratou da questão da divulgação de registros de terceiros em processos de agressão sexual: vide *O'Connor*, supra. No entanto, é importante ter em mente que a decisão em *O'Connor* não é necessariamente a última palavra sobre o assunto. A lei se desenvolve por meio do diálogo entre tribunais e legislaturas. (...) Contra o pano de fundo de *O'Connor*, o Parlamento era livre para criar sua própria solução para o problema, de acordo com a Carta⁴⁹¹.

Nos Estados Unidos, por sua vez, há o comentado exemplo dos casos *Hammer v. Dagenhart* seguido por *United States v. Darby*.⁴⁹² No primeiro deles, a Suprema Corte examinou a constitucionalidade do *Keating-Owen Child Labor Act*, o qual, visando inibir o trabalho infantil, proibira a remessa interestadual de bens produzido com o uso de mão de obra de menores. A análise da lei chegou à Suprema Corte porque Roland Dagenhart, pai do menor de 14 anos Reuben, acionou a justiça alegando que sua liberdade de permitir que seu filho trabalhasse estava sendo violada. Quando o tema chegou à cúpula do Judiciário estadunidense, em votação apertada de 5 votos a 4, o Tribunal derrubou a lei, alegando que ela não

⁴⁹⁰BAKER, Dennis. **Not Quite Supreme**: The Courts and Coordinate Constitutional Interpretation. McGill-Queen's University Press: Londres, 2010, p. 21-24. ROACH, Kent. Constitutional and Common Law Dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures. **Canadian Bar Review**, Vol. 80, 2001, p. 502-503.

⁴⁹¹No original: "(...) this Court has previously addressed the issue of disclosure of third party records in sexual assault proceedings: see *O'Connor*, supra. However, it is important to keep in mind that the decision in *O'Connor* is not necessarily the last word on the subject. The law develops through dialogue between courts and legislatures. (...) Against the backdrop of *O'Connor*, Parliament was free to craft its own solution to the problem consistent with the Charter". (SIGALET, Geoffrey; WEBBER, Grégoire; DIXON, Rosalind. Introduction. In: SIGALET, Geoffrey; WEBBER, Grégoire; DIXON, Rosalind (ed.). **Constitutional Dialogue**: Rights, Democracy, Institutions. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 6)

⁴⁹²UNITED STATES V. DARBY LUMBER CO. In: **Wex**. Legal Information Institute. Acesso em 11 de setembro de 2021.

se enquadrava em qualquer competência expressamente outorgada à União e, por isso, violava a décima emenda à Constituição, a qual assegura apenas aos Estados-membros as competências residuais, cabendo ao Governo central apenas as competências limitadas e explicitamente enumeradas no texto constitucional. O julgamento ocorreu em 1918 e a lei derrubada fora publicada dois anos antes⁴⁹³.

Ocorre que cerca de 20 anos mais tarde, o Congresso americano voltou a editar lei coibindo o trabalho infantil e a circulação entre estados de bens produzidos com o uso desse tipo de mão de obra, o *Fair Labor Standards Act*. A lei era, inclusive, mais ampla, regulando vários aspectos das relações de emprego, incluindo salários-mínimos e horas semanais máximas além do trabalho infantil. Por efetuar remessa de madeiras produzidas com violação dos padrões exigidos na lei, a empresa *Darby Lumber Co.* acabou punida com base na legislação e judicializou a questão que foi parar na Suprema Corte. Dessa vez, por unanimidade, o Tribunal validou a lei, afirmando que ela fora produzida com fundamento na competência da União para regular o comércio entre Estados⁴⁹⁴.

Vistos esses mecanismos de superação legislativa de precedentes judiciais, resta ainda mais uma espécie não autorizada *de lege lata* no Brasil. São os mecanismos típicos das formas de *weak judicial review*, em que o Poder Judiciário tem poderes amplos para revisar a legislação, porém não a dicção final acerca de sua validade. Ou seja, nesse regime, os tribunais podem examinar se uma lei é compatível com a Constituição ou Cartas de Direitos Fundamentais, contudo, a palavra final sobre o tema fica a cargo do Parlamento⁴⁹⁵. O instrumento de engenharia institucional que concretiza esse modelo é a submissão, potencial ou necessária, da decisão que julga uma norma incompatível com a Constituição ao órgão legislativo.

Os principais exemplos atualmente são a Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades Fundamentais do Canadá e a sistemática do *Human Rights Act* do Reino Unido. O primeiro enquadra-se no modelo de controle de constitucionalidade

⁴⁹³HAMMER V. DAGENHART. In: **Oyez**. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1900-1940/247us251>>. Acesso em 11 de setembro de 2021.

⁴⁹⁴UNITED STATES V. DARBY. In: **Oyez**. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1940-1955/312us100>>. Acesso em 11 de setembro de 2021.

⁴⁹⁵DIXON, Rosalind. The Core Case for Weak-Form Judicial Review. **Cardozo Law Review**, Vol. 38, Issue 6, p. 2193. GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 49, n.º 4, Autumn 2001, p. 709.

instituído no Canadá em 1982, por meio da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A Carta é parte da Constituição canadense, gozando de rigidez e supremacia, de modo que as normas com ela inconsistentes não devem produzir efeitos. Embora ela não preveja expressamente mecanismo de controle judicial acerca da compatibilidade entre as leis e a Carta, desde sua promulgação, a Suprema Corte tem reconhecido a possibilidade de controle judicial pela via difusa como decorrente da cláusula de supremacia constitucional⁴⁹⁶. A Seção 33 da Carta, no entanto, chamada de *notwithstanding clause* ou *overriding clause*, prevê que o Parlamento canadense, nacional ou provincial, pode declarar que *inobstante (notwithstanding) a declaração judicial* de que uma lei é inconsistente com a Carta, a legislação seguirá operando. Essa determinação de que a lei siga com sua eficácia inalterada tem validade de 5 (cinco) anos e pode ser renovada sucessivas vezes. O efeito prático da previsão é garantir “a operação da legislação, mesmo se tal legislação for considerada por um tribunal como incompatível com os direitos e liberdades constitucionais”⁴⁹⁷. Cuida-se de uma forma de permitir que o Judiciário pronuncie-se sobre o tema, porém deixando que o Parlamento tenha a última palavra. O dispositivo, no entanto, tornou-se irrelevante na prática. Ele nunca foi utilizado pelo Legislativo nacional e, no âmbito regional, pouquíssimas vezes, somente pela Província de Quebec. A experiência de diálogos no Canadá tem ocorrido majoritariamente por meio das leis *in your face*⁴⁹⁸, acima examinadas.

A teor da sistemática britânica, instituída pelo *United Kingdom's Human Rights Act*, aprovado em 1998 e com vigência a partir do ano 2000, os termos da Convenção Europeia de Direitos Humanos passaram a ser incorporados como legislação interna do Reino Unido. Ademais, segundo a Seção 3 do *Human Rights Act*, os tribunais devem, *sempre que possível*, interpretar e aplicar toda a legislação de modo compatível com aquela convenção. A cláusula institui, com isso, a obrigatoriedade de algo semelhante ao instituto da *interpretação conforme a*

⁴⁹⁶GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 49, n.º 4, Autumn 2001, p. 719-723.

⁴⁹⁷No original: “it secures the operation of legislation even if such legislation is held by a court to be inconsistent with constitutional rights and freedoms”. WEBBER, Grégoire. Notwithstanding Rights, Review, or Remedy? On the Notwithstanding Clause and the Operation of Legislation. **University of Toronto Law Journal**, Vol. 71, n.º 4, fall 2021, p. 510-538.

⁴⁹⁸HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 35, Issue 1, Spring 1997. Vide particularmente o item III, “A”, 1.

Constituição no Brasil. Já a Seção 4 prevê que, caso alguma das Cortes superiores previstas em rol constante daquela própria lei entenda que não é possível compatibilizar a legislação com a Convenção de Direitos Humanos, o Tribunal pode efetuar uma declaração formal de incompatibilidade, algo como uma *declaração de inconstitucionalidade*. Contudo, conforme previsão expressa do item 6 daquela mesma Seção 4, não obstante tal declaração, a norma segue sendo *válida e eficaz*. O Parlamento, no entanto, é notificado e fica autorizado o uso de um *fast track*, por meio do qual o ministro da pasta competente pode sozinho alterar a legislação para torná-la compatível com a Convenção, sem precisar aprovar uma lei por meio das duas Casas do Legislativo⁴⁹⁹.

Esse é um sistema em que se assegura ainda em maior medida a autoridade parlamentar. A declaração de inconstitucionalidade, basicamente, cria uma pressão política para alteração da lei e permite o uso de um procedimento mais exíguo. Contudo, a palavra acerca da efetiva compatibilidade ou não da norma segue sendo dos poderes políticos.

Com isso, encerra-se a descrição dos meios de reação dos poderes políticos. O trabalho encerrar-se-á, no próximo item, com uma conclusão final.

⁴⁹⁹GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 49, n.º 4, Autumn 2001, p. 732-739.

5 CONCLUSÃO

Procurou-se nos capítulos anteriores problematizar o ativismo judicial, buscando, inicialmente, examiná-lo sob um enfoque conceitual, uma vez que no estado atual da arte do tema, é importante que as discussões sobre o ativismo judicial deixem claro *o que entendem* por ativismo, a fim de evitarem a poluição semântica, as discordâncias meramente aparentes e o uso puramente retórico do conceito, com o intuito de estigmatizar decisões com as quais não se concorda. No presente trabalho, após exame da tradição do conceito, chegamos à definição de ativismo como o exercício da jurisdição por meio de decisões que substituem a *opção* do órgão, a princípio, competente para efetuar a *escolha*, por meio de padrões de hermenêutica jurídica inconsistentes, ou sem razões jurídicas suficientes.

A gravidade atual do ativismo judicial decorre, fundamentalmente, de dois fenômenos: a expansão do Poder Judiciário e a deterioração daquilo que podemos chamar de *razão jurídica*. A primeira foi deflagrada por ondas de ampliação das funções judiciais, principalmente, no tocante ao poder de controlar a constitucionalidade da legislação com base em princípios abstratos, bem como pela judicialização cada vez maior de temas políticos. Particularmente após a II Guerra Mundial houve a adoção de cartas constitucionais com amplos catálogos de direitos fundamentais, em geral, reconhecidos em dispositivos com redação bastante vaga e imprecisa. Concomitantemente, sobreveio a previsão de mecanismos judiciais de controle desses dispositivos. Esses fatos permitiram uma atuação muito mais impactante por parte de juízes e tribunais. Frise-se que a expansão do Poder Judiciário não se confunde com o ativismo judicial. Aquela é decisão política no sentido de conferir novas atribuições aos órgãos judiciais. Caso ele exerça esses poderes, mesmo que amplos, sem substituir decisões políticas com base em razões jurídicas insuficientes, não se configurará ativismo. Contudo, a expansão do Poder Judiciário e a judicialização da política acabam por funcionar como uma concausa relevante para que o ativismo tenha-se tornado um fenômeno tão grave e perversivo, visto que os temas que são objeto de escolha por parte de juízes não eleitos e impassíveis de responsabilização puramente política se tornaram cada vez mais importantes e impactantes do ponto de vista social.

No tocante ao que se pode chamar de *deterioração da razão jurídica*, ela se agudizou por conta do uso de padrões hermenêuticos cada vez mais abertos e que envolvem ampla discricionariedade judicial. Nesse sentido, linhas teóricas como o Realismo Jurídico, certas correntes de hermenêutica fortemente relativistas quanto ao conteúdo da linguagem, e o chamado neoconstitucionalismo permitiram que os juristas adotassem um raciocínio desapegado dos limites semânticos das normas, utilizassem instrumentos interpretativos mais abertos em quase toda situação (como se vê pelo abuso do princípio da proporcionalidade), utilizassem princípios abstratos a todo tempo, e se valessem de razões de outras ordens, como motivações de ideologia econômica, política ou moral.

A soma desses dois elementos (atribuições judiciais bastante expandidas e razão jurídica deteriorada) resultou num judiciário com atribuições paulatinamente ampliadas e intromissivas, e com decisões menos previsíveis, visto que se passou a poder decidir sobre temas novos e valendo-se de técnicas que possibilitam uma maior manipulação dos julgamentos. De certo modo, o produto disso foi o que Prieto Sanchís chamou de “*onipotência judicial*”⁵⁰⁰, isto é, do ponto de vista puramente descritivo, o Poder Judiciário passou a poder decidir qualquer coisa sobre qualquer tema.

O trabalho ainda conclui que esse quadro teórico pode ser sumarizado em dois equívocos: um primeiro de hermenêutica, o qual levou ao colapso dos limites semânticos das normas, permitindo que juízes simplesmente vejam as *regras legais* como uma espécie de *sugestão legislativa* sobre como concretizar os princípios constitucionais alegadamente envolvidos no caso. E vale frisar: princípios constitucionais *sempre* estão envolvidos, visto que a função por excelência da legislação é exatamente concretizá-los. Com efeito, o fim das regras é primordialmente prover um quadro jurídico apto a coordenar a vida social, concedendo razoável segurança e previsibilidade às relações intersubjetivas, a fim de promover os bens humanos básicos e os direitos humanos, os quais são o objeto principal das normas principiológicas⁵⁰¹. Por sua vez, o segundo erro, de expectativa institucional, leva a que se aloque excessivo poder nos órgãos judiciais para

⁵⁰⁰SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. **Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, nº 5, 2001, p. 207.

⁵⁰¹WEBBER, Grégoire. Human Goods and Human Rights Law: Two Modes of Derivation From Natural Law. In: ANGIER, Tom; BENSON, Iain; RETTER, Mark. **Cambridge Handbook of Natural Law and Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

concretizar – diretamente – os princípios constitucionais. Como em sua aplicação está envolvida ampla carga decisória, apostar no Judiciário implica anular a função das instituições políticas de criar as necessárias pontes entre as previsões abstratas das constituições e aquilo que acontece na sociedade.

Bem analisados, um equívoco complementa o outro: se o primeiro gera um colapso das regras e deixa o juiz sem guia normativo, o segundo permite que ele afirme que extraiu a decisão diretamente da Constituição, a partir de um catálogo bastante manipulável de princípios e aplicando técnicas que permitem – em larga medida – o voluntarismo judicial. Dá-se, assim, azo a que o juiz use uma espécie de “carta coringa”, para impor sua escolha alegando estar meramente aplicando a Constituição. Numa teoria constitucional como essa, o Poder Judiciário não controla mais as fronteiras do *quadro* constitucional dentro do qual as forças políticas atuam. Pelo contrário, ele pode sempre definir o *ponto* que supostamente *otimiza* os princípios, alegando que qualquer outra opção é inconstitucional. O problema que pode ser criado por esse movimento é o de que a Carta Constitucional deixe de cumprir a função de uma *Constituição modesta*, a qual garante uma estrutura básica de direitos individuais e sociais e cria um sistema político que permita as escolhas democráticas. Pelo contrário, no neoconstitucionalismo, a Constituição pode ser usada como uma espécie de “camisa de força”, a qual se diz possuir respostas prontas para todos os problemas relevantes – respostas essas que sempre coincidem com a preferência dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário – e, assim, acaba permitindo que os grupos que dominam os órgãos do sistema de justiça imponham suas preferências pessoais pela via da jurisdição constitucional.

Mas, afinal de contas, por que a invasão do Poder Judiciário sobre as escolhas políticas seria um fenômeno negativo? Quanto a esse ponto, conclui-se que o ativismo judicial atinge fundamentos importantes de nossa engenharia constitucional. Acreditamos que quatro são os mais importantes bens jurídicos agredidos pelo ativismo: o espaço legítimo da política; o princípio democrático; o Estado de Direito; e a separação de poderes.

O espaço legítimo da política exige que, em regimes razoavelmente funcionais, os órgãos representativos gozem de espaço suficiente de deliberação para que possam efetuar escolhas dentro de um amplo espectro de decisões razoáveis e responsáveis deixadas em aberto pela Constituição. Deveras, o uso de

redações abertas é uma técnica de alocação de autoridade no órgão com atribuição para concretizar o respectivo dispositivo. Logo, quando o constituinte vale-se de comandos normativos com maior grau de generalidade, há que se entender que ele decidiu alocar poder nos órgãos políticos de representação responsáveis por concretizar os princípios jurídicos. A política, a princípio, realiza melhor do que a jurisdição três tarefas básicas: experimentalismo, acomodação e alternância. Há inúmeras razões para crer que os órgãos políticos possuem melhor *capacidade institucional* para desempenhar essas funções. A jurisdição, pelo contrário, particularmente a jurisdição constitucional, acaba por gerar um engessamento do que é possível experimentar em termos de política pública, posição que tende a se perpetuar por longos períodos de tempo – até que haja alteração da composição da Corte ou alteração constitucional –, e com menor aptidão para adotar medidas de acomodação de interesses de grupos distintos. É claro que há temas que o constituinte expressamente importou para a Constituição, de modo que houve uma opção por *entrincheirar*⁵⁰² tal questão. O ativismo judicial, no entanto, acaba por fagocitar um número demasiado de temas, a princípio, deixados pelo constituinte para deliberação das maiorias políticas que se formam e se alternam no poder.

O princípio democrático, por sua vez, serve como técnica constitucional para espalhar o poder político, depositando uma pequena carga decisória em cada adulto mentalmente capaz de governar os próprios assuntos privados e não envolvido em ilícitos graves. O ativismo judicial, por outro lado, move o vetor da distribuição de poder político em sentido direto e gravemente oposto: ele deposita excessiva carga decisória em um pequeno e homogêneo grupo que ocupa a cúpula do Poder Judiciário. Parece, por isso, possível descrever o ativismo judicial como uma forma de *injustiça distributiva*, embora não de bens materiais, mas de capacidade de participação política efetiva.

Passando ao Estado de Direito, ele prescreve que “todas as ações do governo são regidas por normas *previamente* estabelecidas e divulgadas – as quais tornam possível prever com razoável grau de certeza de que modo a autoridade usará seus poderes coercitivos em dadas circunstâncias, permitindo a cada um

⁵⁰²BARBER, N.W. Why Entrench? *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14, n. 2, 2016, p. 325-50.

planejar suas atividades individuais com base nesse conhecimento”⁵⁰³. Em sua construção clássica⁵⁰⁴, o Estado de Direito ou Império da Lei (*Rule of Law*) exige que as leis sejam públicas, promulgadas, claras, prospectivas, inteligíveis, não contraditórias entre si, gerais e abstratas, além de que haja congruência entre o previsto pelo sistema legal e o efetivamente aplicado pelas instituições oficiais⁵⁰⁵. Na contramão dessas exigências, a cultura do ativismo judicial gera insegurança, pois mesmo uma questão já *resolvida* pela *escolha política* dos órgãos legislativos pode ser julgada em outro sentido, tornando a solução final imprevisível e estabelecida *a posteriori* da conduta julgada. Ademais, as regras de distribuição de atribuições e poderes são vilipendiadas e enfraquecidas⁵⁰⁶ e os órgãos do Poder Judiciário, especialmente os de cúpula, tornam-se potencialmente incontroláveis⁵⁰⁷.

Frise-se que como bem pontuou o cientista político Michael Novak⁵⁰⁸, “os dois mais antigos inimigos da raça humana são a pobreza e a tirania”. E a debilitação do Estado de Direito ocasionada, entre outros fenômenos, pelo ativismo judicial, arrisca minar a luta contra ambos os males. De fato, primeiramente ao combalir os limites da alocação de atribuições para o Poder Judiciário – e portanto a limitação de ação de um órgão de Estado –, o ativismo judicial ameaça um instrumento básico de governo constitucional, desenhado para impedir a concentração de poder apta a gerar abusos⁵⁰⁹. Em segundo lugar, o ativismo judicial gera prejuízos às perfeições formais, processuais e institucionais requeridas pelo Estado de Direito. O efeito

⁵⁰³HAYEK, Friedrich A. **O Caminho da Servidão**. Trad. Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 6ª edição. São Paulo: IMB, 2010. p. 89.

⁵⁰⁴WALDRON, Jeremy. The Rule of Law. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (edição de outono de 2016), Edward N. Zalta (ed.), disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>>. Acesso em junho de 2019.

⁵⁰⁵FINNIS, John. Aquinas and Natural Law Jurisprudence. DUKE, George; GEORGE, Robert (Eds.). **The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence** (Cambridge Companions to Law). Cambridge: Cambridge University Press. p. 54-55. BRADLEY, Gerard V. **A Student's Guide to the Study of Law**. Wilmington: ISI Books, 2014.

⁵⁰⁶DRAKEMAN, Donald L. Drakeman. Constitutional Counterpoint: Legislative Debates, Statutory Interpretation and the Separation of Powers. **Statute Law Review**, Vol. 38, Issue 1, fev. 2017, p. 116–124. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/slr/hmw027>>. MOREIRA, Melissa Carvalho. Reflexões Acerca do Ativismo Judicial: os Riscos da Atuação Extralegal do Poder Judiciário. **VirtuaJus**, Belo Horizonte: PUC Minas, v. 3, n. 5 (2018). pp. 213-234.

⁵⁰⁷“Treating judicial authority as the main basis for constitutional enforcement leaves the constitutionality of judicial power itself effectively unchecked.” WALDRON, Jeremy. Constitutionalism: a skeptical view. In: _____. **Political Political Theory: essays on institutions**. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2016. p. 42.

⁵⁰⁸NOVAK, Michael. **Catholic Social Thought & Liberal Institutions**. 2ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2000. p. xxiv. Tradução nossa.

⁵⁰⁹VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

disso não é apenas político, mas também econômico e social. Isso porque, conforme estudo dos economistas Peter Boetke da George Mason University e Robert Subrick⁵¹⁰, da Universidade James Madison, a análise empírica indica uma forte correlação entre a consistência do Estado de Direito numa nação e os resultados observados em termos de desenvolvimento econômico e social.

Por fim, o princípio da separação de poderes, ele gera incentivos para que as normas não sejam aplicadas de inopino. Faz isso valendo-se de uma técnica de estratificação e procedimentalização do poder decisório em etapas, sendo cada fase da elaboração normativa alocada num órgão distinto. Assim, o uso do poder coercitivo do Estado depende, em alguma medida, do consentimento de diferentes instituições e de certa deliberação no tempo. Antes que alguém possa ser prejudicado por uma medida coercitiva, seja pelo seu emprego pelo Executivo seja pelo seu uso por meio da via judicial, ela antes tem de ser proposta e analisada no âmbito legislativo⁵¹¹. Isso faz, ainda, com que um Poder dependa do outro, o que exige persuasão e, portanto, fortalece a comunicação interinstitucional, a transparência, a publicidade e a justificação, viabilizando a crítica e a revisão dos atos públicos. Também há um fomento à *expertise*, em virtude da especialização. Somados esses fatores, pode-se dizer que a separação de poderes favorece a *accountability*, alcançando o clássico desejo de reduzir o risco da tirania⁵¹².

É bem verdade que saindo das ideias gerais e penetrando no desenho concreto e na distribuição efetiva das funções dentro do desenho constitucional, a teoria clássica da separação de poderes tem sofrido muitas críticas e até certa desvalorização. Particularmente, vários foram os autores que chamaram a atenção para a ausência de corte cartesiano entre as funções de legislar e interpretar, além de que o constitucionalismo contemporâneo, com suas generosas cartas de direitos incorporados em princípios abstratos, assim como as reforçadas formas de fiscalização da Constituição, teriam tornado tal distinção ainda mais evanescente.

Contudo, ainda que se aceite tais críticas, não se pode aceitar uma suposta completa identidade entre a criação de leis gerais e sua aplicação concreta, pois do

⁵¹⁰BOETTKE, Peter J; SUBRICK, J. Robert. *Rule of Law, Development and Human Capabilities*. **Supreme Court Economic Review**. (2002): pp. 109-126.

⁵¹¹WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. **Boston College Law Review**, vol. 54, Issue 2, p. 457-458.

⁵¹²CAROLAN, Eoin. **Revitalising the social foundations of the separation of powers?** Disponível em: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/eioan_carolan_milan.pdf.

contrário haveria um esvaziamento total da separação de poderes nesse tocante. Por consequência, os benefícios promovidos pela divisão de poderes, tal qual descritos acima, inclusive no sentido de evitar a surpresa dos jurisdicionados, seriam perdidos ou ao menos gravemente prejudicados. Inclusive, os cidadãos de modo geral poderiam ser julgadas por normas *criadas* no momento do julgamento e, portanto, prejudicados de forma surpreendente e inopinada⁵¹³.

Tendo, pois, em vista tanto a robustez das críticas quanto a necessidade de preservar o *core* do princípio da separação de poderes, qual seria o papel, então, da função político-legislativa e judicial na administração da justiça? O critério geral é que, enquanto o legislador cria novo direito geral e abstrato, a função judicial consiste na “resolução final de disputas entre partes, por meio da aplicação de *direito pré-existente* a fatos definidos”⁵¹⁴. Admitindo, no entanto, que isso é particularmente problemático no tocante ao controle *abstrato* de constitucionalidade com base em *standards* constitucionais abertos, arrematou-se que quanto a esse ponto deve caber à função judicial a fiscalização sobre se a legislação ultrapassou ou não o *quadro* jurídico – não necessariamente que foi fixada num suposto *ponto ótimo* –, preservando-se o espaço legítimo da deliberação política. Ademais, a própria interpretação dos princípios tem de estar presa ao *histórico institucional* do ordenamento⁵¹⁵. Assim, não basta ao julgador acreditar que a concretização não foi a melhor ou que ela não corresponde à sua percepção moral ou de ideologia política

⁵¹³Nesse sentido, vide: “**The court’s** judgment identifies and applies the legal commitments the community should be judged to *have made* to each of the parties now before the court, *by the time* they came into conflict with each other about the content or applicability of those commitments: **past**. **The legislature’s** responsibility is to make new or amended public commitments about private rights (and public powers) for **the future**. **The executive’s** is to carry out those commitments both as defined by the legislature and as adjudged enforceable by the courts, and, respectful of that constitutional and legal framework, to do what is here and now, in **the present**, required to protect the community’s common good so far as that depends on measures which can neither be provided for reasonably by legislation nor await or ever be reasonably submitted to adjudication. **Past, future, present.**” (FINNIS, John M. Judicial Power: Past, Present and Future. **Oxford Legal Studies Research Paper**, n. 2, 2016, p. 4, grifos nossos). Em sentido semelhante, vide Ronald Dworkin: “I shall argue that even when no settled rule disposes of the case, one party may nevertheless have a right to win. It remains the judge’s duty, even in hard cases, to discover what the rights of the parties are, nor to invent new rights retrospectively.” (**Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, p. 81).

⁵¹⁴“Many able judges, over more than 60 years, made intense efforts to say just what judicial power is. These efforts seemed to me to come down to two distinct but interlocked features: final resolution of disputes between parties -- by application of pre-existing law to defined facts.” (FINNIS, John M. Judicial Power: Past, Present and Future. **Oxford Legal Studies Research Paper**, n. 2, 2016, p. 3, grifos nossos)

⁵¹⁵STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 332-333.

ou econômica⁵¹⁶. Enfim, se o legislador cuida do futuro e o executivo do presente, ao Judiciário compete a guarda *do passado*, isto é, tanto quanto possível, ele não cria novas regras, mas aplica os institutos já estabelecidos, os acordos institucionais já fixados⁵¹⁷. Apenas quando há silêncio legislativo, poderia o Poder Judiciário, na ausência de regra, concretizar diretamente os princípios, até que eventualmente sobrevenha legislação a respeito⁵¹⁸.

Com isso, crê-se que resta preservada a *autonomia do direito*⁵¹⁹. O magistrado guia-se pelas *escolhas* já efetuadas, aplicando-as imparcialmente. Ele é guiado por compromissos constitucionais já firmados, não por sua própria visão acerca de como eles deveriam ser. A esfera política, por outro lado, respeita a independência do Poder Judiciário, podendo influenciar os resultados dos julgamentos apenas *pro futuro*, alterando a legislação dentro do quadro constitucional.

O ativismo judicial, por outro lado, leva a uma confusão entre a tarefa legislativa e a função judicial, em que o Poder Judiciário passa a substituir escolhas de governo com base em razões jurídicas insuficientes, basicamente por meio da manipulação de conceitos imprecisos, mediante técnicas abertas, determinando que certa medida seria obrigatória, quando na verdade deveria ser vista apenas como uma das alternativas possíveis. Analisando essa questão, inclusive, a dissertação chegou à conclusão de que quando a cultura do ativismo judicial está já internalizada de modo sólido, isso provoca a importação das disputas políticas para dentro do Poder Judiciário. O grupo político derrotado na arena parlamentar busca utilizar o amplo acesso ao Judiciário como meio para rediscutir a proposta,

⁵¹⁶Lenio Streck aponta a moral, a política e a economia como *predadores exôgenos* do direito. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 331)

⁵¹⁷“(...) *rights and responsibilities flow from past decisions* and so count as legal, not just when they are explicit in these decisions and so count as legal, not just when they are explicit in these decisions but also when they follow from the principles of personal and political morality the explicit decisions presuppose by way of justification. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 96. A mesma ideia aparece também em John Finnis: “The philosophy of law (legal philosophy) extends and specifies political philosophy by considering precisely how far choices made today for one’s political community’s future should be determined or shaped by choices made and acts made in the past, in the form of contracts, wills, constitutions, legislative enactments, customs, judicial decisions, and the like”. (What is the Philosophy of Law. **American Journal of Jurisprudence**, vol. 59, 2014, p. 134).

⁵¹⁸ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciências”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17, jan.-mar. 2009, p. 10-12.

⁵¹⁹STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora RT, 2013, p. 330-333.

simplesmente concedendo um verniz jurídico à sua demanda. Alguns autores têm denominado esse modelo de *adversarial legalism*, no qual “grupos de advocacia organizada, propondo ações e recursos, pressionam juízes a agir eles mesmos como elaboradores de políticas públicas”⁵²⁰. Nesse sistema, o direito nitidamente enfraquece sua autonomia, de modo que os tribunais deixam de controlar as fronteiras de legalidade das ações de governo e passam a julgar se uma medida foi ou não politicamente boa ou ruim, segundo *standards* abertos de julgamento.

Das conclusões anteriores, no sentido de que o *ativismo* é um fenômeno presente e cada vez mais pervasivo, além de negativo do ponto de vista da engenharia institucional de uma democracia constitucional submetida ao Estado de Direito, parece surgir naturalmente a convicção de que ele deve ser combatido. Um instrumento intuitivo nesse sentido é o desenvolvimento de teorias da argumentação que busquem fechar e tornar mais objetivo e previsível o raciocínio jurídico. Foram vários os experimentos nesse sentido: o procedimentalismo de reforço da representação de John Hart Ely⁵²¹; o Originalismo americano⁵²²; o direito como integridade de Ronald Dworkin⁵²³; e, no Brasil, a Crítica Hermenêutica do Direito⁵²⁴. Esse tipo de iniciativa, que procura desenvolver teorias da decisão jurídica são extremamente importantes e relevantes. No entanto, elas parecem ter uma limitação: dependem de sua adoção por parte do próprio Poder Judiciário. Tendo em vista que o ativismo judicial gera incentivos para que os grupos políticos busquem indicar juízes ativistas com eles alinhados para os órgãos de cúpula do Poder

⁵²⁰KAGAN, Robert A. American Courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. **Making Policy, Making Law**: an interbranch perspective. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004. e-book não paginado.

⁵²¹ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**: A Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

⁵²²SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation**: Federal Courts and the Law. Princeton: Princeton University Press, 1997. BAUDE, William; SACHS, Stephen E. Grounding Originalism, **Northwestern University Law Review**, vol. 113, Issue 6, 2019, p. 1455-1492.

⁵²³DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Harvard University Press, 1986. DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**: the Moral Reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

⁵²⁴TASSINARI, Clarissa. O Papel da Crítica Hermenêutica do Direito: sobre as relações entre Filosofia, Teoria do Direito e a Atuação do Judiciário. **Revista FIDES**, v. 5, n. 2, 28 dez. 2017. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Judiciário, esse tipo de solução mostrou-se historicamente restrita e incompleta – ainda que não despicienda ou irrelevante.

Uma outra solução, então, consiste em buscar mecanismos capazes de controlar o Poder Judiciário *desde fora*, por meio de outras instituições que possam reagir a decisões ativistas. É isso que as teorias dialógicas da interpretação constitucional buscam fazer, demonstrando e desenvolvendo mecanismos aptos de resposta por parte dos poderes políticos.

Para justificar essa iniciativa, no entanto, parece relevante a título preliminar demonstrar a capacidade das instituições políticas de funcionarem como autênticos *foros de princípio* e não apenas como mecanismos de agregação de vontades majoritárias. Nesse sentido, demonstrou-se que a forma como as assembleias políticas são constituídas, bem como seus métodos de funcionamento, as capacitam a funcionar como *agentes* deliberativos para elaboração de leis e políticas públicas que levam os direitos a sério. Inclusive, a experiência de países que não contam com mecanismos de *strong judicial review* ou se utilizam muito parcamente deles, mas registram elevados indicadores de consolidação democrática e concretização de direitos humanos, parece reforçar essa conclusão em termos empíricos.

A partir dessa percepção, a dissertação vê como acertadas do ponto de vista descritivo e promissoras sob o viés normativo, as teorias dos diálogos entre instituições. Elas mostram que o Poder Judiciário não decide – de fato – num vácuo institucional, visto que está constricto pela potencial reação de outros poderes. Além disso, as teorias dialógicas defendem que é correto – de direito – que possam ocorrer tais reações, uma vez que existe a possibilidade de erro por parte do Judiciário e um potencial déficit democrático no *judicial review*, rotulado historicamente de *dificuldade contramajoritária*, especialmente no quadro teórico atual, em que se pode utilizar de princípios abstratos e mecanismos abertos de aplicação de princípios.

Diante disso, conclui-se que o Poder Judiciário não possui a *única* (monopólio judicial) tampouco a *última palavra* (supremacia judicial), no que toca à concretização da Constituição. Essa posição que admite e recebe as teorias de diálogos constitucionais, no caso brasileiro, já foi inclusive respaldada pela jurisprudência do STF, seja pela (correta) leitura que o Tribunal fez do § 2º do art.

102 da Constituição, seja pelo constante do julgado na ADI 5.105, relatada pelo Min. Luiz Fux, e julgada em outubro de 2015.

Os mecanismos de resposta dialógica, por sua vez, podem ser divididos em duas espécies: instrumentos de influência institucional no interior do Poder Judiciário; e, mecanismos de superação legislativa. Os primeiros buscam impactar diretamente na composição, nas atribuições ou na independência e autoridade das decisões judiciais. Já o segundo grupo compreende medidas que visam a produzir efeitos na atuação do Poder Judiciário, porém, desde de fora, modificando normas constitucionais ou sua interpretação, por meio da mudança da legislação ou do uso de instrumentos de *weak judicial review* (esses últimos não contemplados expressamente na legislação brasileira).

Pois bem. Os instrumentos de *influência institucional* seriam: i) alteração do número de membros de um tribunal; ii) manipulação de suas competências; iii) punição de juízes; iv) arrocho salarial e orçamentário; v) não implementação de decisões judiciais; e, vi) seleção de novos membros para os tribunais. Por sua vez, os métodos de superação normativa podem ser organizados do seguinte modo: i) emendas constitucionais; ii) leis ordinárias; iii) mecanismos de *weak judicial review*

À vista disso, como bem concluiu a professora Clarissa Tassinari, a supremacia judicial, no Brasil, é construída; é um discurso artificialmente criado para atuação do STF. Porque, de fato, nem normativamente nem na prática a Corte possui qualquer o monopólio para dizer o que é o direito. O conjunto de instrumentos acima descritos demonstram isso. Logo, como bem pontuou a doutrinadora, a supremacia só existe se for consentida. Só há supremacia se o Parlamento consente com isso, mantendo-se inerte⁵²⁵.

Derradeiramente, é importante deixar claro que, diante da presença de variados mecanismos que potencialmente possibilitam o diálogo do Poder Judiciário em geral e da Suprema Corte, em especial, com os demais Poderes (particularmente com o Parlamento), nem todos eles gozam da mesma qualidade do ponto de vista da construção e fortalecimento do Estado de Direito. De modo geral, a modificação arbitrária do número de membros de um tribunal, a punição de juízes para forçar a alteração da jurisprudência, a manipulação das competências

⁵²⁵TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida**: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2016.

jurisdicionais, os arrochos motivados pelo conteúdo de decisões e, particularmente, a desobediência pura e simples são instrumentos normativamente inferiores e com potencial negativo sobre o arcabouço jurídico e institucional do país. Ademais, poderiam, em certa perspectiva, refletir um monopólio inverso – o do Parlamento. Assim, embora as teorias dialógicas desconstruam a supremacia judicial, a escolha dos mecanismos e sua utilização deve ser feita à luz dos valores constitucionais e de modo responsável. Parece sempre importante deixar claro que o combate ao ativismo judicial visa a evitar abusos por parte do Judiciário, mas não abrir margem para abusos por parte dos demais poderes.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2015, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun., p. 196-214.

ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. Presidencialismo de Coalizão: o Dilema Institucional Brasileiro. **Dados Revista de Ciências Sociais**, Vol. 31, 1988.

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**, Vol. 113, nº 3, Jan. 2000.

ALEXANDER, Larry; SHAUER, Frederick. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. **Harvard Law Review**, vol. 110, nº 7, 1997.

ALIGICA, Paul Dragos. **Diversity and Political Economy: the Ostrows and Beyond**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 66.

ALLAN, T. R. S. Constitutional Dialogue and the Justification of Judicial Review. **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 23, Issue 4, Winter 2003, p. 563–584.

ALLAN, T. R. S. Dworkin and Dicey: The Rule of Law as Integrity. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 8, nº 2, July 1988.

ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; NUNES, José Luiz; FILHO, Luciano de Oliveira Chaves. Explicando o Dissenso: uma análise empírica do comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte dos Estados Unidos. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 2, n. 2, 2016.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ANÍBAL, Felipe. Liminar inédita no país suspende o Escola Sem Partido em Curitiba. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 18 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/parana/liminar-inedita-no-pais-suspende-o-escola-sem-partido-em-curitiba-59zqlq8li7rpoxcl9sev3izo/>>.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2011

ARKES, Hadley. *Lochner v. New York and the Cast of Our Laws*. GEORGE, Robert (ed.). **Great Cases in Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 94-129.

ATKINS, J. The Roman Constitution in Theory and Practice. In: **Roman Political Thought - Key Themes in Ancient History**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 11-36.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 17, jan./mar. 2009.

BAKER, Dennis. **Not Quite Supreme: The Courts and Coordinate Constitutional Interpretation**. McGill-Queen’s University Press: Londres, 2010.

BARBER, N. W. **The Principles of Constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2018.

BARENDT, Eric. Separation of Powers and Constitutional Government. **Public Law**, 599, 1995.

BARNES, Jeb. **Overruled?: legislative overrides, pluralism, and contemporary court-Congress relations**. Stanford: Stanford University Press, 2004.

BARRET, Amy Coney. The Constitution as Our Story. **Walter Murphy Lecture in American Constitutionalism**, 17 de outubro de 2019, Princeton University: Disponível em: <<https://jmp.princeton.edu/events/constitution-our-story>>.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 23-32, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 11 Nov. 2020.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, vol. 71, 2006.

BAUDE, William; SACHS, Stephen E. Grounding Originalism, **Northwestern University Law Review**, vol. 113, Issue 6, 2019, p. 1455-1492.

BAUDE, William; SACHS, Stephen E. The Law of Interpretation. **Harvard Law Review**, 130, 2017.

BAUM, Lawrence. What Judges Want: Judges' Goals and Judicial Behavior. **Political Research Quarterly**. Vol. 47, Issue 3, 1994, p. 749-768.

BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism: a Republican Defense of the Constitutionality of Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINGHAM, Tom. **The Rule of Law**. London: Penguin Books, 2011.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Vol. 1, 11ª ed. Brasília: Editora UNB, 1998.

BOETTKE, Peter J; SUBRICK, J. Robert. Rule of Law, Development and Human Capabilities. **Supreme Court Economic Review**. (2002): pp. 109-126.

BRADLEY, Gerard V. **A Student's Guide to the Study of Law**. Wilmington: ISI Books, 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

BRANDEIS, Louis. Living Law. **Illinois Law Review**, vol. X, nº. 7, fev. 1916. Disponível em: <<http://www.minnesotalegalhistoryproject.org/assets/Brandeis—Living%20Law.pdf>>.

BRUBAKER, Stanley C. Reconsidering Dworkin's Case for Judicial Activism. **The Journal of Politics**, vol. 46, no. 2, 1984, pp. 503–519. Disponível em: <www.jstor.org/stable/2130972>.

BURKE, Edmund. **Speech to the electors of Bristol**. *Rev. Sociol. Polit.*, 2012, vol. 20, n.44, pp.97-101. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-44782012000400008>>.

BURTON, Steven J. **Judging in Good Faith**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Academia.Edu**. Disponível em: <https://www.academia.edu/9364210/A_evolu%C3%A7%C3%A3o_do_ativismo_judicial_na_Suprema_Corte_norte-americana>.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Ativismo Judicial Contemporâneo no Supremo Tribunal Federal e nas Cortes Estrangeiras. **Academia.Edu**. Disponível em: <https://www.academia.edu/12379284/O_ativismo_judicial_contempor%C3%A2neo_no_STF_e_nas_Cortes_estrangeiras>. Acesso em: 19 jun. 2019

CAMPOS, Carlos Alexandre. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a Evolução das Dimensões Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLETT, André; DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2011.

CANÁRIO, Pedro. Marco Aurélio afasta Renan Calheiros da Presidência do Senado. In: **CONJUR**. São Paulo, 5 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-05/marco-aurelioafasta-renan-calheiros-presidencia-senado>>.

CANON, Bradley C. Defining the Dimensions of Judicial Activism. **Judicature**, vol. 66, no. 5, December-January 1983, pp. 236-247. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/judica66&i=238>>.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: SAFE, 1984.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Ed. Trotta, 2003.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: Elementos para uma Definição. In: MOREIRA, Eduardo; PUGLIESI, Marcio. **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003a.

CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos Escoridos**. Madrid: Ed. Trotta, 2007.

CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. **El Canon Neoconstitucional**. Madrid, Trotta, 2010.

CAROLAN, Eoin. **Revitalising the social foundations of the separation of powers?** Disponível em: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/eioan_carolan_milan.pdf.

CARRINGTON, R. W. The Impeachment Trial of Samuel Chase. **Virginia Law Review**, May 1923, Vol. 9, nº 7, p. 485-500.

CARTER, John D. **The Warren Court and the Constitution: a Critical Review of Judicial Activism**. Gretna: Pelican Publishing, 1973.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Entre o Dever da Toda e o Apoio à Farda: independência judicial e imparcialidade no STF durante o regime militar. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** [online]. 2017, v. 32, n. 94. Acesso em 1 Setembro 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.17666/329415/2017>>.

CASS, Robert. Property Rights Systems and the Rule of Law. In: E. Colombatto (ed.). **The Elgar Companion to the Economics of Property Right**, Oxford: Edward Elgar Publications, 2004.

CÍCERO. **The Laws**. Cambridge: Harvard University Press, 1928, p. 383-387.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu** v. 5 (nº 9), Rio de Janeiro: PUC, 2004, pp. 105/113. Disponível em: <http://revistaalceu-acervo.com.pucRio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>.

CLINTON, Robert Lowry. **Marbury v. Madison and Judicial Review**. Kansas: Kansas University Press, 1989.

COHN, Margit; KREMNITZER, Mordechai. Judicial Activism: a multidimensional model. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, vol. XVIII, n. 2, jul.2005, p. 333-356.

COKE, Edward. **The Selected Writings**. Indianapolis: Liberty Fund, 2003.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. A Notwithstanding Clause e a Constituição do Canadá. **Observatório de Jurisdição Constitucional**, ano 4, 2010/2011. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/484>>.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial: Proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 49, nº 193, jan/mar. 2012, p. 141-142.

CONTINENTINO, Marcelo. Elementos para uma compreensão histórica do controle de constitucionalidade no Brasil (1891 e 1965). **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, vol. 20, n.º 120, fev./maio2018.

COORAY, Nishantha Dominic. **The Sceptical Conservative Disposition: Alexis de Tocqueville and Michael Oakeshott on the Limits of Politics**. Trabalho de conclusão de Curso (tese de Doutorado em Ciência Política). National University of Singapore, 2011.

COPELLI, Giancarlo Montagner. **Construções entre Filosofia da Linguagem e Teoria do Estado: o Estado Social como Estado de Direito e seus Desafios no Brasil**. (Doutorado em Direito) – UNISINOS, São Leopoldo, 2018.

CORWIN, Edward S. The “Higher Law” Background of American Constitutional Law. **Harvard Law Review**, vol. 42, nº 2, dez. 1928.

CORWIN, Edward. **The Doctrine of Judicial Review**. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2014.

CORWIN, Edward. The Supreme Court and the Fourteenth Amendment. **Michigan Law Review Association**, vol. 7, nº 9, 1909, p. 643-672. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1271815>.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: História, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COXE, Brinton. **An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation**. Philadelphia: Kay & Brother, 1893.

CRAIG, Paul. Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework. In: BELLAMY, Richard (ed.). **Rule of Law and the Separation of Powers**. Nova Iorque: Routledge, 2017.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A.. The Scientific Study of Judicial Activism. **Minnesota Law Review**, Forthcoming; Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 06-23; University of Texas Law, Law and Economics Research Paper No. 93. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=939768>>.

DAHL, Robert A. **La Democracia y sus críticos**. Barcelona: Paidós, 2002.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: UNB, 2001.

DAVIS, G. R. C. English translation of Magna Carta. In: **British Library**, Londres, 2014. Disponível em: <<https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>>.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the Study of The Law of the Constitution**. Indianapolis: Liberty Fund, 2014. E-book (não paginado).

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the Study of The Law of the Constitution**. Indianapolis: Liberty Fund, 2014. E-book (não paginado).

DIXON, Rosalind. The Core Case for Weak-Form Judicial Review. **Cardozo Law Review**, Vol. 38, Issue 6.

DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. The forms and limits of constitutions as political insurance. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 15, Issue 4, Oct.2017, p. 988–1012.

DORF, Michael C.; SABEL, Charles F. A Constitution of Democratic Experimentalism. **Columbia Law Review**, vol. 98, mar.1998, nº 2, p. 268.

DRAKEMAN, Donald L. Drakeman. Constitutional Counterpoint: Legislative Debates, Statutory Interpretation and the Separation of Powers. **Statute Law Review**, Vol. 38, Issue 1, fev. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/slr/hmw027>>.

DWORKIN, Ronald M. **Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2020.

DWORKIN, Ronald M. Social Sciences and Constitutional Rights. **The Educational Forum**, vol. 41, nº. 3, 1977.

DWORKIN, Ronald M. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. M. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DYEVRE, Arthur. Technocracy and distrust: Revisiting the rationale for constitutional review. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 13, Issue 1, Jan.2015, p 30–60. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/mov004>>.

EISGRUBER, Christopher L. **Constitutional Self-Government**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

EKINS, Richard. Introduction. In: EKINS, Richard (ed.). **Judicial Power and the Balance of our Constitution**. Londres: Heron, Dawson and Sawyer, 2018.

EKINS, Richard. **The Nature of Legislative Intent**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ENDICOTT, Timothy. “Interpretation and the Rule of Law”, London, 28 mar 2013. 1 vídeo (57 min 01 s). Publicado pelo canal **Western University**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fcX7-dxjaf8>>.

ESKRIDGE, William N. Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions. **Yale Law Journal**, Vol. 101, 1991.

ESKRIDGE, William N. Reneging on History? Playing the Court/Congress/President Civil Rights Game. **California Law Review**, Vol. 79, 1991.

ESKRIDGE, William N.; FERRELL, John. Making the Deal Stick: Enforcing the Original Constitutional Understanding. **The Journal of Law, Economics, & Organization**, Vol. 8, Issue 1, March 1992.

ÉSQUILO. Oresteia. Tradução de Richmond Lattimore. In: **Great Books of the Western World – vol. 4**. 2ª ed. Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 1991.

FELLET, André Luiz Fernandes et al. (Orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, Vol. 5, 1994.

FINNIS, John M. Judicial Power: Past, Present and Future. **Oxford Legal Studies Research Paper**, n. 2, 2016.

FINNIS, John. Aquinas and Natural Law Jurisprudence. In: DUKE, George; GEORGE, Robert P. **Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

FINNIS, John. **Natural Law & Natural Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 92.

FINNIS, John. Natural Law and Legal Reasoning. In: GEORGE, Robert P. **Natural Law Theory: Contemporary Essays**. Oxford: Clarendon Press, 2007.

FINNIS, John. Natural Law Theories. In: Edward N. Zalta (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer 2020 Edition. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/natural-law-theories/>>.

FINNIS, John. **Reason in Action**. Collected Essays: Volume 1. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FINNIS, John. What is the Philosophy of Law? **American Journal of Jurisprudence**, vol. 59, nº 2, 2014.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FISS, Owen. Between Supremacy and Exclusivity. **Syracuse Law Review**, Vol. 57, 2007.

FRANCK, Matthew J. What Happened to the Due Process Clause in the Dred Scott Case? The Continuing Confusion over “Substance” versus “Process”. **American Political Thought**, vol. 4, nº 1, 2015, p. 120-148. Disponível em: <<https://doi.org/10.1086/679325>>, p. 125.

FRANCK, Raphaël. Judicial Independence Under a Divided Polity: A Study of the Rulings of the French Constitutional Court, 1959–2006. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, vol. 25, Issue 1, May2009.

FRANK, Jerome. **Law and the Modern Mind**. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2009.

FREIRE, André Luiz. A Teoria das Posições Jurídicas de Wesley Newcomb Hohfeld. In: **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, Tomo 1. São Paulo: PUCSP, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/1/edicao-1/a-teoria-das-posicoes-juridicas-de-wesleynewcomb-hohfeld>>.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, Vol. 91, Issue 4, 1993.

FRIEDMAN, Barry. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part I: The Road to Judicial Supremacy. **New York University Law Review**, vol. 73, nº 2, p. 413-430.

FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 1969.

GALHARDO, Ricardo. Juiz determina lockdown, o 1º do país, no Maranhão. **Estadão**. São Paulo, 30 de abril de 2020. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-determina-lockdown-o-1-do-pais-nomaranhao,70003289093>>.

GALLI, Marcelo. Senado ignora liminar que afastou Renan e diz que vai aguardar Pleno do STF. In: **CONJUR**. São Paulo, 6 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/senadoignora-decisao-renan-aguardar-pleno-stf>>.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. Tese de Doutorado em Direito. USP, São Paulo, 2012.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Edições Piaget, 1998.

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 49, n.º 4, Autumn 2001.

GEARTY, Conor. Reconciling Parliamentary democracy and human rights. **Law Quarterly Review**, Vol. 118, April 2002, p. 248-269.

GEDDIS, Andrew. 'Inter-Institutional "rights dialogue" under the New Zealand Bill of Rights Act'. In: CAMPBELL, K. D. Ewing; TOMKINS, Adam. **The Legal Protection of Human Rights**: Sceptical Essays. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 87-107.

GELSTRHORPE, Thomas. The Myth of the Benign Despot. In: **Cape Cod Times**, 04.03.2015. Disponível em: <<https://www.capecodtimes.com/article/20150304/OPINION/150309867>>.

GEORGE, Robert P. **Coscience and its Enemies**: Confronting the Dogmas of Liberal Secularism. Wilmington: ISI Books, 2016.

GEORGE, Robert P. **In Defence of Natural Law**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

GEORGE, Robert P. Judicial Despotism: Lessons from the "Great Emancipator". In: GEORGE, Robert P. **Coscience and its Enemies**. Wilmington: ISI Books, 2016.

GILLMAN, Howard. The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the 'Living Constitution' in the Course of American State-Building. **Studies in American Political Development**, v. 11, 1997, p. 191-247.

GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

GINSBURG, Tom; VESTEEG, Mila. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? **Journal of Law, Economics and Organization**, vol. 587, 2014.

GONET, Paulo Gustavo Gonet Branco. Em Busca de Um Conceito Fugidio: O Ativismo Judicial. André Fellet et alii (orgs.) **As novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Podium, 2011. p. 387-389.

GRAGLIA, Lino A. It's not Constitutionalism, It's Judicial Activism. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, V. 19, n. 2, 1995.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, Vol. 58, no. 5, May 27, 2009.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GYORFI, Tamas. **Against New Constitutionalism**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

HAHM, David E. The Mixed Constitution in Greek Thought. In: BALOT, R. K. (ed.). **A Companion to Greek and Roman Political Thought**, Oxford: Blackwell Publishing, 2009.

HAMILTON, Alexander. The Federalist n.º 78. In: ADLER, Mortimer J. (ed.). **Great Books of the Western World**. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc., 1991.

HAND, Learned. **The Bill of Rights: the Oliver Wendell Holmes Lectures**. Cambridge: Harvard University Press, 1958.

HANRETTY, Chris. Dissent in Iberia: The ideal points of justices on the Spanish and Portuguese Constitutional Tribunals. **European Journal of Political Research**, vol. 51, Issue 5, August 2012, p. 671-692.

HAREL, Alon; KAHANA, Tsvi. The Easy Core Case for Judicial Review. **Journal of Legal Analysis**, Vol. 2, n.º 1, Spring 2010, p. 227–256. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/jla/2.1.227>>.

HAYEK, Friedrich A. **O Caminho da Servidão**. Trad. Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 6ª edição. São Paulo: IMB, 2010. p. 89.

HELMHOLZ, R. H. Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature. **Journal of Legal Analysis**, vol. 1, n.º 1, winter 2009, p. 329-330.

HERÓDUTO. **The History of Herodotus**. Tradução de George Rawlinson. 2ª ed. Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 1991.

HIRABAHASI, Gabriel. Marco Aurélio cobra instalação da comissão do impeachment de Temer na Câmara. In: **Poder360**. Brasília, 7 dez. 2016. Disponível em <<https://www.poder360.com.br/justica/marco-aurelio-cobra-instalacao-da-comissao-do-impeachmentde-temer-na-camara/>>.

HIRSCHL, Ran. The Nordic counternarrative: Democracy, human development, and judicial review. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 9, Issue 2, Abr. 2011, p. 449–469. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/mor034>>

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 35, Issue 1, Spring 1997.

HOLMES, Oliver Wendell. The Path of Law. **Harvard Law Review**, 10, 457, 1897. Disponível em: <<http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>>.

HÖNNIGE, Christoph. The Electoral Connection: How the Pivotal Judge Affects Oppositional Success at European Constitutional Courts. **West European Politics**, vol. 32, p. 963-984, 2009.

HUSCROFT, Grant A. "Thank God We're Here": Judicial Exclusivity in Charter Interpretation and its Consequences. **Supreme Court Law Review**, Vol. 25, nº 2, 2004.

JACKSON, Paul. **Natural Justice**. 2ª edição. Londres: Sweet & Maxwell Ltd., 1979.

JOLOWICZ, H. F. **Historical Introduction to the Study of Roman Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1932.

JOLOWICZ, H. F. **Roman Foundations of Modern Law**. Oxford: Clarendon Press, 1957.

JONES, J. W. **The Law and Legal Theory of the Greeks**. Oxford: Clarendon Press, 1956.

KAGAN, Robert A. American Courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. **Making Policy, Making Law: an interbranch perspective**. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004. e-book não paginado.

KAHN, Michael A. The Politics of the Appointment Process: An Analysis of Why Learned Hand Was Never Appointed to the Supreme Court. **Stanford Law Review**, Vol. 25, nº 2, Jan.1973.

KASSIRER, Jerome; KESSLER, Gladys; et. al. **Reference Manual on Scientific Evidence**. 3ª ed. Washington: The National Academies Press, 2011.

KAVANAGH, Aileen. The Constitutional Separation of Powers. In: DYZENHAUS, David; THORBURN, Malcolm. **Philosophical Foundations of Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KAYE, David H. Is Proof of Statistical Significance Relevant? **Washington Law Review**, vol. 61, 1986, p. 1333.

KELSEN, Hans. On the Nature and Development of Constitutional Adjudication. In: VINX, Lars. (ed). **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**. Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

KETCHAM, Ralph (ed.). **The Anti-Federalist Papers and Constitutional Convention Debates**. Londres: Signet Book, 2003.

KICHMAN, Tom. Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998. **Public Law**, 2005, p. 306-335.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, vol. 92, no. 5, October 2004, p. 1441-1477.

KRAMER, Larry D. Foreword: We the Court. **Harvard Law Review**, vol. 115, n° 4, 2991, p. 5-169.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

KREHBIEL, Keith. **Information and Legislative Organization**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1992.

KUMM, Mattias. Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review. In: **Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LAWSON, Garry. Article I. In: FORTE, David F.; SPALDING, Matthew. **The Heritage Guide to the Constitution**. New Jersey: Regnery Publishing, 2014.

LEIGHTON, McDonald. 'Rights "dialogue" and democratic objections to judicial review'. **Federal Law Review**, Vol. 32, n° 1, 2004.

LINCOLN, Abraham. [Quotes]. In: Britannica Encyclopædia. Disponível em: <https://www.britannica.com/quotes/biography/Abraham-Lincoln>. Acesso em 21 set. 2021.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. **Measuring Judicial Activism**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

LIPKIN, Robert Justin. Which Constitution? Who Decides? The Problem of Judicial Supremacy and the Interbranch Solution. **Cardozo Law Review**, vol. 28, n. 3, 2006.

LLEWELLYN, Karl. **The Bramble Bush: On Our Law and Its Study**. New Orleans: Quid Pro Books, 2012.

LOCKE, John. **Concerning Civil Government, Second Essay**. 2ª ed. Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 1991.

LOTUFO, Renan. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACCORMICK, Neil. Jurisprudence and the Constitution. **Current Legal Problems**, Vol. 36, Issue 1, 1983.

MADISON, James. The Federalist – number 47. In: ADLER, Mortimer. **Great Books of Western World**. Vol. 40. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1991.

MAGIL, M. Elizabeth. Beyond Powers and Branches in Separation of Powers Law. **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 150, 2001, p. 603-660.

MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação; BARBOSA, Claudia Maria. Diálogos Institucionais Frente à Pretensão de Última Palavra do STF: contribuições canadenses para o modelo brasileiro de interpretação constitucional. **Conpedi Law Review**, v. 3, n° 2, 2017, pp. 444-461.

MARSHALL, Lawrence C. Divesting The Courts: Breaking the Judicial Monopoly on Constitutional Interpretation. **Chicago-Kent Law Review**, Vol. 66, Issue 2, June 1990.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. In: **Enciclopedia Jurídica da PUCSP**. São Paulo: PUC, 2017.

MCBAIN, Howard Lee. **Living Constitution**. New York: Working Education Bureau Press, 1927.

MCCONNELL, Michael W. Originalism and the Desegregation Decisions. **Virginia Law Review**, Vol. 81, nº 4, May 1995.

MEDRADO, Vítor Amaral; NOYA, Henrique Cruz. Teria Dworkin Defendido o Ativismo Judicial? **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, v. 2, n. 1, jan./jun.2016, p. 93-107.

MELLO, Cláudio Ari. Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição** – As Côrtes Constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MENEZES, Flavia Ferreira Jocó de; SILVA, Alexandre Garrido da. Poder judiciário e diálogos institucionais: uma perspectiva frente a flexibilização das decisões. **Horizonte Científico**, vol. 8, n. 1, julho de 2014.

MILES, Edwin A. After John Marshall's Decision: Worcester v. Georgia and the Nullification Crisis. **The Journal of Southern History**, Vol. 39, nº 4, 1973, p. 519-544.

MILLER, Mark C. The View of the Courts from the Hill. A Neoinstitutional perspective. In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. **Making Policy, Making Law**: an interbranch perspective. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004. e-book não paginado.

MONTESQUIEU. **The Spirit of Laws**. 2ª ed. Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 1991.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição**. São Paulo: Ed. Método, 2009.

MOREIRA, Melissa Carvalho. Reflexões Acerca do Ativismo Judicial: os Riscos da Atuação Extralegal do Poder Judiciário. **VirtuaJus**, Belo Horizonte: PUC Minas, v. 3, n. 5 (2018). pp. 213-234.

MORROW, Glenn R. Plato and the Rule of Law. **The Philosophical Review**, Durham: Duke University Press, 50, no. 2, p. 105-26, mar. 1941. Disponível: <doi:10.2307/2180960>.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito**: Introdução à teoria e metódica estruturantes. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2009.

MURPHY, Colleen. Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law. **Law and Philosophy**, nº vol. 24, nº 3, 2005, p. 239-262.

MURPHY, Walter F. Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter. **The Review of Politics**, Vol. 48, Issue 3, Summer 1986.

NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. From the Erinyes to the Eumenides: how vengeful goddesses still bark like dogs at a past that does not pass.

ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura, v. 3, n. 1, janeiro-jun. 2017.

NEGRISOLI, Lucas. Dirceu afirma que é preciso acabar com poderes do Supremo. In: **Estado de Minas**. Belo Horizonte, 1 out. 2018. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/10/01/interna_politica,993222/dirceu-u-afirma-que-epreciso-acabar-com-poderes-do-supremo.shtml>.

NÓBREGA, José Tadeu de Barros. **Inelegibilidades, presunção de inocência e a Lei da “Ficha Limpa”**. Tese (Doutorado em Direito). PUC/SP, São Paulo, 2016.

NOVAK, Michael. **Catholic Social Thought & Liberal Institutions**. 2ª ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2000.

OAKLEY, Francis. Medieval Theories of Natural Law: William of Ockham and the Significance of the Voluntarist Tradition. **The American Journal of Jurisprudence**, Vol. 6, Issue 1, 1961, p. 65–83. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/ajj/6.1.65>>.

OLIVEIRA, António Francisco Gomes de. **Jurisdição constitucional no Brasil: os diálogos institucionais como terceira via entre o ativismo e a autocontenção judicial**. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.ul.pt/handle/10451/20742>>.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OSTWALD, Martin. **From Popular Sovereignty to Sovereignty of Law**: Law, Society and Politics in Fifth-century Athens. Berkeley: Univ. of California Press, 1987.

PACHECO rejeita pedido de impeachment contra Alexandre de Moraes. In: **CONJUR**. São Paulo, 25 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-25/pacheco-rejeita-pedidoimpeachment-ministro-stf>>.

PACHECO: Senado não vai cumprir liminar que impede Renan de relatar CPI. In: **Gazeta do Povo**. Curitiba, 26 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/pacheconao-vai-cumprir-liminar-renan-cpi/>>.

PLUCKNETT, T.F.T. Bonham's Case and Judicial Review. **Harvard Law Review**, vol. 40, 1926, p. 30-70.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro: PUC – Direito, V. 17, 2000.

POLÍBIO. **The Complete Histories of Polybius**. Tradução de W. R. Paton. Overland Park: Digireads, 2014. Book VI. E-book (não paginado).

POLLOCK, Frederick. The History of the Law of Nature: A Preliminary Study. **Columbia Law Review**, Vol. 1, nº. 1, jan.1901.

POSNER, Richard A. **What Do Judges and Justices Maximize?** (The Same Thing Everybody Else Does). **Supreme Court Economic Review**, vol. 3, (1993).

POSTEMA, Gerald J. Philosophy of the Common Law. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (ed). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa**, nº. 21, vol. II, p. 339-353, 1998.

PRAKASH, Saikrishna B.; YOO, John C. The Origins of Judicial Review. **University of Chicago Law Review**, Vol. 70, Issue 3, art. 3, 2003, p. 929-939.

RALSTON, Shane J. Dewey and Hayek on Democratic Experimentalism. **Contemporary Pragmatism**, vol. 9, nº 2, Dez.2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RATNAPALA, Suri. John Locke's Doctrine of the Separation of Powers: A Re-Evaluation. **The American Journal of Jurisprudence**, Vol. 38, Issue 1, 1993, p. 189-220.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

REHNQUIST, William H. The Notion of a Living Constitution. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, vol. 29, nº 2, spring 2006, p. 401-415.

ROACH, Kent. Constitutional and Common Law Dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures. **Canadian Bar Review**, Vol. 80, 2001, p. 481-533.

ROACH, Kent. Dialogic Judicial Review and its Critics. **Supreme Court Law Review**, Vol. 23, nº 2, p. 49-104, 2004.

ROACH, Kent. Dialogue in Canada and the Dangers of Simplified Comparative Law and Populism. In: G. Sigalet; G. Webber; R. Dixon (Eds.). **Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions** (Cambridge Studies in Constitutional Law). Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp. 267-307.

ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 4, Issue 2, April 2006, p. 347–370.

ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Review or Democratic Dialogue**. Toronto: Irwin Law, 2001.

RODAS, Sérgio. Marco Aurélio manda Cunha dar seguimento a impeachment de Temer. In: **CONJUR**. São Paulo, 5 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-05/marcoaurelio-manda-pedido-impeachment-temer-seguir>>.

ROOSEVELT III, Kermit. **The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions**. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

RYAN, Alan. **On Politics: a history of political thought from Herodotus to the present – Book One**. New York: Liveright Publishing Coporation, 2012.

SAJÓ, András; UITZ, Renata. **The Constitution of Freedom: an Introduction to Legal Constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. **Anuário de la Faculdade de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, nº 5, 2001.

SANTORO, Emílio. Rule of Law e "Liberdade dos Ingleses": A interpretação de Albet Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: História, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANTOS, Igor Spock Silveira. O Ministério Público como “Quarto Poder”: relevância do reconhecimento para o sistema constitucional. **Publicum**, v. 2, n. 2, 2016.

SANTOS, Rafa. Juiz manda barrar Renan Calheiros para relatoria da CPI da Covid. In: **CONJUR**. São Paulo, 26 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-26/juiz-decide-renannao-moral-relatoria-cpi-covid>>.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court. **Fortune**, v. XXXV, n.1, jan.1947.

SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SHAUER, Frederick. Judicial Supremacy and the Modest Constitution. **California Law Review**, Vol. 92, nº 4, jul. 2004

SHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SIGALET, Geoffrey; WEBBER, Grégoire; DIXON, Rosalind (ed.). **Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

SIGALET, Geoffrey; WEBBER, Grégoire; DIXON, Rosalind. Introduction. In: SIGALET, Geoffrey; WEBBER, Grégoire; DIXON, Rosalind (ed.). **Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019,

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. Weak and Strong Judicial Review. **Law and Philosophy**, vol. 22, nº ¾, 2003.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A Doutrina Brasileira do Habeas Corpus e a Origem do Mandado de Segurança: análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Vol. 45, nº 177, jan./mar. 2008, p. 75-82.

STEPHANOPOULOS, Nicholas. The Case for the Legislative Override. **Journal of International Law and Foreign Affairs**, 2005, Vol. 10, p. 250-295.

STRAUSS, Peter L. The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch. **Columbia Law Review**, vol. 84, n. 3, April 1984.

STRECK, L. L.; MORBACH JÚNIOR, G. Interpretação, integridade, império da lei: o direito como romance em cadeia. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, vol. 20, nº 3, 2019, p. 47-66. Disponível: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v20i3.1795>>.

STRECK, Lenio L. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento, 2017 (e-book não paginado).

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 95-99. e-book paginado.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a Democracia. **Revista AJURIS**, set.2014, v. 41, n. 135.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUMPTION, Jonathan. **Trials of the State: Law and the Decline of Politics**. Londres: Profile Books, 2019.

SUNSTEIN, Cass R. Dred Scott v. Sandford and Its Legacy. In: GEORGE, Robert P (ed.). **Great Cases in Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2000, 64-89.

SUNSTEIN, Cass R. Lochner's Legacy. **Columbia Law Review**, vol. 87, 1987, p 873-919.

SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

TAMANAHA, Brian Z. **On The Rule of Law: History, Politics and Theory**. New York: Cambridge University Press, 2004.

TASSINARI, Clarissa. A Autoridade Simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, vol. 14, n.º 2, 2018.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. O Papel da Crítica Hermenêutica do Direito: sobre as relações entre Filosofia, Teoria do Direito e a Atuação do Judiciário. **Revista FIDES**, v. 5, n. 2, 28 dez. 2017.

TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A Doutrina das Questões Políticas no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, UFSC, Florianópolis, 2004.

TOLLINSON, R. Public Choice and Legislation. **Virginia Law Review**, vol. 74, 1988.

TREANOR, William Michael. Judicial Review Before Marbury. **Stanford Law Review**, 58, 455, 2005. Disponível em: <<http://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2010/04/treanor.pdf>>.

TRF-1 cassa liminar que impedia indicação de Renan para relatar CPI da Covid. In: **CONJUR**. São Paulo, 27 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/trf-cassa-liminar-proibiarenan-calheiros-relatar-cpi>>.

TUCÍDIDES. **Thucydides: The History of the Peloponnesian War**. Tradução de Richard Crawley e revisão de R. Feetham. 2ª ed.. Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 1991.

TUSHNET, Mark. Marbury v. Madison and the Theory of Judicial Supremacy. In: GEORGE P., Robert. **Great Cases in Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 17-54.

TUSHNET, Mark. **Taking Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

ULIANO, André Borges. **Introdução à Democracia**. Timburi: Cia do eBook, 2021.

UNGER, Mangabeira. **What Should Legal Analysis Become?** Londres: Verso, 1996.

URBINA, Francisco J. **A Critical Analysis of the Proportionality Test in Human Rights Adjudication**. Trabalho de Conclusão de Curso (Tese de Doutorado em Direito) – Oxford University, Oxford, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Vol. 1, n.º 3, set./dez. 2014.

VANBERG, Georg. **The Politics of Constitutional Review in Germany** (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV** V. 8, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008, pp. 407/440. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a04v4n2.pdf>>.

VERMEULE, Adrian. **Law and the Limits of Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. Tese Doutorado em Direito). USP, São Paulo, 2013.

VIEIRA, José Ribas. **Refundar o Estado**: O Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

VILE, M.J.C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

VOETEN, Erik. The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights. **American Political Science Review**, vol. 102, Issue 4, November 2008, p. 417-433.

WALDRON Jeremy. The Wisdom of the Multitude: Some Reflections on Book 3, Chapter 11 of Aristotle's Politics. **Political Theory**, vol. 23, nº 4, 1995, p. 563-584.

WALDRON, Jeremy, The Rule of Law and the Importance of Procedure. **NYU School of Law, Public Law Research Paper** nº. 10-73, Out. 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1688491>.

WALDRON, Jeremy. Dirty Little Secret. **Columbia Law Review**, vol. 98, n.2, mar.1998.

WALDRON, Jeremy. Judges as Moral Reasoners. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 7, Issue 1, Jan.2009.

WALDRON, Jeremy. Judicial Review and Judicial Supremacy. **NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 14-57**, October 2014.

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

WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory**: essays on institutions. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2016.

WALDRON, Jeremy. Positivism and Legality: Hart's Equivocal Response to Fuller. **New York University Law Review**, vol. 83, nº 4, p. 1135-1169, ago.2008.

WALDRON, Jeremy. Separation of Powers in Thought and Practice. **Boston College Law Review**, vol. 54, Issue 2, 2013.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, **Yale Law Journal**, vol. 115, 1346-1406, 2006.

WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The Rule of Law. In: Edward N. Zalta (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, out. 2016. Disponível em:
<<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>>.

WANG, Daniel Wei Liang. Direitos Sociais e a falácia do nirvana. Trad. ARAÚJO, Valter SHUENQUENER; PORFIRO, Camila Almeida. **Revista Jurídica da Presidência**, Vol. 21, nº 125, 2020.

WEBBER, Grégoire. Human Goods and Human Rights Law: Two Modes of Derivation From Natural Law. In: ANGIER, Tom; BENSON, Iain; RETTER, Mark. **Cambridge Handbook of Natural Law and Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

WEBBER, Grégoire. Notwithstanding Rights, Review, or Remedy? On the Notwithstanding Clause and the Operation of Legislation. **University of Toronto Law Journal**, Vol. 71, nº 4, fall 2021, p. 510-538.

WEBBER, Grégoire; YOWELL, Paul; EKINS, Richard; Köpcke, Maris; MILLER, Bradley W.; URBINA, Francisco J. **Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

WEBER, Max. **Economy and Society**. Trad. Keith Tribe. Cambridge: Harvard University Press, 2019.

WEILL, Rivka. Hybrid Constitutionalism: The Israeli Case for Judicial Review and Why We Should Care. **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 30, No. 2, 2012.

WEILL, Rivka. Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On the Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power. 39 **Hastings Constitutional Law Quarterly**, Vol. 39, nº 2, 2011.

WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent and Judicial Review**. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

WHITTINGTON, Keith E. **Repugnant Laws: Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the Present**. Kansas: University Press of Kansas, 2019.

WHITTINGTON, Keith. The Political Foundations of Judicial Review. In: BARBER, Sortirios A.; GEORGE, Robert P. **Constitutional Politics: Essays on Constitution Making, Maintenance, and Change**. Princeton: Princeton University Press, 2001, p. 261-297.

WHY does the Supreme Court have nine justices? In: **National Constitutional Center**. Filadélfia, 6 jul. 2016. Disponível em:
<<https://constitutioncenter.org/blog/why-does-the-supreme-court-have-ninejustices>>.

WILSON, Woodrow. **Constitutional Government in the United States**. New York: Columbia University Press, 1908.

WISEMAN, Hannah J.; OWEN, Dave. Federal Laboratories of Democracy. **UC Davis Law Review**, vol. 52, nº 2, dez.2018.

WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Rev. Ed. Boston: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1994.

Worcester-v-Georgia. In: **Encyclopedia Britannica**, 24 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/Worcester-v-Georgia>>. Acesso em 8 de setembro de 2021.

YOWELL, Paul. A Critical Examination of Dworkin's Theory of Rights. **American Journal of Jurisprudence**, vol. 52, Issue 1, 2007.

YOWELL, Paul. **Constitutional Rights and Constitutional Design**: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review. Oxford: HART, 2018. e-book não paginado.

YOWELL, Paul; HUNT, Murray; HOOPER, Hayley J. **Parliaments and Human Rights**: Redressing the Democratic Deficit. Oxford: Hart Publishing, 2015.

ZANGHELLINI, Aleardo. The Foundations of the Rule of Law. **Yale Journal of Law & the Humanities**, New Heaven, vol. 28, 2, p. 213-240, jan. 2016. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1451&context=yjlh>>

ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito**: História, Teoria e Crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.