



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

RENATA FERNANDES HANONES

ATIVISMO JUDICIAL

**Brasília - DF
2012**

RENATA FERNANDES HANONES

ATIVISMO JUDICIAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Orientador: Min. Carlos Mário da Silva Velloso

**Brasília - DF
2012**

RENATA FERNANDES HANONES

ATIVISMO JUDICIAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Orientador: Min. Carlos Mário da Silva Velloso

Aprovado pelos membros da banca examinadora em 01/10/2012, com menção SS.

Banca Examinadora:

Orientador: Min. Carlos Mário da Silva Velloso

Integrante: Nicolao Dino Castro e Costa Neto

Integrante: Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

Suplente: Othon de Azevedo Lopes

RESUMO

Este trabalho tem o escopo de perquirir os fundamentos do debate atual sobre o ativismo judicial e a expansão do poder jurídico como fenômenos complexos. Uma das características do Direito Contemporâneo é a crescente complexidade da estrutura normativa das Constituições. Estas, ao deixarem de ser clássicas Constituições-garantia, introduziram novos desafios para a interpretação constitucional. Pretende-se esclarecer até que ponto uma postura ativa do Judiciário pode ser considerada legítima e necessária à concretização de normas constitucionais, indo ao encontro das reais necessidades e valores da população brasileira. Busca-se verificar os limites do Poder Judiciário na transformação de questões de natureza política em direito. Tais considerações remetem o investigador tanto ao princípio constitucional da separação dos poderes - que traz em si a idéia de equilíbrio e harmonia - quanto ao princípio democrático, segundo o qual o governo deve ser exercido pelo povo, diretamente ou por meio de representantes eleitos. Para tanto, inicia-se o estudo traçando um esboço histórico do Estado de Direito, trazendo suas principais características e, em seguida, é feita uma análise da hermenêutica judicial e dos institutos jurídicos que inovam o ordenamento jurídico brasileiro. Também é feito um estudo dos casos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América para posteriormente aprofundarmos o exame em torno do advento do fenômeno do ativismo judicial, bem como a sua interferência nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: ativismo judicial; judicialização da política; jurisdição constitucional; democracia; Supremo Tribunal Federal; separação de poderes.

SUMÁRIO

RESUMO.....	3
SUMÁRIO.....	4
INTRODUÇÃO	5
1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	8
1.1 A coexistência do Estado de Direito e da Democracia e suas implicações.....	8
1.2 O guardião da Constituição	11
1.3 Legitimidade Jurisdicional	15
2. HERMENÊUTICA JURÍDICA E INSTITUTOS JURÍDICOS.....	21
2.1. Interpretação	21
2.2 Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade	26
2.3 Sentenças Aditivas.....	29
2.4 A doutrina do Habeas Corpus.....	31
3. MODELO ESTADUNIDENSE	34
3.1 Marbury v. Madison	35
3.2 Scott v. Sandford (Dred Scott)	37
3.3 Brown v. Board of Education	39
3.4 Lochner v. New York	39
3.5 Bush v. Gore	41
4. ATIVISMO JUDICIAL	43
4.1 Primeiras Considerações.....	43
4.2 Judicialização da Política.....	46
4.3 Ativismo Judicial.....	49
4.4 As implicações do Ativismo Judicial	52
4.5 O Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal.....	55
CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

O itinerário da jurisdição constitucional se encontra em um momento peculiar de reflexão voltada ao debate da dimensão político-institucional da Suprema Corte. O Poder Judiciário possui competência para avaliar e corrigir os atos porventura eivados de vício, emanados do Legislativo e do Executivo, bem como suas omissões lesivas ao interesse público. No entanto, o Judiciário também deve evitar decisões extravagantes ou desarrazoadas que, ao contrário, podem macular e até mesmo destruir o seu conceito junto à opinião pública. A postura ativa dos Tribunais há de ser responsável e ponderada, respeitando os fundamentos constitucionais e os valores atuais da sociedade. Em face do princípio da separação dos poderes, a interferência de um órgão sobre o outro somente é admissível para garantir direitos fundamentais, impedindo abusos e atentados contra a própria Constituição. Saul Tourinho Leal cita a advertência de Robert Michels a respeito das “patologias da multidão” e completa que “Os freios e contrapesos existem para que os arroubos de parlamentares afastados dos seus representados não sejam capazes de desconstruir o arranjo democrático.”¹

A Constituição vigente fortaleceu o Supremo Tribunal Federal com a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade e do Mandado de Injunção. Esses fatores certamente ofereceram maior liberdade para a Suprema Corte interpretar as leis e agir nos vazios jurídicos. Neste ponto, importante é a discussão acerca da neutralidade política, idéia que sempre permeou a conduta do Judiciário como um poder que não se envolvia nas deliberações políticas, até mesmo ante o princípio da imparcialidade do juiz. A atividade política, por si só, já implica em parcialidade, e os juízes não podem julgar pressionados pela imprensa e pela opinião pública, embora devam ser sensíveis aos anseios do povo. Quando o julgamento envolve questões políticas, há quem defenda que as Supremas Cortes detêm prerrogativas de representação do cidadão. Robert Alexy considera que “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente.”²

A demanda por pronunciamento judicial, tendo em vista o caráter garantista da Constituição, leva o cidadão, naturalmente, a demandar perante o juiz quanto aos aspectos que

¹ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altiwez?* O outro lado do STF. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 226.

² ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

considera lesivos aos seus direitos. Outrossim, a sociedade retira dos políticos e deposita nos juízes uma maior confiança, acreditando que os juízes possuem a moralidade necessária para julgar seus casos. Às vezes, os parlamentares parecem estar mais preocupados em se reeleger a promover novos valores, inclusive, é de seu interesse deixar algumas questões polêmicas ao crivo do juiz. O juiz encontra-se legitimado e autorizado a restabelecer as funções do Poder Legislativo, adequando-as aos mandamentos contidos na Carta Magna. Dessa forma, o próprio Parlamento poderia estar contribuindo, por meio da legislação, para o crescimento do ativismo judicial.

O Poder Judiciário tem assumido uma postura proativa, tornando verdadeiro ator de mudanças no cenário nacional, decidindo questões que afetam e afetarão a vida dos brasileiros. O Supremo, principalmente, tem demonstrado coragem e maturidade para sair à defesa de diversos direitos, notadamente dos direitos fundamentais. A esse respeito, o Ministro Celso de Mello, em entrevista ao jornal Folha de São Paulo, manifestou: “Hoje o Supremo Tribunal Federal se transformou em um protagonista relevante de grandes questões que compõem a agenda pública.”³ Na mesma reportagem, o Ministro Joaquim Barbosa declarou: “A maior participação social não é restrita ao STF. É um movimento mundial, uma tendência do nosso tempo. São as Cortes Supremas participando das soluções de questões que dividem a sociedade, nas quais os parlamentos têm dificuldade natural de tratar.”⁴

Saul Tourinho arrisca dizer que estamos vivenciando um período de ditadura do Supremo, mas uma ditadura diferente, a ditadura das liberdades:

“Uma ditadura que manda retirar algemas, que garante aos advogados acesso a inquéritos sigilosos, que torna pública sessão que aceita denúncia contra magistrado de tribunal superior, que impede a prisão do depositário infiel, que garante a progressão de regime prisional para condenados por crimes hediondos e que permite que acusados da prática de crimes recorram em liberdade.”⁵

Pode-se dizer que nunca antes na história da democracia do Brasil, o Supremo Tribunal Federal mobilizou tanto a opinião pública e interferiu no dia a dia da sociedade. Entretanto, a prática do ativismo judicial tem causado polêmica. Há correntes que consideram importante essa postura do Judiciário, suprimindo a inércia legislativa do Congresso. Já outra

³ MICHAEL, Andréa. STF amplia participação no debate público. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10 de agosto de 2008.

⁴ MICHAEL, Andréa. STF amplia participação no debate público. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10 de agosto de 2008.

⁵ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altivez? O outro lado do STF*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 231.

parte, entende que o juiz não pode inovar o ordenamento jurídico, mesmo que seja para garantir direitos.

Diante da constatação de que há um ativismo judicial instalado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, procura-se investigar o motivo de questões eminentemente políticas estarem sendo objeto de julgamento pela Suprema Corte do Brasil. O cenário atual aponta para a necessidade de se examinar a relação de forças entre os poderes, para verificar se estamos enfrentando uma situação de desarmonia ou se o cenário atual retrata apenas a dinâmica normal do sistema de freios e contrapesos e a simples evolução democrática de uma sociedade especialmente plural.

1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O Brasil presencia no início dos anos setenta a passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, bem como o surgimento dos direitos de terceira geração. O Poder Legislativo, investido pelo interesse majoritário, deve atuar em conformidade com os valores protegidos pelas cláusulas constitucionais. Entretanto, nem sempre se verifica o cumprimento desse critério substantivo de justiça incorporado pela Constituição. Dessa forma, nomeou-se o Supremo Tribunal Federal para assegurar o cumprimento das normas, assumindo o papel de guardião da Carta Magna, por meio do controle de constitucionalidade.

1.1 A coexistência do Estado de Direito e da Democracia e suas implicações

O surgimento do Estado de Direito está relacionado à idéia de constitucionalismo moderno. Ernst Wolfgang Böckenförde registra que o referido termo é uma criação da Teoria do Estado liberal alemão, baseado em princípios racionais, que se opõem tanto ao Estado transcendental e de investidura divina como ao despótico, regido pela arbitrariedade. O Estado de Direito, em seus primórdios, era Estado da razão, Estado do entendimento ou Estado em que se governa segundo a vontade geral racional e somente se busca o que é melhor para todos.⁶

O Estado de Direito é o Estado submetido ao direito, entendido este como um sistema de normas democraticamente estabelecidas e que respeitem determinadas exigências fundamentais. O próprio Estado se submete às leis por ele criadas, freando-se a atividade estatal.

Essas conquistas foram alcançadas após séculos de luta por novas liberdades em contraposição aos velhos poderes. A Revolução Inglesa pôs fim à sobreposição da autoridade real sobre as demais e inaugurou uma noção ocidental de Constituição associada a Governo com controle e participação social. Nesse momento, surge a ideia de governo respaldado nas leis, o princípio da legalidade e da separação dos poderes e o início da proteção aos direitos e garantias fundamentais.

⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 200.

As Revoluções Francesas e Estadunidenses também foram muito importantes nesse processo de desenvolvimento. Respalhada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, a Revolução Francesa, além de retomar a noção de legalidade e de separação dos poderes, inovou tornando os direitos e garantias fundamentais em universais. Com isso, a pessoa humana firmou-se como sujeito de garantias e de direitos.

Por sua vez, a Revolução Estadunidense consolidou o constitucionalismo moderno. Houve um aprimoramento das funções de cada poder, uma vez que, com a criação dos Estados membros, configurando uma Federação, eles desconcentraram os poderes e descentralizaram as funções. Os americanos criaram, ainda, definitivamente a noção de República, criando uma República Presidencialista que pugnava por um governo com mandato temporário e com uma precisa separação das funções.

A grande Revolução Americana, entretanto, emergiu após a Constituição, com o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana. Nesse julgamento, o sentido material da Constituição foi sobreposto pelo formal e deu origem ao controle de constitucionalidade.

“Assim, surge o constitucionalismo moderno, que na sua primeira vertente inaugura o Estado de Direito, rompendo com o Estado de Política. Antes preponderava o ‘governo’, depois das Revoluções passa-se a ter a preponderância do ‘direito’. O direito passa a ser norte da política.”⁷

Dessa forma, o constitucionalismo impera após as revoluções liberais como o modelo mais adequado de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático. Revela-se como a melhor alternativa de limitação do poder, respeito aos direitos e promoção do progresso. Luís Roberto Barroso considera que o sucesso dessa via de institucionalização do poder está amparado em três fundamentos:

“(i) *legitimidade* — soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) *limitação do poder* — repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) *valores* — incorporação a Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.”⁸

O constitucionalismo contemporâneo, conforme preceitua Conrado Hübner Mendes, é a mistura de dois ideais: “Um (...) preconiza a existência de barreiras ao poder

⁷ COSTA, Andréa Elias da. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 51.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: Ano I, Vol. I, nº 6, set. 2001, p. 7.

político e à maioria para preservação da liberdade e dos direitos. O outro, participação e igualdade política. Este afirma que todos devem participar como sujeitos iguais na tomada de decisões políticas. Aquele, que o poder tem limites.”⁹

O controle jurisdicional de constitucionalidade emerge como o instituto que melhor se adequa à proteção desses dois princípios. Mas, essa revisão constitucional concedida pelo Estado de Direito aos juízes de vigiar a regularidade jurídica das instituições e das práticas sociais, causa polêmica na medida em que seria uma decisão contramajoritária. Tratando-se de um regime democrático, não há como desprezar a aparente contradição da supremacia da Constituição diante de decisões dos juízes que não representam a vontade da maioria. Barroso denomina esse fenômeno de “*dificuldade contramajoritária*”¹⁰. A investidura dos juízes e membros dos tribunais não se dá por meio de eleição, ou seja, não são consagrados pela vontade popular. Não obstante, ao invalidarem atos do Legislativo ou do Executivo, bem como, ao ordenarem o cumprimento de determinados deveres de atuação, estão indubitavelmente exercendo um papel político. Nestes termos, Barroso cita trecho da obra *The least dangerous branch*, do professor Alexander Bickel:

‘A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (*judicial review*) é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...) Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. (...) O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial.’¹¹

A Jurisdição Constitucional e essa atuação expansiva do Judiciário têm sofrido críticas daqueles que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficácia na proteção dos direitos fundamentais. Jeremy Waldron¹², um dos principais representantes dessa corrente, sustenta que nas sociedades democráticas em que o Legislativo não seja disfuncional, as divergências acerca dos direitos devem ser resolvidas no âmbito do processo legislativo e não do judiciário. Já Ran Hirschl faz uma crítica de cunho ideológico, considerando que a judicialização seria uma reação das elites tradicionais contra a

⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 9.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Vol. 12, nº 96, Fev/Mai. 2010, p. 10.

¹¹ BICKEL, Alexander, *The least dangerous branch*, 1986, pp. 16-23, *apud* BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Vol. 12, nº 96, Fev/Mai. 2010, p. 10.

¹² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, vol. 115, nº 6, p. 1346-1406, abr. 2006.

democratização, caracterizada pela prevalência da participação popular e da política majoritária. E conclui que o aumento do poder judicial por via da constitucionalização é, de certa forma,

‘(...) um pacto estratégico entre três partes: as elites políticas hegemônicas (e crescentemente ameaçadas) que pretendem proteger suas preferências políticas contra as vicissitudes da política democrática; as elites econômicas que comungam da crença no livre mercado e da antipatia em relação ao governo; e cortes supremas que buscam fortalecer seu poder simbólico e sua posição institucional.’¹³

Segundo Hübner, entretanto, o próprio pensamento político reconhecia que o regime democrático tinha como obstáculo a contenção da deliberação majoritária diante dos pressupostos essenciais do citado regime, sob pena de desvirtuar a própria democracia.

“Seria mais sábio confiar em juizes, seja porque estão treinados numa longa tradição de valoração dos direitos individuais, à qual prestam contas a cada decisão, seja porque fazem parte de uma corporação menos afeita às disputas políticas ordinárias.”¹⁴

Oscar Vilhena pondera que “A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa.”¹⁵ A Constituição possui um pré-comprometimento com a sociedade, que se estende, inclusive, às gerações futuras. Seu papel de proteção dos valores fundamentais deve ser capaz de impedir uma autodestruição perpetrada por maiorias ocasionais, mantendo as bases democráticas do Estado. Essa ideia já era manifestada pelo *Chief Justice* da Suprema Corte americana, Goldeberg. Em 1966 ele afirmou: “Longe de não ser democrático, o *judicial review* talvez seja uma das mais altas manifestações de democracia, pois é o meio pelo qual a maioria se auto-impõe restrições a fim de proteger os direitos das minorias.”¹⁶

1.2 O guardião da Constituição

Ao final da República de Weimar, travou-se uma polêmica discussão entre Hans Kelsen e Carl Schmitt acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Segundo

¹³ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 214, *apud* BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Vol. 12, nº 96, Fev/Mai. 2010, pp. 12-13.

¹⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 11.

¹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 443.

¹⁶ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 62.

Kelsen, a necessidade da busca político-jurídica por garantias da Constituição, ou seja, por instituições que assegurem a constitucionalidade do comportamento dos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio da máxima legalidade da função estatal do Estado de direito. O jurista austríaco defendia que o guardião da constituição deveria ser um tribunal constitucional.

“(…) caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado -, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados. A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que portanto, possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.”¹⁷

O autor prossegue refutando os que defendiam a tese de que o natural guardião da Constituição seria o monarca. Para ele, isso não passava de uma ideologia que procurava mascarar a perda de poder que o Chefe de Estado experimentava com a passagem da monarquia absoluta para a constitucional. A doutrina da monarquia Constitucional considerava que o monarca era, exclusivamente ou não, uma terceira instância objetiva, situada acima do antagonismo instaurado conscientemente pela Constituição dos dois pólos de poder - governo e parlamento -, e detentor de um poder neutro. Segundo essa tese, apenas o representante do governo poderia exercer o controle do exercício do poder de modo que os limites da Constituição fossem respeitados.

Schmitt se utiliza da doutrina de Constant do *pouvoir neutre* do Chefe de Estado para interpretar a Constituição de Weimar. Com esse auxílio, ele estabelece que o guardião da Constituição não poderia ser o Tribunal Federal ou outro tribunal, conforme artigo 19, da Constituição de Weimar, mas apenas o presidente do *Reich*, com base no artigo 48, da mesma Carta Magna. Segundo ele, esse artigo daria ao presidente do Reich poderes excepcionais destinados à guarda da Constituição, conferindo-lhe um poder neutral, ou seja, mediador.

O jurista alemão, para sustentar a sua tese, se voltava contra a instituição de uma jurisdição constitucional, ou seja, contra a atribuição da função de garantia da Constituição a um tribunal independente. Kelsen questiona o posicionamento de Schmitt, que querendo

¹⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 240.

demonstrar que na Alemanha, os tribunais civis, criminais e administrativos, ao exercerem um direito de controle material sobre as leis que devem aplicar, não são guardiães da constituição, não nega esse título à Corte Suprema dos Estados Unidos, mesmo esta Corte não fazendo essencialmente nada de diferente dos tribunais alemães quando estes exercem seu direito de controle, ou seja, não aplicando ao caso concreto as leis consideradas inconstitucionais.¹⁸ Com isso, para ele, o poder de controle dos tribunais diferenciavam-se apenas no plano quantitativo, uma vez que o tribunal alemão não anulava a lei inconstitucional apenas para um caso concreto, como o tribunal americano, mas sim para todos os casos. Dessa forma, Kelsen prossegue:

“De que serve observar então, como faz Schmitt, que a função constitucional de um guardião da Constituição consiste em ‘substituir e tornar supérfluo o direito geral e ocasional de desobediência e resistência que repousa no direito de controle material’ e ‘que apenas não estamos diante de um guardião da Constituição no sentido institucional’? Isso, em realidade, não basta para chegarmos ao ‘sentido preciso’ do conceito ‘guardião da Constituição’; basta apenas para concluir que os tribunais, mesmo quando exercem o direito de controle, ‘não devem ser considerados guardiães da Constituição’. Uma afirmação meramente terminológica, pois Schmitt não pode desmentir que um tribunal, quando rejeita a aplicação de uma lei inconstitucional, suprimindo assim sua validade para o caso concreto, funciona como garante da Constituição, mesmo que não se lhe conceda o altissonante título de ‘guardião da Constituição’, ou seja, se renuncie a uma expressão cujo *pathos* já é, por si só, uma advertência contra tendências ligadas a ela.”¹⁹

Os argumentos de Schmitt partem do pressuposto de que, entre funções jurisdicionais e funções políticas, existiria uma contradição essencial. A decisão sobre a constitucionalidade de leis e a anulação de leis inconstitucionais configuraria um ato político, donde se deduz que tal atividade já não seria propriamente jurisdicional. Kelsen contrapõe esse ponto demonstrando o cuidado que se deve ter ao termo “política”, conceito polissêmico e excessivamente mal utilizado, num contexto de oposição a “jurisdição”.

É falsa a concepção de que “política” é a função do legislador, o qual impõe aos indivíduos a sua vontade e exerce um poder por obrigá-los a perseguir seus interesses conforme delimitação legal, decidindo, dessa forma, os conflitos de interesse; ao passo que o juiz é o aplicador do ordenamento jurídico elaborado pelo legislador. Segundo Kelsen, essa afirmação pressupõe que o exercício do poder esteja encerrado dentro do processo legislativo e, para ele, na realidade, o poder tem continuação e o seu real início é na jurisdição.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 249.

¹⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 249-250.

“O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. (...) Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder que dá a função judiciária o mesmo caráter ‘político’ que possui – ainda que em maior medida – a legislação.”²⁰

Schmitt considera que a decisão judicial já está contida na lei, sendo apenas deduzida desta por meio de uma operação lógica, explicitando-se a jurisdição como automatismo jurídico. Essa teoria, segundo Kelsen, não passava de uma “(...) ideologia da monarquia constitucional: o juiz tornado independente do monarca não deve se conscientizar do poder que a lei lhe confere, que – dado o seu caráter geral – lhe deve conferir”.²¹

Para o positivista, inexistente diferença qualitativa entre lei e sentença, ambas produzem direito. A decisão de um tribunal, norteadada pela legislação, isto é, pela produção do direito, não exclui seu cunho de jurisdição, ou seja, de aplicação do direito. A decisão não se limita à função legislativa, estando necessariamente contida na função judicial, com isso, ambas devem possuir caráter político. Essa conclusão encabeça ferrenha crítica ao pensamento de Schmitt:

“Com isso, (...) torna-se vazia toda a argumentação pela qual o controle de constitucionalidade não seria jurisdição por causa de seu caráter político. Permanece apenas a questão sobre por que um autor de inteligência tão extraordinária como Schmitt se enreda em contradições tão palpáveis apenas para poder sustentar a tese de que a jurisdição constitucional não seria jurisdição, mas sim legislação, quando de seu próprio raciocínio se depreende que ela pode e deve ser as duas coisas.”²²

Schmitt conclui que o guardião da Constituição deve ser o presidente do *Reich*, pois ele, tendo sido eleito pelo povo, se compromete a “defender a unidade do povo como um todo político”, atuando como “contrapeso para o pluralismo de grupos de poder sociais e econômicos”, possuindo, outrossim, a possibilidade, pela indução do referendo popular “de se ligar diretamente a essa vontade geral do povo alemão, de atuar como guardião e defensor da unidade e integridade constitucional do povo alemão.”²³ Ele considera que eleger um tribunal constitucional como guardião da constituição seria diretamente contrária à coerência política do princípio democrático. Já Kelsen, dada a independência decisória que o Tribunal

²⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 251.

²¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 258.

²² KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 259.

²³ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 280.

Constitucional proporciona, este deveria ser encarregado da guarda constitucional, exercendo o juiz, a atividade de legislador negativo.

Nesta perspectiva, que inspirou a expansão do Tribunal Constitucional pelo continente europeu, a corte assume a guarda da Constituição e a amplitude de suas atribuições é determinada pelo que dispõe o texto da carta constitucional.

1.3 Legitimidade Jurisdicional

Diante do contexto institucional supramencionado, os tribunais adquiriram relevante papel, desempenhando a função de garantidor dos direitos individuais e responsável pela aplicação das regras constitucionais. Dessa forma, o Tribunal constitucional passou a ser o órgão competente para emitir em último grau, julgamentos sobre a compatibilidade da lei com a Constituição, bem como dos atos estatais infralegais, a fim de garantir que as decisões políticas majoritárias não desrespeitassem o núcleo básico de regras sobre as quais a sociedade política se assentou.

O tema da legitimação dos Tribunais Constitucionais é um tema conturbado. Prova disso é o extraordinário número de teses, colóquios e intervenções teóricas sobre o assunto sempre colocar à tona o debate de como legitimar, em uma democracia, um Tribunal Constitucional, que é não só um garante da Constituição, como o último a decretar o que está em conformidade com os princípios constitucionais e o que os violam, revogando, inclusive, a vontade do legislador.

Em face do exposto, pode-se dizer que “(...) quanto maior for o rol de princípios e direitos colocados pela constituição a salvo das decisões majoritárias, mais amplas serão as atribuições de um tribunal constitucional.”²⁴ Nesse contexto, a mudança do paradigma do Estado Liberal para o Estado Social representou nova posição do Judiciário, que adquiriu alçada ainda mais relevante. Aqui surgem as chamadas constituições dirigentes.

A Constituição Brasileira de 1988 surge para inovar. Nela há previsão de cláusulas pétreas e fortes limites materiais ao poder de reforma constitucional. Segundo Conrado Mendes, “Foi a geração constituinte mais ousada e convicta da justiça de suas

²⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.

proposições”.²⁵ Outrossim, possui uma linguagem de textura aberta, impregnada por valores morais abstratos, suscetíveis de variadas interpretações, cabendo à autoridade que a interpretá-la, julgar se o legislador respeitou ou não as diretrizes constitucionais.

“Não se trata simplesmente de realçar a necessária imposição de diques ao processo democrático majoritário. Deve-se investigar se a autoridade responsável por essa empreitada é guarnecida por uma legitimidade adequada e coerente com sua missão de resguardar a moralidade constitucional.”²⁶

Dworkin considera que a coincidência entre direito e moral é uma tendência necessária. Referindo-se ao sistema jurídico adotado pelos Estados Unidos, aduz que o direito como integridade fornece tanto uma melhor adequação quanto uma melhor justificativa da prática jurídica. Ele distingue duas espécies de matérias: as sensíveis à escolha e as insensíveis à opção. Neste mesmo sentido, Dworkin opõe as questões de política às questões de princípio. As matérias sensíveis à escolha são de competência do legislativo, uma vez que a solução correta depende essencialmente da distribuição das preferências entre o povo. As matérias insensíveis à opção são aquelas que não dependem do número daqueles que a sustentam para se obter uma resposta correta, já que estão relacionadas à questões de valores. Essas matérias poderiam, dessa forma, serem atribuídas ao Poder Judiciário:

“O direito por natureza possui, em qualquer lugar, o mesmo valor e não depende, em nada, do facto (sic) de a opinião pública lhe acordar ou recusar esse valor. O direito por convenção pode, à partida, ser feito indiferentemente desta ou daquela maneira, mas deixa de poder sê-lo logo que é convencionado ou positivado que se deve agir de certa maneira.”²⁷

Assim, segundo Dworkin, os juízes devem se basear nos princípios ao proferirem suas decisões. Agindo dessa forma, terão condições de contrair uma decisão majoritária, “(...) pois essa deve se subordinar aos direitos que asseguram ao indivíduo um mínimo *status* de dignidade. Direitos morais são a barreira incontornável em face da maioria.”²⁸

Oscar Vilhena argumenta que a fundamentação e a justificação das razões presentes na decisão proferida pelo magistrado, possibilitam ao Judiciário um ambiente propício para se decidir questões de princípios:

²⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 138.

²⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 143.

²⁷ SOUSA E BRITO, José de. *Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático*. In: SOUSA E BRITO, José de, et al. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional - Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993*. Coimbra Editora, 1995, p. 43.

²⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 38.

“Assim, ao buscar dar a melhor interpretação possível aos dispositivos especialmente protegidos, como cláusulas superconstitucionais, subsidiado por um processo de argumentação racional em que os componentes da Corte se encontrem em posição de igualdade e liberdade argumentativa, o Tribunal constitucional poderá decidir quais emendas ferem e quais não ferem as cláusulas superconstitucionais de maneira mais legítima. Isto não significa que a Corte não esteja engajada em um processo antimajoritário. Porém, se for capaz de impedir a abolição ou erosão dos princípios fundantes da ordem constitucional, entendida como reserva de justiça, e de seus elementos que habilitam a perpetuação do processo político democrático, a Corte estará, paradoxalmente, favorecendo a democracia”.²⁹

Os argumentos expostos acima refletem o pensamento da corrente substancialista. Estudiosos como Dworkin, Cappelletti, Paulo Bonavides, Luis Roberto Barroso e muitos outros, acreditam que as novas relações entre direito e política são inevitáveis e favorecem o enriquecimento da igualdade, sem prejuízo da liberdade. Concepção que permite a integração do direito com valores socialmente aceitos por meio dos princípios que oxigenam a Constituição.

Segundo a corrente procedimentalista, encabeçada por Habermas, Ely e Garapon, a crescente presença do direito na política é ilegítima, porquanto enfraquece a democracia em face da possibilidade de juízes, não legitimados democraticamente pelo povo, poderem invalidar os atos praticados pelos poderes políticos. Conforme observa Habermas, o núcleo do problema da legitimação da justiça constitucional, consubstancia-se na circunstância de que “(...) a crítica à jurisdição constitucional se desenvolve sempre em vista da distribuição de competências entre o legislador democrático e a atividade jurisdicional, sendo, portanto, sempre uma discussão em torno do princípio da divisão dos poderes.”³⁰

Para Habermas, a legitimidade de uma norma só é possível se a mesma for elaborada com a participação da sociedade de forma democrática, respeitando-se e positivando-se os princípios do discurso, pois “Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito.”³¹ A crítica se dirige também contra a interpretação judicial criadora, com o argumento de que o juiz carece de legitimação democrática e que, por isso, se deve cingir à aplicação de um Direito que lhe pré-existe e proceder nas suas decisões *jure stricto*. Ely também defende esse pensamento para justificar

²⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 239.

³⁰ HABERMAS, Jürgen, 1992, *apud* ESTEVES, Maria da Assunção. *Legitimação da Justiça Constitucional e Princípio Maioritário*. In: SOUSA E BRITO, José de, et al. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional* - Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra Editora, 1995, p. 127.

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Vol. 2, 2a ed. 2003, p. 326.

posições de *judicial self-restraint*, associada a uma vinculação ao *original intent* da Constituição.³² Esta defesa de um *judicial self-restraint* surgiu nos Estados Unidos associada a uma intenção política claramente conservadora, tentando inverter uma prática de ativismo judicial e do alargamento do catálogo dos direitos civis que caracterizou o Supremo Tribunal na era Warren.³³

No Brasil, é possível afirmar, por meio de uma constatação empírica, que a corrente substancialista é a majoritária no nosso país. O arranjo institucional brasileiro conferido pela constituição de 1988, em que o Supremo passou a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, bem como reforçou seu novo papel político, Vilhena denomina de *Supremocracia*. O termo refere-se à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente o Poder Judiciário no Brasil e à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. Neste sentido, finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se Supremo.³⁴

Inocência Mártires Coelho aborda a questão da Supremacia da Constituição, tecendo as seguintes observações:

“Já se disse praticamente tudo sobre a jurisdição constitucional, seja para defendê-la, seja para criticá-la. Para o bem ou para o mal, não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não descobirmos alguma fórmula mágica que nos permita juridificar a política sem ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça. Se o Estado é a forma por excelência de manifestação do poder político e a Constituição o seu estatuto fundamental, então onde quer que se institucionalizem relações de mando, alguém terá que arbitrar-lhes os inevitáveis conflitos.”³⁵

As razões que podem justificar a expansão da autoridade do Supremo são a constitucionalização pormenorizada das relações sociais, econômicas e públicas e a própria organização institucional. Praticamente tudo é matéria constitucional, dessa forma, aumenta-se o número de litigiosidade e há maior possibilidade de se detectar incidentes inconstitucionais provocados pelos administradores e legisladores e todos esses casos são dirimidos no Supremo. Assim como esta primeira hipótese não deixa de transparecer a preocupação da Constituição de 1988 de se preservar contra os ataques do corpo político, a

³² ELY, Jhon Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., 1980.

³³ A célebre Corte de Warren foi responsável por verdadeira revolução constitucional no período de 1953 a 1969. Sua influência ultrapassa as terras norte-americanas. O Direito Constitucional atual, e não somente nos Estados Unidos, mas em todos os países que adotam o controle judicial de constitucionalidade, não pode ser compreendido sem referência à produção desta Corte. Uma análise desse período será feita mais adiante.

³⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 445.

³⁵ COELHO, Inocência Mártires. A dimensão política da jurisdição Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*. V. 225. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

segunda explicação para a nova configuração da autoridade judicial também possui essa gênese.

O Supremo recebeu a função de tribunal constitucional, julgando por via de ação direta, a constitucionalidade de leis e atos normativos, bem como as omissões inconstitucionais produzidas tanto em âmbito federal, como estadual. Com o advento do Mandado de Injunção, também é legitimado à assegurar a imediata e direta implementação de direitos fundamentais. Possui ainda competência para apreciar a constitucionalidade de emendas à Carta Magna que violam o amplo rol de cláusulas pétreas.

“Esta atribuição conferiu ao Supremo a autoridade para emitir a última palavra sobre temas constitucionais em nosso sistema político, reduzindo a possibilidade de que o Tribunal venha a ser circundado pelo Congresso Nacional, caso este discorde de um dos seus julgados, como acontece em muitos países.”³⁶

Outro fator determinante na valorização da jurisdição do Tribunal com relação ao embate político foi a expansão dos legitimados para a proposição de ações diretas. Dessa forma, o acesso ao controle direto de constitucionalidade pelo Supremo não é conferido apenas ao Procurador Geral da República. Como salienta Vilhena, “Essa abertura do Supremo a outros atores políticos tem transformado o Tribunal, em muitas circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa.”³⁷

Seguindo essa explanação, também é missão do Supremo julgar criminalmente altas autoridades devido ao foro especializado. Atualmente, estamos presenciando o Supremo Tribunal Federal agindo como juízo de primeira instância no caso da aceitação da denúncia contra os mensaleiros.

Com efeito, pode-se dizer que passados duzentos e nove anos da célebre sentença do Tribunal dos Estados Unidos no caso *Marbury v. Madison* (1803), que inaugurou a *judicial review* da constitucionalidade das leis; mais de noventa anos decorridos desde a criação do Tribunal Constitucional Austríaco (1920), que introduziu o sistema de fiscalização concentrada da constitucionalidade; mais de cem anos depois do estabelecimento em Portugal da fiscalização judicial difusa, de modelo americano (Constituição de 1911); e vinte e sete anos após a instalação do Tribunal Constitucional entre nós –, não há sentido questionar a legitimidade da justiça constitucional em geral e a do Tribunal Constitucional em particular,

³⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 447.

³⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 448.

nomeadamente à luz do princípio da maioria. Hoje, as objeções tradicionais ao controle judicial da conformidade constitucional dos atos do poder, designadamente das leis, estão superadas. A jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático.³⁸

Resumindo com propriedade o papel do Supremo em nosso país, o Ministro Celso de Melo citou na solenidade de celebração do primeiro centenário de nascimento do Ministro Aliomar Baleeiro, importante trecho de sua clássica obra “O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido”, publicada em 1968:

“O Supremo, porém, que admiro e exalto, é o tribunal máximo da liberdade, da honra de cada homem e de cada mulher neste país. É o Supremo Tribunal Federal concebido como o idearam os fundadores do regime federativo, como cúpula e constituinte permanente, que dá sentido novo e fecundo à Constituição, permitindo a sua longevidade e exercendo benfazejamente obra contínua de aperfeiçoamento e ampliação da Carta Magna.”

³⁸ MOREIRA, Vital. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional*. In: SOUSA E BRITO, José de, et al. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional* - Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra Editora, 1995, p. 177.

2. HERMENÊUTICA JURÍDICA E INSTITUTOS JURÍDICOS

A interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual, cuja finalidade é, ao estabelecer o seu sentido, tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações peculiares e concretas. O maior desafio do operador do direito é a distância material entre a generalidade do seu enunciado e a singularidade dos casos a decidir. Somente aplicando-se o texto jurídico ao caso concreto é que se processa e se revela o conteúdo de uma norma, cumprindo sua função de regular a vida.

“(…) a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro.”³⁹

Elival da Silva Ramos, citando célebre afirmação do *Chief Justice* Charles Evans Hughes, demonstra o cenário de confronto entre o realismo e o positivismo, principalmente no que tange ao posicionamento hierarquizado das fontes do direito, em que a Constituição se encontrava no escalão máximo. O juiz da Suprema Corte, no intuito de demonstrar a inversão de sentido da fonte de direito por excelência para a crescente jurisprudência, consubstanciada nas decisões judiciais, afirmou que “(…) nos Estados Unidos se vivia sob uma Constituição, ‘mas a Constituição é o que os juízes dizem que é’.”⁴⁰

Na realidade, não existe uma antítese entre a interpretação judiciária da lei e a criatividade dos juízes, pois há de se reconhecer que certo grau de discricionariedade – que não se confunde com arbitrariedade –, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só a do direito. A interpretação é parte integrante do processo legislativo. Dessa forma, deve-se analisar criteriosamente o grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por parte dos Tribunais.

2.1. Interpretação

Ao Poder Judiciário foi conferido a aplicação da lei aos casos concretos, observando-se a imparcialidade em relação às opções políticas do legislador. Montesquieu preconizava que o Judiciário era um poder “invisível e nulo”, sendo os juízes “(…) apenas a

³⁹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Arménio Amado, 6ª ed., Coimbra, 1997, p. 274.

⁴⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor.”⁴¹

“Nasce, então, a tese positivista da separação entre a política e o direito, que nesse primeiro momento, é levada ao extremo, pois, muito embora se reconhecendo que o direito tem a sua gênese atrelada ao processo político, entende-se que, uma vez criado pelo legislador, deve ser considerado pelos juristas e pelos órgãos incumbidos sua aplicação de um modo puramente técnico, sem que entrem em linha de cogitação aos conflitos de interesse presentes no processo prévio de tomada de decisão.”⁴²

A Escola da Exegese surge nesse momento com o intuito de defender o subjetivismo interpretativo, por meio do qual o exegeta deveria sempre buscar e se ater a intenção do legislador. Dessa forma, não era conferido ao Poder Judiciário a possibilidade de criação do direito, sendo a natureza da atividade do magistrado cognoscitiva ou declaratória. Posteriormente, o subjetivismo legalista é substituído pelo subjetivismo do magistrado.

Em 1804, com a entrada em vigor do Código Civil napoleônico na França, consolidou-se o modelo dogmático do positivismo, pondo fim ao dualismo do direito natural em contraposição ao positivo, uma vez que as fontes estatais passaram a preponderar sobre as demais. A supremacia da lei, como visto anteriormente, encontrava alicerce devido às características de legitimidade política e ética dos atos legislativos – produto do Parlamento, visto como a encarnação do princípio da soberania popular e; expressão da vontade geral, que tendia sempre para a utilidade pública.

Cappelletti expõe que a expressão direito judiciário (“*judiciary law*”) foi utilizada pelo filósofo e jurista Jeremy Bentham há mais de um século e meio para criticar o fato de que no ordenamento inglês, “(...) embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade criador do direito.”⁴³ Bentham fundamentava essa reprovação na incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade na verificação do direito judiciário. Entretanto, o jurista admitia a importância e a inevitável criatividade da interpretação judiciária igualmente do direito codificado. Tanto que justamente na época que se lhe seguiu, principalmente no século XX, a própria expansão do legislativo ocasionou a ampliação do direito judiciário, estendendo a relação criativa que o jurista tem com o direito. Cappelletti observa que esse fenômeno não se limita ao campo do judiciário, sendo o reflexo da expansão do estado também nos ramos legislativo e executivo. “Na

⁴¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 3a. ed, 1994, p.178.

⁴² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

⁴³ BENTHAM, Jeremy, 1979, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, pp. 17-18.

verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, (...), num sistema democrático de *'checks and balances'*, à paralela expansão dos 'ramos políticos' do estado moderno.”⁴⁴

O princípio da maioria não deixou de ser relevante para definir os parâmetros e delimitar os poderes do juiz constitucional. Dele decorre uma exigência fundamental da jurisdição constitucional que é a de não usurpar o papel do legislador ordinário, expressão da maioria de governo, substituindo-se àquele nas escolhas constitucionalmente admissíveis. Com isso, cumpre ressaltar que, mesmo não assistindo ao juiz constitucional o direito de autolimitar-se no exercício dos seus poderes, a Constituição estabelece limites que devem ser observados.

Esse dever do juiz constitucional não se autolimitar nas suas funções de fiscalização da constitucionalidade, nomeadamente a pretexto de se tratar de questões políticas, é chamado pela doutrina de teoria do *judicial selfrestraint*. As decisões judiciais que afastam as opções políticas do legislativo e do executivo, só se legitimam na medida em que estejam vinculadas pela Constituição. Toda vez que o julgador sob o pretexto de dar cumprimento à Constituição, substituir o mérito administrativo do ato do legislador, pelo seu, ficará comprometida a própria legitimidade democrática do controle de constitucionalidade. O Judiciário só deve pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei, quando, após a exaustão de todas as suas possibilidades exegéticas, resultar evidente a sua incompatibilidade com a Lei Fundamental, independentemente da sua natureza, política ou não, das questões envolvidas. O jurista português Vital Moreira afirma que a clássica contestação feita por Konrad Hesse a respeito da teoria da autolimitação permanece inteiramente válida. Eis o entendimento de Hesse:

“Se é correto o princípio de que o controle do Tribunal Constitucional é determinado pelas funções que lhe são confiadas pela Constituição, então o postulado da retração judicial [*richterlicher Zuruckhaltung*] é em geral falso. Pois a mais importante função confiada ao Tribunal Constitucional – velar pela observância da Constituição, especialmente a proteção dos direitos fundamentais – pode exigir justamente o contrário da contenção, ou seja, uma decidida intervenção do Tribunal, mesmo com o risco de conflito com outra autoridade.”⁴⁵

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 19.

⁴⁵ HESSE, Konrad, 1981, *apud* MOREIRA, Vital. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional*. In: SOUSA E BRITO, José de, et al. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional - Lisboa*, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra Editora, 1995, p. 195.

Se o Judiciário averiguar que o administrador público se afasta dos ditames constitucionais, garantidos por direitos fundamentais e determina a sua observância, não estará substituindo a vontade do representante popular pela sua, mas apenas certificando-se e garantindo que a ordem jurídica está sendo cumprida. Dessa forma, as limitações decorrentes do princípio da maioria e da separação dos poderes continua tendo plena validade. Vital Moreira expõe as consequências desse princípio.

Primeiramente, não cabe ao juiz atribuir à norma – só para não optar pela inconstitucionalidade - um sentido que não possa ser reconduzível à vontade do legislador, pois desse modo, ele se tornaria o próprio legislador. Nesse sentido, o juiz deve realizar uma *interpretação conforme à Constituição*, conferindo um dos sentidos possíveis da norma, de acordo com o cânone da interpretação. Outro ponto que deve ser observado, é quanto à impossibilidade do juiz emitir *normas substitutivas das normas declaradas inconstitucionais*, mesmo a título provisório. Também não lhe compete ditar ao legislador as normas que este deve emitir para substituir as normas declaradas inconstitucionais. E quanto à fiscalização das *omissões inconstitucionais*, as decisões devem ser de “(...) mero reconhecimento da inconstitucionalidade, não podendo o tribunal anular a omissão, visto que esta só pode ser superada pela emissão de legislação adequada.”⁴⁶

Em suma, o autor rejeita as concepções de ativismo ou de criatividade do juiz constitucional, que fundamentam a prática das sentenças manipulativas ou construtivas⁴⁷, presentes em países como o da Itália “Porque aí o juiz constitucional assume inequivocamente a veste do legislador (...).”⁴⁸

A Hermenêutica atual, segundo Elival Ramos, é a da interpretação-aplicação, que consiste em uma atividade simultaneamente cognoscitiva e criativa. Não há como não reconhecer a atividade criadora do exercício da jurisdição.

“(...) os magistrados, longe de meramente declarar ou reproduzir um direito preexistente, contribuem para a sua configuração, entretanto, não de forma livre ou

⁴⁶ MOREIRA, Vital. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional*. In: SOUSA E BRITO, José de, et al. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional - Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993*. Coimbra Editora, 1995, p. 197.

⁴⁷ As sentenças manipulativas ou construtivas, bem como outras experiências que têm influenciado o nosso ordenamento jurídico, serão analisadas no tópico subsequente.

⁴⁸ MOREIRA, Vital. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional*. In: SOUSA E BRITO, José de, et al. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional - Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993*. Coimbra Editora, 1995, p. 197.

inteiramente desvinculada e sim a partir do texto a aplicar, cujo teor normativo resulta, precisamente, da atividade de concretização”.⁴⁹

A Constituição Brasileira se utiliza de inúmeras cláusulas abertas, que incluem princípios e conceitos jurídicos indeterminados. É indiscutível que esses conceitos possuem nuances de valoração que estão intrínsecos a determinado grau de subjetividade, por mais que possam existir certezas positivas e negativas sobre o que significam ou deixam de significar. Quando se trata de princípios constitucionais, o fenômeno ainda é percebido com maior intensidade devido à sua intensa carga axiológica, sendo impossível falar em sentidos claros e unívocos.

“Na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete. O fato de existir consenso de que ao atribuir sentido a conceitos indeterminados e a princípios não deve o juiz utilizar-se dos seus próprios valores morais e políticos não elimina riscos e complexidades, funcionando como uma bússola de papel.”⁵⁰

Nessas hipóteses complexas, que recebem a denominação de *hard cases*, o sentido da norma precisa ser fixado pelo juiz. Como se registrou, são situações em que a solução não possui uma resposta objetiva e, portanto, exige uma atuação criativa do intérprete, que deve argumentativamente justificar suas escolhas. Há hipóteses, ainda, em que o magistrado tem que se valer da filosofia moral e política para encontrar soluções que não estejam integralmente na norma. Reconhecendo-se que o juiz deve, em certos casos, recorrer a elementos extrajurídicos, verifica-se que diferentes juízes adotam diferentes métodos de interpretação.

“Há juízes que pretendem extrair da Constituição suas melhores potencialidades, realizando na maior extensão possível os princípios e direitos fundamentais. Há outros que entendem mais adequado não ler na Constituição o que nela não está de modo claro ou expresso, prestando maior deferência ao legislador ordinário.”⁵¹

É possível deduzir que os mesmos magistrados nem sempre adotam os mesmos métodos de interpretação, muitos se baseiam, inclusive, não no princípio, mas no resultado. Nesse ponto, é importante citar o debate a respeito da corrente filosófica do pragmatismo jurídico, cujo consequencialismo é seu elemento essencial.

Encabeçado pelos filósofos Charles Peirce e William James, o Pragmatismo emerge nos Estados Unidos na segunda metade do séc. XIX com o fundamento de que toda e

⁴⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 82-83.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Vol. 12, nº 96, Fev/Mai, 2010, p. 19.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Vol. 12, nº 96, Fev/Mai, 2010, p. 21.

qualquer proposição seja testada por meio da antecipação de suas conseqüências e resultados possíveis, passando o direito a ser definido pela atividade realizada pelos juízes.

“(…) o pragmatismo jurídico é uma postura ético-argumentativa que serve primordialmente àqueles atores no seio do direito que querem legitimar argumentos e decisões em dois pilares: (1) naquilo que é desejável para a comunidade política no futuro e (2) naquilo que é inevitável para ela no presente, já que o passado constitui parte necessária da compreensão da realidade que se impõe no momento do exercício interpretativo e argumentativo conduzido por estes atores.”⁵²

O juiz pragmatista, ao seguir estes passos, tem como objetivo primordial a escolha da melhor decisão. Para isso, o magistrado pode se valer de sua própria experiência como jurista, de recursos jurídicos e não-jurídicos, de diversas teorias e até mesmo de decisões anteriores. Essa concepção produziu

“(…) uma tradição de reflexão sobre o Direito e suas instituições, especialmente nos Estados Unidos, menos interessada no resultado da reflexão (...), do que no conhecimento produzido pelo processo de trazer uma Ciência Social orientada à compreensão do mundo empírico para dentro do sistema jurídico, e utilizá-la para pensar crítica e imaginativamente as instituições nele existentes.”⁵³

Decisões nesse sentido revelam a preocupação dos magistrados quanto ao impacto que determinados julgamentos podem causar na sociedade. Essa técnica de decisão procura investigar os efeitos que podem ser gerados a terceiros, a forma como o Direito reflete no cotidiano.

2.2 Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade

A Constituição de 1988 implementou dois institutos judiciais para possibilitar a implementação de normas de eficácia limitada pelo poder estatal, a ação direta de inconstitucionalidade para declarar a omissão e o mandado de injunção. Havendo o acolhimento daquela, conforme artigo 103, § 2º, da Carta magna, é “dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”, já o mandado de injunção, desde o seu surgimento, tem ocasionado diversas polêmicas tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no que tange aos efeitos da decisão de procedência da ação.

⁵² EISENBERG, José. *Para que serve o pragmatismo jurídico?* Disponível em: <<http://www.soc.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/Para%20que%20serve%20o%20pragmatismo%20jur%EDdico.pdf>>, p. 3. Acesso em: 3 de março de 2012.

⁵³ EISENBERG, José. *Para que serve o pragmatismo jurídico?* Disponível em: <<http://www.soc.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/Para%20que%20serve%20o%20pragmatismo%20jur%EDdico.pdf>>, p. 3. Acesso em: 3 de março de 2012.

“As decisões proferidas nesses processos declaram a mora do órgão legiferante em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida. Dessarte, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residiria no fato de que, enquanto o primeiro destinasse à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico.”⁵⁴

Atualmente, após o julgamento do Mandado de Injunção nº 721-7/DF, a decisão que acolhe o pedido de injunção passou a ter natureza constitutiva-condenatória ou constitutiva-mandamental.

Em detalhada análise sobre os referidos institutos, o Ministro Gilmar Mendes faz algumas observações. Em casos em que há a constatação, com eficácia *erga omnes* da omissão parcial, seja por meio da declaração da inconstitucionalidade, no controle abstrato da omissão, seja porque se empresta *força normativa* à decisão proferida no processo de mandado de injunção, o cidadão fica “(...) desobrigado de prestar obediência à norma, estando, por outro lado, impedido de reivindicar a sua aplicação em proveito próprio.” Em contrapartida, “Os órgãos estatais e a administração estão, igualmente, impedidos de aplicar a disposição, uma vez vinculados ao princípio do Estado de Direito (...) e, por isso, obrigados a agir de forma legítima.”⁵⁵

Assim, considerando que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no processo de mandado de injunção e no controle abstrato da omissão, possui natureza obrigatória ou mandamental para o legislador e que a decisão que reconhece a subsistência de uma omissão parcial contém, ainda que implicitamente, a declaração de inconstitucionalidade da regra defeituosa, há de se concluir, inevitavelmente, que a superação da situação inconstitucional deve ocorrer em duas etapas: suspendendo-se a aplicação da norma e cogitando-se do estabelecimento de prazos dentro dos quais seria admissível a aplicação da lei inconstitucional.⁵⁶

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 107/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 de junho de 2012.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade e a Declaração de Inconstitucionalidade de Caráter Restritivo ou Limitativo no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 13, Bahia, jan./fev./mar. 2008, p. 13.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade e a Declaração de Inconstitucionalidade de Caráter Restritivo ou Limitativo no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 13, Bahia, jan./fev./mar. 2008, p. 14.

Entretanto, dependendo da matéria, a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional. São casos, por exemplo, da intervenção indevida no âmbito de proteção dos direitos individuais.

“É fácil ver, assim, que a introdução de um sistema peculiar para o controle da omissão e o entendimento de que, em caso de constatação de uma ofensa constitucional em virtude da omissão do legislador, independentemente do processo em que for verificada, a falha deve ser superada mediante ação do órgão legiferante, colocaram os pressupostos para o desenvolvimento de uma declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, também no Direito brasileiro.”⁵⁷

A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade é um dos métodos adotados pela Suprema Corte Alemã para amenizar o impacto político de suas decisões, que pudessem, de alguma forma, interferir na atuação anterior do legislador. Por meio de técnicas admonitórias, o legislador é advertido das deficiências da sua própria atuação, como omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais, para corrigi-las diretamente pelo exercício da função legislativa. Há, ainda, a hipótese em que a Corte sustenta a constitucionalidade da norma, mas comunica o legislador de que caso a mesma não seja retificada, será revogada. Essas são estratégias que permitem a construção de um diálogo institucional com o intuito de não desequilibrar a harmonia entre os poderes.

“O que se percebe das espécies de provimento jurisdicional desenvolvido pela Corte Constitucional alemã é uma sutil conciliação entre ativismo quanto ao conteúdo do texto constitucional, que busca, no entanto, caminhos de concretização no mundo da vida, que não desconsiderem a indispensável intervenção das demais estruturas de poder, como estratégia – também de poder – para garantir o resultado de suas próprias decisões.”⁵⁸

No Brasil, essas estratégias criativas foram recentemente incorporadas ao sistema. A Constituição de 1988 possibilitou o desenvolvimento sistemático da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (sem a pronúncia da nulidade), na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada omissão do legislador.

Entretanto, a primeira solução não conseguiu apresentar qualquer resultado prático, pois as advertências aos legisladores para que suprissem omissão legislativa proferidas em

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade e a Declaração de Inconstitucionalidade de Caráter Restritivo ou Limitativo no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 13, Bahia, jan./fev./mar. 2008, p. 16.

⁵⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 28.

ações de inconstitucionalidade omissiva ou em mandados de injunção não eram cumpridas⁵⁹. É também por esse motivo que o Supremo Tribunal Federal tem adotado novas soluções para a correção de omissões legislativas, conforme será analisado mais a frente.

2.3 Sentenças Aditivas

Na Itália, diante da inexecução do Parlamento de reexaminar uma legislação pretérita incompatível com a Carta Maior, o Tribunal passou a desempenhar uma postura mais ativa, valendo-se das sentenças aditivas e interpretativas, bem como da modulação de efeitos de pronúncia de inconstitucionalidade e as sentenças de *doppia pronunzia*, que conforme esclarece o professor Rui Medeiros, citado no artigo do Ministro Gilmar Mendes, é quando:

“(…) a Corte começa por proferir uma decisão de costituzionalità provvisoria ou, se se quiser, uma decisão de infondatezza ou de inammissibilità esortative ou monitorie, na qual, à maneira de uma crônica de uma inconstitucionalidade anunciada, adverte o legislador na motivação para a possibilidade de um ulterior juízo de inconstitucionalidade, deixando para momento posterior, e caso o vício se mantenha, a declaração de inconstitucionalidade da norma.(…) permite evitar os efeitos negativos pro futuro de uma eventual declaração de inconstitucionalidade.”⁶⁰

Também destaca-se na experiência italiana, o desenvolvimento da doutrina do direito vivente, o qual serve de delimitação ao ativismo judicial, tendo em vista que “(…) estabelece as fronteiras da discussão e orienta o objeto da própria atuação da Corte Constitucional.”⁶¹ Isto porque o sistema de jurisdição constitucional italiano é concentrado, ou seja, quando alguma questão constitucional é discutida cabe ao Tribunal Constitucional proferir a palavra final.

⁵⁹ Em 2007, o Supremo Tribunal Federal declarou, em diversas ações diretas de inconstitucionalidade, a inconstitucionalidade, sem a pronúncia de sua nulidade por prazo determinado das normas que criaram municípios mesmo diante da inexistência da lei complementar federal que regulamentaria tal criação nos moldes exigidos pelo art. 18, § 4º da Constituição Federal. A ADI 3689, julgada em 10.05.2007, é exemplo dessas ações. Em pronunciamento anterior sobre esse julgado houve destaque a essa nova técnica de controle de constitucionalidade, situação em que o Supremo Tribunal Federal *declarou a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade* da Lei que criou Município e manteve sua vigência pelo prazo de 24 meses até que o legislador estadual estabelecesse novo regramento. Essa solução resultou na promulgação, logo em seguida, de emenda constitucional referendando a criação dos municípios até então criados. Não houve exatamente o suprimento da omissão, mas foi o primeiro caso em que rapidamente os parlamentares se mobilizaram para corrigir uma inconstitucionalidade.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade e a Declaração de Inconstitucionalidade de Caráter Restritivo ou Limitativo no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 13, Bahia, jan./fev./mar. 2008, p. 21.

⁶¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 30.

O modelo espanhol, do qual encontrou inspiração na experiência italiana, também possui desenvolvimento jurisprudencial baseado em técnicas e modalidades de provimento que permitem alcançar resultados distintos da simples convalidação de validade ou nulidade dos temas submetidos a controle. Outrossim, devido a baixa quantidade de normas constitucionais, a atividade interpretativa ganha espaço e maior liberdade de atuação, o que acarreta o desenvolvimento das sentenças aditivas e interpretativas.

“Não me parece que ao fazer uso de sentenças manipulativas com efeitos aditivos o órgão de controle extrapole de suas funções jurisdicionais. Na verdade, se examinada atentamente essa modalidade decisória, nela nada mais se faz do que adotar interpretação extensiva para o dispositivo impugnado, a partir de uma perspectiva sistêmica, mediante operação concretizadora (...).”⁶²

Segundo entendimento de parte da doutrina, as sentenças aditivas podem ser constitucionalmente obrigatórias ou juridicamente ilegítimas. Quando as sentenças editam direito novo para preencher uma lacuna, inventando uma disciplina que não existe, viola função reservada ao legislador e a sentença aditiva é considerada inválida.

A doutrina italiana passou a identificar uma nova sentença de controle, qual seja, “sentença aditiva de princípio”. Esse método se aproxima das sentenças declaratórias de inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade, conforme ocorre na Alemanha. No Brasil, o uso das sentenças de princípio é inviabilizado devido à adoção do sistema sancionatório constitucionalmente estruturado. Conforme artigo 27 da Lei n. 9.868/99, há a possibilidade de proferir decisões de eficácia *pro futuro* em casos de inconstitucionalidade que não se recomenda a pronúncia de nulidade.

Outro caso inviável para o sistema jurídico brasileiro é o da “inconstitucionalização progressiva”, método em que se está diante de uma norma constitucional em vias de se transformar inconstitucional. O Ministro Gilmar Mendes dedica em sua obra a comparação entre o controle brasileiro e o alemão:

“Não raro reconhece a Corte que a lei ou situação jurídica não se tornou ‘ainda’ inconstitucional, conclamando o legislador a que proceda - às vezes de determinado prazo - à correção ou à adequação dessa ‘situação ainda constitucional’ (*Appel-lentscheidung*). Tanto quanto é possível precisar, a decisão proferida em 4 de maio de 1954 sobre o Estatuto do Sarre (*Saarstatut*) constitui o ponto de partida para o desenvolvimento da *Appel-lentscheidung* na jurisprudência da Corte Constitucional. Ficou assente, no referido julgado, que as providências legislativas empreendidas com vistas a superar o ‘estatuto de ocupação’ - ainda que se mostrassem imperfeitas ou incompletas - contribuíam para uma gradual compatibilização da situação

⁶² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 219.

jurídica com a Lei Fundamental e deveriam, por isso, ser consideradas *ainda constitucionais (...)*⁶³.

Gilmar Mendes cita alguns casos que se assentaram na ideia de inconstitucionalidade progressiva, como o *habeas corpus* n. 70.514, em que o Supremo entendeu que no citado *habeas corpus* se justifica o prazo maior em razão das Defensorias Públicas não estarem aparelhadas nas mesmas condições do Ministério Público. A inconstitucionalidade progressiva, nesse caso, encontra fundamento no fato de que a norma somente é constitucional enquanto a defensoria carecer de aperfeiçoamento e aparelhamento. No momento em que o objetivo for alcançado instalará a inconstitucionalidade do dispositivo supracitado.

2.4 A doutrina do Habeas Corpus

A ação de *habeas corpus* foi inaugurada no Código de Processo Penal em 1832, sendo que o dispositivo consagrava apenas a tutela da liberdade de locomoção. Somente após a Proclamação da República é que o instituto foi constitucionalizado. A Constituição de 1891 passou a prevê-lo de forma ampla, garantindo outros direitos e liberdades individuais. O dispositivo constitucional assim dispunha: “Art. 72 (...) § 22. Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”.

A inexistência de garantias processuais na Constituição que amparassem outras liberdades além da de locomoção, compelia advogados e juízes a buscarem a extensão da aplicação do dispositivo do *habeas corpus* para esses predicamentos, no intuito de se resguardarem das ameaças do autoritarismo presidencial vivenciado no início da República brasileira.

Acredita-se que o marco da orientação jurisprudencial da denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, adveio com o julgamento do HC n. 2.795 pelo Supremo Tribunal Federal, que concedeu a um grupo de intendentes do Conselho Municipal do Distrito Federal o ingresso no edifício-sede desse órgão legislativo para completar o trabalho de verificação de poderes dos intendentes eleitos, contornando, destarte, a disposição de decreto

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 220-30

presidencial.

Entretanto, o Presidente da República Hermes da Fonseca declinou-se a cumprir o decidido pelo Supremo, alegando que o Judiciário havia ultrapassado suas atribuições, substituindo-se ao Poder Executivo.

O Ministro Pedro Lessa, ao defender a posição assumida pela Corte, aduziu que a extensão da proteção do *habeas corpus* para além da liberdade de ir e vir, beneficiava somente o exercício conexo de outros direitos e liberdades constitucionais, e não o exercício inteiramente autônomo dessas prerrogativas. Cumpria ao magistrado, em casos como este, verificar a incontestabilidade do direito constitucional conexo, sua liquidez e se seu titular, mesmo que temporariamente, não estava impedido de exercê-lo. Portanto, como observa Elival Ramos,

“Não se pode dizer que essa “doutrina brasileira do *habeas corpus*” representasse um debordamento ativista da Suprema Corte de suas atribuições constitucionais, como pretendeu o Presidente Hermes da Fonseca, porquanto houvera sido competentemente estruturada a partir de interpretação extensiva do dispositivo-matriz da garantia (...).”⁶⁴

No Brasil, o julgamento do *habeas corpus* nº 300 em 1892 simboliza o ápice da cláusula das questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal. Rui Barbosa foi o primeiro a provocar o Poder Judiciário e obter dele decisões que controlassem atos do Poder Executivo. Impetrou o referido *habeas corpus* para libertação do Almirante Eduardo Wandenkolk e outros, durante estado de sítio, que suspendia as garantias constitucionais, decretado por Floriano Peixoto. O pedido estava fundamentado na inconstitucionalidade do estado de sítio e na ilegalidade das prisões ocorridas, umas antes de decretado o estado de sítio, outras, depois de terminada a sua vigência, quando devem imediatamente ser restabelecidas as garantias constitucionais.

“O exame sumário dessa orientação pretoriana se afigura bastante apropriado para demonstrar o limite tênue que, por vezes, se põe entre a ousadia e a criatividade no exercício da função jurisdicional, indispensáveis à rápida adaptação do sistema jurídico diante de novas necessidades sociais, e o insidioso descaminho do ativismo judicial”⁶⁵.

Posteriormente, esses direitos receberam amparo legal por meio da introdução em nosso sistema jurídico do mandado de segurança.

⁶⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 232.

⁶⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 226.

As questões políticas não podem ser interpretadas como fenômenos simples e unilaterais. O pressuposto de que o Judiciário não pode analisar tais questões, está imbuído de distorções. Conforme leciona o professor Largo de São Francisco (Princípios Constitucionais), citado por Elival Ramos:

“Não há uma só questão, mas questões várias, na ‘questão política’. E essas várias questões que se encerram na ‘questão política’, ora são realmente e exclusivamente políticas, ora realmente e exclusivamente judiciais. É política quando se resolve pela apreciação arbitrária das conveniências, sem que haja direitos legais em jogo. É judicial, quando se resolve pela aplicação da lei a direitos individuais, certos e líquidos.”⁶⁶

⁶⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147.

3. MODELO ESTADUNIDENSE

No século XIX, a Constituição norte americana era exemplo para diversos países pelo seu modelo de democracia, que por mais que não fosse o ideal, era o melhor que se apresentava até então. A Argentina (Constituição de 1853) e o Brasil (Constituição de 1891) foram países que se sentiram atraídos por essa marcha ascensional dos Estados Unidos, ao adotarem o federalismo e o presidencialismo e ao permitirem aos juizes a declaração de inconstitucionalidade dos diplomas legislativos e dos atos executivos.⁶⁷

“No topo do sistema de poder, ao lado do Presidente e do Congresso, a Suprema Corte, apontada como a mais original das instituições americanas, garantidora, através do gênio dos seus juizes, da adaptação da Constituição setecentista às novas realidades em perpétua mudança, servia também de paradigma à Corte Suprema argentina e ao Supremo Tribunal Federal.”⁶⁸

Lêda Boechat Rodrigues, em sua emblemática obra *A Corte de Warren*, aponta os caminhos trilhados pela Suprema Corte americana até se chegar ao modelo de jurisdição constitucional que é tão difundido e influencia tanto o nosso país. Importantes decisões evidenciaram a vontade de mudança social:

“Juizes imbuídos da idéia de justiça e convencidos de que a Suprema Corte deve também exercer na vida americana função educadora e moral não hesitaram, uma vez suscitada a sua jurisdição por ativos grupos de pressão e diante da inércia dos outros dois poderes constitucionais, em assumir posição de liderança e apontar caminhos a serem trilhados. Fizeram-no na tentativa de procurar ajudar a sociedade americana a tornar-se menos discriminadora, menos violenta, menos agressiva, menos sujeita à histeria anti-comunista, e mais igualitária, mais isenta de preconceitos raciais, mais tolerante.”⁶⁹

Lêda Rodrigues indica Earl Warren, bem como John Marshall como importantes *Chief-Justices* que surpreenderam a Corte americana com decisões diametralmente opostas ao que poderia se supor. Ambos raramente citavam precedentes e a reação de Warren, quando em debates orais, os advogados se utilizavam de decisões anteriores, era indagá-los: “Sim, sim, mas isso era justo?”⁷⁰ Ou seja, para ele, a Corte deveria representar um tribunal de justiça. Esse pensamento revolucionou a função da Corte, que passou a se atentar aos casos de direitos humanos e os das liberdades civis. A Corte Warren, assim designada em alusão ao

⁶⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 12.

⁶⁸ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 12.

⁶⁹ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 20.

⁷⁰ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 39.

seu presidente, Earl Warren, foi responsável por célebres e controvertidas decisões que expandiram o espectro das liberdades civis nos Estados Unidos.

O caso *Marbury versus Madison*, julgado em 1803, ensejou a doutrina das questões políticas juntamente com a doutrina do controle judicial de constitucionalidade. É importante destacar que questões políticas também podem estar presentes em controvérsias de direitos individuais, ou seja, não se pode simplesmente deixar ao desamparo esses direitos por se estar diante de matéria inserida em “região política”.

Esse assunto, conforme preleciona Elival Ramos, é tratado minuciosamente pelo jurista Rui Barbosa, que analisando a jurisprudência e a doutrina estadunidenses que se desenvolveram com a decisão de Marshall, transportou essa ideia de discricionariedade no âmbito de cada Poder com a de respeito dos direitos e liberdades individuais.

“(…), o exercício de poderes discricionários importa sempre em avaliações presididas pelo binômio conveniência e oportunidade (escolhas quanto à presença dos pressupostos, ao momento, ao próprio conteúdo da medida a ser adotada, etc.), as quais, entretanto, devem ser feitas nos estritos limites admitidos pelo ordenamento e em sintonia com os elementos inteiramente vinculados do ato a praticar (por exemplo, a competência). Uma vez rompido o círculo no qual se movimentava livremente o órgão ou a autoridade em favor de quem se reconhece a discricionariedade e, desde que presente a lesão a direito subjetivo, a justificar a intervenção do Poder Judiciário, poderá este reparar a lesão causada sem qualquer empecilho. (...) não há propriamente matérias de natureza política, em que a atuação do poder público seja inteiramente discricionária e, portanto, imune ao controle judiciário; o que há são aspectos discricionários de determinadas matérias de elevada conotação política, constitucionalmente reguladas.”⁷¹

3.1 *Marbury v. Madison*

É deste período a maior contribuição americana ao direito constitucional: “(...) o princípio da supremacia do Judiciário ou o poder constitucional de controle de constitucionalidade das leis.”⁷² Coube a Marshall, no famoso caso *Marbury v. Madison*, firmar a necessidade de um controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, reforçando, em benefício do povo, os limites com que o mesmo povo ordenara as instituições de um governo limitado.

⁷¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144/145.

⁷² RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 35.

A controvérsia levada à Corte originou-se durante o período de transição e tensão no ambiente político do país. Em 1801, nos últimos dias do governo do Presidente Federalista John Adams, ele apontara diversos juízes para cortes federais, dentre eles, William Marbury, que fora legalmente nomeado juiz de paz do Distrito de Columbia. James Madison, Secretário do Governo, seguindo instruções do novo Presidente Democrata Thomas Jefferson, negou-lhe a posse, bem como deixou de concluir o processo de nomeação de outros juízes previamente apontados por Adams. Marbury então, requereu ordem de *mandamus* contra Madison, perante a Suprema Corte Americana.

“Enfrentava-se, assim, situação difícilima. Indeferir simplesmente o pedido seria, conforme observou Crosskey, capitulação demasiado visível; afirmar apenas que a lei judiciária somente autorizava o *mandamus* pela Corte Suprema em grau de apelação, era resultado insatisfatório. A Corte, de modo muito inteligente e hábil, procurou, então, mascarar o recuo inevitável com um ato de afirmação contra o partido no poder.”⁷³

Invertendo a ordem do exame das questões preliminares, Marshall, Presidente do Tribunal, acompanhado por unanimidade, decidiu que Madison, na realidade, agira ilegalmente ao negar posse a Marbury, uma vez que o sistema de indicação dos juízes se consagra com a assinatura presidencial, sendo mera formalidade a titulação conferida pelo Secretário de Estado. De acordo com os princípios aplicáveis da *Common Law*, reconheceu-se que o instrumento processual adequado para efetivação do direito perquerido era de fato, o *writ of mandamus*. Entretanto, restava aferir se a Suprema Corte era competente para decidir o caso como instância originária.

Marbury, ao exercer seu direito de ação perante a mais alta Corte Americana, se amparou no dispositivo do Ato Judiciário de 1789. O artigo 13 dessa lei atribuía à Corte Suprema competência originária para expedir ordens de *mandamus*. Marshall avaliou, porém, que não cabia o *writ*, porque pedido diretamente à Corte Suprema, cuja competência originária era estritamente definida na Constituição e não podia ter sido estendida pela Lei Judiciária de 1789. Na ausência de dispositivo expresso, o presidente do tribunal não enfrentou a questão se a Corte era ou não autorizada pela Carta Magna a declarar a inconstitucionalidade das leis do Congresso, mas exerceu tal poder afirmando que a lei em

⁷³ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 36.

questão “não parecia permitida pela Constituição”⁷⁴, levantando a questão da revisão judicial. Eis os fundamentos de Marshall:

‘Se uma lei do Congresso, contrária à Constituição, é nula, obriga, apesar de sua invalidade, os tribunais e devem estes dar-lhe efeito? Ou, em outras palavras, embora não seja lei constitui regra operante como se lei fôsse? Admiti-lo corresponderia a negar, de fato, o estabelecido pela teoria; e pareceria, ao primeiro golpe de vista, absurdo tão grosseiro que sôbre o mesmo é desnecessário insistir. Deve, porém, receber consideração mais atenta.

É, sem dúvida, da alçada e dever do Poder Judiciário declarar a lei. Aquêles que a aplicam aos casos particulares devem, necessariamente, explaná-las e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, os tribunais devem se decidir sôbre sei âmbito de ação. Assim, se uma lei estiver em antagonismo com a Constituição, e se tanto uma como a outra forem aplicáveis à espécie, de modo que o tribunal tenha de decidir o caso de acôrdo com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com à Constituição, rejeitando a lei, êle, inevitavelmente, terá de escolher entre os dois preceitos opostos o que regerá o assunto. Isto é da essência do dever judicial. Se, portanto, os tribunais devem ter em vista a Constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária há de reger o caso a que ambas dizem respeito.⁷⁵ – *sic*.

Marshall, ao declarar a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei Judiciária de 1789, visava fim meramente político, demonstrando, por meio da discussão do mérito, haver Jefferson cometido uma ilegalidade, mas falecer à Corte, por uma questão preliminar de falta de jurisdição e competência para corrigi-la.

Esta clássica lide acabou por confirmar e fortalecer o já mencionado Princípio da Supremacia da Constituição, pressuposto essencial em todas as constituições escritas, de que uma lei contrária à constituição é nula; e que os juízes e tribunais, da mesma forma que os outros departamentos do governo, devem obedecê-la e protegê-la, porém, declarando a inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos que lhe forem contrários, mediante análise de um caso concreto.

3.2 Scott v. Sandford (Dred Scott)

O caso Dred Scott é assimilado como um dos julgamentos mais perversos do direito constitucional norte-americano. Para muitos constitucionalistas, essa decisão da Suprema Corte “Acirrou ódios e é importante causa determinante da guerra civil (1860-

⁷⁴ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 36.

⁷⁵ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 36.

1865).”⁷⁶ Nesta decisão, o Tribunal, além de solucionar o caso concreto, declarou a inconstitucionalidade de quaisquer normas estaduais que estabelecessem a proibição do trabalho escravo, “em clara demonstração de ativismo judicial.”⁷⁷

Dred Scott e sua esposa Harriet Scott eram escravos negros quando seu dono John Emerson mudou-se primeiramente para Illions e, de lá, para Wisconsin, estados e territórios onde a escravidão era ilegal de acordo com a Lei Noroeste de 1787. Após o falecimento do seu proprietário, Dred Scott e sua esposa retornaram ao estado de origem, Missouri, onde a escravidão era permitida. Por ter vivido em estado não escravista, Scott considerou-se livre, sob a premissa de que *once free, always free*, isto é, uma vez livre, sempre livre. Com isso, ajuizou uma ação judicial com o objetivo de ver reconhecida a sua liberdade. O juízo de primeiro grau reconheceu tal direito sob o argumento do direito adquirido, uma vez que Scott havia vivido durante uma época em liberdade. Entretanto, o caso chegou à Suprema Corte, onde decidiu-se em sete votos a dois, de forma desfavorável. O voto do Presidente, Roger B. Taney, foi o condutor da maioria. De forma preconceituosa e racista, ele abordou duas questões: se os negros poderiam ser considerados livres ou escravos e se o Congresso tinha o poder de regular a escravidão nos estados.

“Agressivamente decidiu-se que negros eram coisas, objetos de propriedade, comprados e vendidos, antes e depois da independência, antes e depois da constituição. Além do que, o direito de propriedade de escravos estaria garantido pelo texto constitucional. Só poderia ser pedido mediante a aplicação do *due process of law*. Entendeu também que o Congresso não poderia regulamentar a escravidão nos estados, porque a constituição não admitia restrições a esse direito de propriedade.”⁷⁸

Roberta Kaufmann pontua as advertências de Cass Sunstein para as graves conseqüências desse julgamento. Caso o Tribunal tivesse decidido apenas o caso concreto, declarando a incompetência da Corte para conhecer da matéria, uma vez que o entendimento de que Scott, por ser escravo, não era cidadão e não poderia demandar diante do Tribunal Federal já havia sido consolidado, a causa seria resolvida sem ter de se intrometer em questões morais ou políticas. Mas, como a Corte não procedeu dessa forma, a maneira como agiu, “(...) acirrou os conflitos entre os abolicionistas dos estados do norte e os latifundiários

⁷⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 56.

⁷⁷ KAUFMANN, Roberta Fragoso. *O início da Era da Segregação Racial nos EUA – O caso Dred Scott v. Standford*. Disponível em: <<http://www.imil.org.br/artigos/o-inicio-da-era-da-segregacao-racial-nos-eua-o-caso-dred-scott-v-standford/>> Acesso em: 30 de julho de 2012.

⁷⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 56.

escravagistas dos estados do Sul, deflagrando, então, a Guerra Civil e acirrando o ódio entre brancos e negros, nos Estados Unidos.”⁷⁹

3.3 Brown v. Board of Education

O caso Brown v. Board of Education, de 1954, revogou a doutrina até então dominante, do *equal but separate*, isto é, iguais, mas separados. Debateram-se em conjunto cinco casos que versavam sobre a segregação racial nas escolas. Coube a Earl Warren presidir e anunciar a memorável decisão que pôs fim à proteção judicial da separação racial nas escolas públicas. Concluiu-se que não havia igualdade entre escolas e que as crianças brancas tinham opções, enquanto a educação de crianças negras era praticamente inexistente. Dessa forma, em um pronunciamento unânime, declarou-se que a regra de condições de “iguais, mas separados”, firmada no caso *Plessy v. Ferguson*, não satisfazia as exigências da cláusula de igual proteção das leis e que a discriminação racial nas escolas públicas era inconstitucional. O Chief Justice Warren proclamou:

‘A liberdade protegida pela cláusula do *due process* é mais que a simples ausência de restrição corporal, estendendo-se a toda esfera de procedimento livremente escolhida pelo indivíduo, e não pode ser restringida salvo em vista de objetivos governamentais. A segregação nas escolas não está relacionada a nenhum objetivo governamental.’⁸⁰

Iniciava-se nova fase nas relações raciais norte-americanas. O caso trouxe “(...) novos parâmetros de relação entre o governo central e os estados. Esses últimos deveriam cumprir ordens daquele, que viam como nefasta a interferência em negócios internos.”⁸¹

3.4 Lochner v. New York

O caso Lochner v. New York, de 1905, cristalizou doutrinas liberais do *laissez-faire*. O estado de Nova Iorque, exercendo seu poder de polícia, limitou o trabalho dos padeiros em dez horas diárias. Lochner, proprietário de uma padaria, violou a lei, contratando

⁷⁹ KAUFMANN, Roberta Fragoso. *O início da Era da Segregação Racial nos EUA – O caso Dred Scott v. Standford*. Disponível em: <<http://www.imil.org.br/artigos/o-inicio-da-era-da-segregacao-racial-nos-eua-o-caso-dred-scott-v-standford/>> Acesso em: 30 de julho de 2012.

⁸⁰ RODRIGUES, Lêda Boechat. A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 302.

⁸¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004, p. 75.

padeiros que trabalhavam além do período estabelecido pela lei. Naquela época, a liberdade de contrato era a regra geral, sendo restringida pela autoridade legislativa apenas em casos excepcionais. Com base nessa premissa, Lochner ajuizou uma ação perante a Suprema Corte requerendo a declaração de inconstitucionalidade dessa nova lei de Nova Iorque, que limitava sua liberdade de contratar.

O *Chief Justice* Luiz Peckam, relator da decisão, entendeu que a lei de Nova Iorque interferia na liberdade de contrato entre patrões e empregados. Argumentou que o estado não poderia privar o individual da liberdade e da propriedade, sem o devido processo legal, com base na 14ª Emenda. Entendeu que ao julgar pela inconstitucionalidade da lei, a Suprema Corte não substituíria pelo seu o julgamento do legislativo, pois era atribuição do Tribunal decidir o cabimento da lei no poder de polícia do Estado. Peckam ponderou questionativamente: ‘O trabalho nas padarias nunca fora considerado insalubre. Pode-se afirmar, seguramente, que quase todas as ocupações prejudicam a saúde. Mas estaremos nós, a este respeito, à mercê das maiorias legislativas?’⁸²

Apreciou-se no caso a liberdade de contratar e o poder de polícia dos estados. “No mérito, afirmou que pão limpo e saudável não depende de quantas horas o padeiro trabalhe. Não havia, nesse sentido, poder de polícia que justificasse a lei limitativa de horas de trabalho.”⁸³

A Suprema Corte americana, ao julgar o *leading case Lochner v. New York*, com base no princípio da razoabilidade, ensejou uma série de decisões liberais, que permitiu classificar tal período como era Lochner.

“Nesse período, a Corte passou a tomar decisões que substituíam a vontade do legislador, por intermédio da doutrina do devido processo legal substantivo. Por essa doutrina, a Corte não apenas se limita a verificar a constitucionalidade formal de um ato normativo, mas também a sua razoabilidade face aos princípios da constituição. No caso *Lochner*, a Corte invalida legislação de cunho social, produzida pelo Estado de Nova York, em face de princípios implícitos pretensamente na Constituição.”⁸⁴

⁸² RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 131.

⁸³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 57.

⁸⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 443.

3.5 Bush v. Gore

Em recente caso, os Estados Unidos enfrentaram sérias acusações de fraude eleitoral nas eleições de 2000. George W. Bush venceu seu opositor Al Gore de forma amplamente questionada. Embora este tivesse obtido uma quantidade superior de votos populares, Bush obteve a maioria dos colégios eleitorais. A “(...) legitimidade da eleição de Bush não foi questionada em razão do número inferior de votos populares, mas em razão das dúvidas que cercaram a contagem de votos na Flórida, estado-membro, naquela época, governado pelo seu irmão, Jeb Bush (1999-2007).”⁸⁵

A margem de votos obtidos no Estado da Flórida por Bush em desfavor de Gore era ínfima e o sistema adotado nesse estado para apuração dos votos foi colocado em questionamento por este, que tendo em vista o resultado favorável a Bush, requereu em juízo a recontagem manual das cédulas eleitorais. A Suprema Corte do Estado da Flórida acatou o pedido, ordenando o exame manual dos votos. Entretanto, essa decisão fez com que Bush levasse o caso à Suprema Corte Americana alegando que a decisão da Corte Estadual violava a legislação do Estado da Flórida, uma vez que o prazo para recontagem dos votos, estabelecido pelo legislativo estadual, havia expirado.

No mesmo dia do ajuizamento da ação de Bush, foi decidido liminarmente, por cinco votos a quatro, a suspensão da recontagem até que os seus argumentos pudessem ser analisados. O Chief Justice Rehnquist, relatou que:

‘Quando uma corte ordena uma ampla recontagem [dos votos], ela deve assegurar pelo menos a garantia de que as exigências básicas de igual tratamento e de fundamental lealdade sejam satisfeitas. O processo de recontagem, (...), é inconsistente com os procedimentos mínimos necessários para proteger o direito fundamental de cada eleitor no caso especial de uma recontagem em todo o Estado sob o poder de uma única autoridade judiciária estadual. (...). [Tal processo] não permite que todos os cidadãos confiem no resultado das eleições.’⁸⁶

A decisão fez com que muitos protestassem contra a perda de rumo da Suprema Corte. Alguns afirmavam que a decisão estava fundada em preferências político-partidárias do que em princípios constitucionais ou legais. O editorial do *New York Times* chegou a afirmar que o caso era um atentado à democracia:

⁸⁵ TAVARES, André Ramos. *Processo Eleitoral e Democracia: A Delicada e Necessária Contextualização da Reforma Política no Brasil*. Estudos Eleitorais, Volume 6, Número 1, jan./abr. 2011, p. 19.

⁸⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *A Constituição e o pluralismo na encruzilhada (I) A Justiça Constitucional como Guardiã das minorias políticas*. In: BONAVIDES, Paulo. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Editora del Rey, Número 4, jul./dez. 2004, p. 119.

‘...Diante de um dos casos mais importantes da sua história, a [Suprema] Corte tomou uma decisão *crimped ruling* que pode um dia servir como legado da corte de Rehnquist. Por impedir a sequência da contagem manual das disputadas urnas na Flórida e efetivamente concedendo a eleição ao Gov. George W. Bush, a maioria de cinco juízes conservadores negligenciou o princípio democrático basilar de que todos os votos devem ser contados antes de ser proclamado o vencedor de uma eleição.’⁸⁷

O próprio Juiz Stevens, diante das manifestações de desconfiança e abalo da legitimidade do papel da Corte pela comunidade acadêmica e pelo povo em geral, manifestou sua discordância com a decisão tomada: ‘Embora nós nunca venhamos a saber com completa certeza a identidade do vencedor das eleições deste ano, a identidade do perdedor é perfeitamente clara: (...) a confiança no juiz como guardião imparcial do Estado de direito.’⁸⁸

Dworkin, citado no artigo de José Adércio Sampaio, considerou que essa decisão comprometia a democracia e representava um intervencionismo judicial que tornava a atuação da Suprema Corte a mais ativista das Cortes da história do país, mas na direção do retrocesso:

‘Eles visam transformar o direito constitucional não como fez a corte de Warren, no sentido de fortalecer as liberdades civis e os direitos individuais, mas antes para expandir o poder dos estados contra o congresso, para encolher os direitos dos criminalmente acusados e para ampliar seus próprios poderes da intervenção judicial.’⁸⁹

Este episódio deixou uma lembrança amarga para a democracia americana e uma recomendação explícita para uma reforma eleitoral.

⁸⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *A Constituição e o pluralismo na encruzilhada (I) A Justiça Constitucional como Guardiã das minorias políticas*. In: BONAVIDES, Paulo. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Editora del Rey, Número 4, jul./dez. 2004, p. 120.

⁸⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *A Constituição e o pluralismo na encruzilhada (I) A Justiça Constitucional como Guardiã das minorias políticas*. In: BONAVIDES, Paulo. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Editora del Rey, Número 4, jul./dez. 2004, p. 122.

⁸⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *A Constituição e o pluralismo na encruzilhada (I) A Justiça Constitucional como Guardiã das minorias políticas*. In: BONAVIDES, Paulo. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Editora del Rey, Número 4, jul./dez. 2004, p. 123.

4. ATIVISMO JUDICIAL

Curiosamente, a cunhagem original do termo ativismo não emergiu de um discurso judicial. Seu emprego foi mencionado primeiramente em uma notícia veiculada na revista americana *Fortune*, voltada não para juristas, mas para o público em geral. O jornalista Arthur Schlesinger Jr., no artigo intitulado “The Supreme Court: 1947”, fez uma análise do perfil dos nove juízes da Suprema Corte norte-americana, em que alguns foram denominados de ativistas judiciais e outros com postura de autolimitação, reconhecendo um reflexo de uma tendência liberal ou conservadora de cada magistrado na atividade judicante.

A partir dessa publicação, a expressão passou a ser utilizada nos Estados Unidos por alguns constitucionalistas como uma forma de se criticar o comportamento judicial não correspondente com a opinião judicial dominante. “Esse tom de denúncia associado à expressão ‘ativismo judicial’ tem se dirigido tradicionalmente, às cortes de viés político liberal, principalmente à paradigmática Corte Warren.”⁹⁰ Alega-se também que a Corte Rehnquist foi muito ativa judicialmente, apesar da sua matriz conservadora. Com isso, percebe-se que essa tendência também pode ser encontrada nas cortes desse modelo.

E como veremos, esse fenômeno de exploração jurisdicional das possibilidades de um novo Direito, associado muitas vezes à qualificação de ativismo, transcende as fronteiras norte-americanas para alcançar quase todos os países que optaram pelo constitucionalismo no modelo ocidental.

4.1 Primeiras Considerações

Uma vez que o ativismo judicial é analisado conforme o exercício da função jurisdicional, a depender do papel institucional atribuído ao Poder Judiciário em cada sistema, seu fenômeno será percebido de maneira peculiar. Dessa forma, torna-se mais complicado vislumbrar uma atuação ativista da magistratura nos ordenamentos filiados ao *common law* do que nos sistemas da família romano-germânica. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, as leis são de fato incorporadas no direito, na medida em que as decisões judiciais determinam o

⁹⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 20.

seu alcance. Eis porque Cappelletti afirma que nos países da família anglo-saxônica, “(...) o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito.”⁹¹

No âmbito do *common law*, o Poder Judiciário possui atuação extremamente ativa no processo de formação do direito, que é criado a partir de casos julgados, interferindo na maneira dos juízes e tribunais considerarem o direito legislado. A base desse sistema é a doutrina do *stare decisis*, obedecendo-se a verticalização e a horizontalização dos precedentes. A primeira consiste na observância por parte dos tribunais inferiores das decisões proferidas pelos órgãos de julgamento superiores, quando estiverem diante de fatos idênticos. E a segunda preceitua que uma entidade judicante não deve ignorar suas próprias decisões anteriores, a menos que se configure o *overruling*: desconstituição fundamentada do precedente, que perderá o caráter vinculante reconhecido até então. Assim, nessa vertente, o ativismo judicial seria uma desobediência às decisões com força vinculante, seja vertical ou horizontal, sobre o respectivo órgão judicante.

Há de se reconhecer que a constatação do ativismo nesse sistema de precedentes é complexa. Se qualificar a corte inferior que desrespeita os precedentes emanados da corte superior como ativista é um tanto quanto questionável, atribuir essa característica à corte que supera seus próprios precedentes por meio do citado *overruling*, é ainda mais difícil, já que esta medida constitui técnica própria do sistema. “A superação de uma linha equivocada de interpretação ou o ajuste em face de novas circunstâncias históricas, ainda que determinem o *overruling*, não são vistas pela doutrina como sinais de ativismo.”⁹²

Para alguns, o ativismo se manifesta quando há a configuração dos denominados *juízes legisladores*. Esse entendimento é baseado na ideia de que o papel dos tribunais não é o de criar o direito, mas revelar o sentido implícito no texto normativo. Dessa forma, uma corte ativista seria a que ultrapassa os limites impostos pelo texto normativo, dando sua própria eleição de meios e fins ao tratamento de temas relevantes. Essa abordagem também encontra dificuldades diante da controvérsia do conceito “direito”. Em que momento um tribunal estaria criando direito sem autorização para fazê-lo?

⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 123.

⁹² VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 22.

Problemas são igualmente vislumbrados quando se pretende conceituar o ativismo na medida em que há o afastamento dos cânones aceitos de interpretação. A correta metodologia de interpretação constitucional é tema amplamente debatido e por isso não pode servir de parâmetro para justificar a configuração razoável do ativismo judicial. A título de exemplo, os atuais juízes da Suprema Corte Americana, Antonin Scalia e Stephen Breyer, travam um embate sobre a adequada hermenêutica jurídica no âmbito da teoria constitucional norte-americana:

“Para o justice Breyer, a Constituição dos EUA é um ente vivo: portanto, os juízes devem ir além da estrita interpretação literal das leis, sobretudo quando as palavras são ambíguas ou incorporam um valor somente aplicado às circunstâncias atuais. Antonin Scalia, por sua vez, defende o ‘originalismo’, ou seja, a leitura precisa das palavras da Constituição, considerando os significados na época em que foram escritas.”⁹³

Com isso, determinar parâmetros que permitam identificar eventuais abusos dos magistrados em detrimento dos legisladores, torna-se árdua tarefa no plano da dogmática jurídica. Elival Ramos pondera que:

“Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão ‘ativismo’, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao ‘passivismo’, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.”⁹⁴

A separação dos Poderes implica, dentre tantos outros consectários, na observância pelos órgãos do Judiciário dos limites da função jurisdicional. Quando há ultrapassagem dessas linhas demarcatórias, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também da administrativa e até mesmo da função de governo, temos a configuração do ativismo judicial. Esse fenômeno é, portanto, “(...) a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.”⁹⁵

Como visto anteriormente, por meio da aplicação da hermenêutica de natureza híbrida – cognitiva e criativa –, as decisões judiciais são inevitavelmente criativas e inovadoras. Além de gerarem a denominada norma decisória, não ficam adstritas a reproduzir

⁹³ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 23.

⁹⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110.

⁹⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117.

o que está nos textos paramétricos, assumindo o papel de desdobrá-los, adaptá-los e enriquecê-los para analisar adequadamente o caso concreto.

Nesse ponto, é importante abordar a questão da discricionariedade, um dos conceitos mais plurissignificativos da Teoria do Direito. Kelsen defendia essa liberdade de ação, tanto no poder judiciário, quanto no legislativo, dentro de determinados limites impostos pelo direito; sendo a diferença entre esses dois casos meramente quantitativa, em que a liberdade de criação conferida ao Judiciário é significativamente menor do que a reservada ao Poder Legislativo.

O ativismo judicial pode ser considerado um fenômeno positivo ou negativo a depender do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões. Elival Ramos aduz que:

“Para os adeptos do literalismo e do originalismo, toda a prática judiciária que não se filie ao interpretativismo é ativista, emprestando ao termo conotação negativa, que o contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à objetividade e segurança jurídica, ao pluralismo ideológico, etc. Em sentido oposto, os defensores da *construction* (não interpretativismo) não veem o ativismo de forma negativa, na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial, como demonstrado pela Hermenêutica contemporânea.”⁹⁶

No cenário contemporâneo, é de grande valia o questionamento da professora alemã Ingeborg Maus “(...) não será a Justiça em sua atual conformação, além da substituta do imperador o próprio monarca substituído?”⁹⁷

4.2 Judicialização da Política

O constitucionalista Luís Roberto Barroso expõe a importância de se distinguir a judicialização política do ativismo judicial para precisarmos o conceito deste. A judicialização envolve uma transferência de questões de grande repercussão política, social ou moral ao Poder Judiciário, em detrimento das instâncias políticas tradicionais – o Legislativo e o Executivo. Enquanto o ativismo é uma atitude, é interpretar a Constituição de modo específico e proativo. A expansão da jurisdição e do discurso jurídico tem causado no mundo

⁹⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133.

⁹⁷ MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*, O papel da Atividade Jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: *Novos Estudos CEBRAP* N. 58, novembro 2000, p. 187.

romano-germânico, grandes mudanças como o distanciamento de se reservar ao Judiciário apenas uma atuação como legislador negativo.

Segundo Barroso, no Brasil, a “(...) judicialização foi a *redemocratização* do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988.”⁹⁸ O Judiciário passou de mero departamento técnico-especializado para verdadeira fonte de poder político, efetivando o cumprimento da Constituição e das leis. A redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário. O ambiente democrático reavivou a cidadania e, com isso, a sociedade, consciente dos seus direitos, passou a buscar proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

A Carta Magna brasileira de 1988, outrossim, é imbuída de inúmeras matérias que antes eram do processo político majoritário e da legislação ordinária. A Constituição é analítica, ambiciosa e desconfiada do legislador⁹⁹. O Direito Contemporâneo se revela cada vez mais complexo quanto à estrutura normativa de suas Constituições. Diferentemente das clássicas Constituições-garantia, como a do Império de 1824, que preceituava em seu artigo 178, ser matéria constitucional apenas “(...) o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos”; atualmente, tem-se novos desafios para a interpretação constitucional, uma vez que questões envolvendo direito individual, prestação estatal ou um fim público, ao serem disciplinadas em uma norma constitucional, possuem potencialidade de se transformar em uma pretensão jurídica, que pode ser garantida por meio de uma ação judicial.

Outra causa da judicialização no nosso país é devido ao *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, qual seja, o híbrido – junção dos aspectos dos sistemas americano e europeu. Adotando-se o controle incidental e difuso, característico do sistema americano, a lei pode deixar de ser aplicada a depender do caso concreto por qualquer juiz ou tribunal que a considere inconstitucional. E do modelo europeu, adotamos o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas ao Supremo Tribunal Federal em tese e imediatamente. Ou seja, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao Supremo.

⁹⁸ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008, p. 3.

⁹⁹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008, p. 4.

De acordo com José Eisenberg, o processo da judicialização da política é composto por dois distintos movimentos:

“(1) refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais – isto é, uma politização do judiciário; (2) a dissiminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros Poderes. Em nosso juízo, este segundo movimento é mais bem descrito como uma ‘tribunalização’ da política, em oposição à judicialização representada pelo primeiro movimento.”¹⁰⁰

Barroso observa que nos últimos anos, os diversos temas que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, como políticas governamentais, relações entre poderes e direitos fundamentais, tiveram suas decisões nos limites dos pedidos formulados. Nesses casos, a Suprema Corte foi provocada a se manifestar e “(...) não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento.”¹⁰¹ E conclui:

“Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.”¹⁰²

O professor Alec Stone Sweet, citado na obra de Vanice do Vale, faz uma abordagem realista e estratégica do fenômeno da judicialização da política, afirmando que os tribunais possuem um interesse institucional em “resolver conflitos legislativos sobre constitucionalidade, mantendo e reforçando, ao mesmo tempo, a legitimidade política da revisão constitucional para o futuro.”¹⁰³ A constante transferência de poderes para os Tribunais nas democracias contemporâneas, satisfaz os interesses da Suprema Corte em reforçar sua influência política.

Ao mesmo tempo, tanto o Legislativo quanto o Executivo podem, utilizando-se dessa estratégia de transferência de poderes, escusarem-se de debater temas polêmicos e controvertidos, que dificilmente seriam decididos em sentido favorável, seja pelo dissenso, ou

¹⁰⁰ EISENBERG, José. *Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG; IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 47.

¹⁰¹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008, p. 5.

¹⁰² BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008, pp. 5-6.

¹⁰³ VALLE, Vanice Regina Lírdo do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 35.

pela insuficiência de debate. Entretanto, a professora Vanice do Valle observa que “A judicialização de questões sociais polêmicas pode reduzir os custos (eleitorais ou de apoio político) de uma decisão controvertida ou, ainda, obstaculizar a abertura de um debate sobre políticas públicas ou reformas políticas à participação da sociedade, (...)”¹⁰⁴

Por fim, Marcus Faro de Castro pontua que a judicialização da política não exclui a democracia, muito pelo contrário, ela constitui um requisito da expansão do poder judicial e contribui para o surgimento de um padrão de interação entre os Poderes.

“Nesse sentido, a transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas deve ser vista como um desdobramento das democracias contemporâneas. A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um "direito" e um "interesse político" (Castro, 1994), sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma "política de direitos" (Tate, 1995).”¹⁰⁵

Nesse contexto, a judicialização decorre do sistema institucional vigente, e não de uma opção política do Judiciário. Os juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

4.3 Ativismo Judicial

O ativismo judicial é caracterizado por uma participação mais ampla e intensa do Judiciário, interferindo, inclusive, no espaço de atuação dos outros dois poderes. Segundo Barroso, a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas:

“(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”¹⁰⁶

¹⁰⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 35.

¹⁰⁵ CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.

¹⁰⁶ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008, pp. 6.

Os debates referentes ao assunto defendem a tese de que o Supremo Tribunal Federal, “(...) mediante uma postura ativista, vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alçando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os poderes.”¹⁰⁷

Diversas podem ser as causas para tal fenômeno. Primeiramente, o reconhecimento da importância do Judiciário como um Poder forte e independente ensejou a ascensão institucional dos tribunais e juízes. Concomitantemente, uma certa desilusão com a política majoritária, seja pela crise de representatividade, bem como pela deficiência do parlamento quanto à sua funcionalidade em geral, também contribuíram para essa “crise” da separação dos Poderes. Outro fator que deve ser levado em consideração, conforme esmiuçado anteriormente, é a preferência do próprio legislativo em deixar a cargo do Judiciário decidir sobre certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade, evitando o próprio desgate na deliberação de temas divisivos, como fidelidade partidária, autorização de experiências científicas com células tronco-embrionárias, imposição do uso das algemas, o caso da greve dos servidores públicos, o fim do nepotismo nas três funções do Estado, a possibilidade de descriminalização de aborto de fetos anencefálicos, a demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, a constitucionalidade do casamento homossexual e a questão das ações afirmativas e das cotas nas universidades públicas.

“Em casos politicamente custosos, os poderes Legislativo e Executivo podem, de um modo estratégico, por meio de uma inércia deliberada, abrir um espaço para a atuação ativista dos tribunais. Temas profundamente controvertidos, sem perspectiva de consenso na sociedade, tais como a abertura dos arquivos da ditadura militar, uniões homoafetivas, aborto, entre outros, têm os seus custos políticos estrategicamente repassados para os tribunais, cujos integrantes não precisam passar pelo crivo do voto popular após suas decisões.”¹⁰⁸

A clássica obra de Aliomar Baleeiro, “O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido”, publicada em 1968, não possui mais consonância com o que presenciamos na Suprema Corte. O Supremo marcha em direção a um Tribunal cada vez mais aberto, por meio da transmissão de sessões públicas na TV Justiça e na *internet*, a possibilidade de interposição

¹⁰⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 40.

¹⁰⁸ VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial*. In: Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria do Direito, Rio de Janeiro, 20 de junho de 2009, p. 44.

de *amicus curiae* por organizações da sociedade civil e por grupos de interesse, assim como as audiências públicas, em que especialistas, militantes e acadêmicos têm a oportunidade de se manifestarem e influenciarem o processo decisório do Tribunal. “Raros são os dias em que as decisões do Tribunal não se tornam manchete dos principais jornais brasileiros, seja no caderno de política, economia, legislação, polícia (e como!) e eventualmente nas páginas de ciências, educação e cultura.”¹⁰⁹

No “Estado Judicante”, o debate público torna-se mais fácil de ser conclamado na Corte do que no Legislativo. A acessibilidade dos espaços judiciais tem substituído a representação política tradicional, diante da ineficácia das providências necessárias para o bom funcionamento da sociedade, demandadas pelos eleitores aos seus governantes. Dessa forma, o julgador torna-se porta-voz de uma ideologia refratária dos desmandos do poder. Verifica-se a repetição de experiências como a italiana, em que a inércia do Parlamento gera um maior ativismo por parte da Corte Constitucional. No Brasil, a Suprema Corte tem adquirido essa postura mais ativa em face de temas que, disciplinados pela Constituição, ainda não possuem concretização devido à ausência do legislativo.

O Ministro Gilmar Mendes, no voto da ADI 1.351/DF, referente à questão de cláusula de barreira, demonstra seu interesse em legitimar o Supremo Tribunal Federal como um tribunal com capacidade criativa afim de solucionar os conflitos:

“(...) é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.”¹¹⁰

Há de se reconhecer que o entendimento da lei como produto da vontade da maioria está longe de dar conta da realidade do Estado moderno. “Em geral a lei não é senão a vontade do partido ou coligação majoritária; o governo dita à maioria parlamentar o programa legislativo e o conteúdo das leis.”¹¹¹

¹⁰⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 442.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.351/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 de junho de 2012.

¹¹¹ MOREIRA, Vital. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional*. In: SOUSA E BRITO, José de, et al. *Legitimidade e Legitimação da Justiça*

Em verdade, a debilidade de concretização dos direitos sociais, por fatores múltiplos, não foi capaz de enfraquecer a luta, cada vez mais sensível, pelo reconhecimento jurídico de interesses setoriais da sociedade contemporânea. O Direito surge como o solucionador das expectativas dos diversos segmentos sociais que dele se valem para fins diversos. Aqui, caberia ao primeiro sentido o alerta do apogeu do Judiciário feita por Maus, em que a sociedade transfere todo o ônus moral-convivencial dos mais significativos dilemas ao tribunal constitucional, que passa a ser o “superego” dessa sociedade, que, por sua vez, resta “infantilizada”, pois se “a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social.”¹¹²

4.4 As implicações do Ativismo Judicial

A doutrina constitucional expõe limitações à primazia de que o Judiciário é o Poder que dá a palavra final nos casos de divergência. Dessa forma, por meio da capacidade institucional, deve-se analisar qual Poder está mais habilitado para decidir determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o julgamento satisfatório devido à falta de informação ou conhecimento específico. Também deve-se atentar ao risco dos efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis, que normalmente são desencadeados quando os juízes não conseguem antever o impacto das suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

Segundo Barroso, “A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica.”¹¹³ A realização de audiências públicas, *amicus curie* e o direito de proposituras de ações diretas por entidades da sociedade civil minimizam o distanciamento do direito por parte dos que desconhecem os termos jurídicos, mas não eliminam esse problema. O autor expõe a preocupação das forças sociais criarem uma certa apatia à espera de “juízes providenciais”. Outro ponto que deve ser levado em consideração é que “(...) a

Constitucional: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional - Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra Editora, 1995, p. 182.

¹¹² MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*, O papel da Atividade Jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: Novos Estudos CEBRAP. São Paulo n. 58, nov. 2000, p. 183-202, p. 186-187.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Vol. 12, nº96, Fev/Mai, 2010, p. 11.

transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão.”¹¹⁴

Isto posto, aponta-se para uma crescente confusão acerca da forma como decidem os membros da Corte Constitucional, sendo divulgado pela mídia e pela opinião pública em geral, que os magistrados do Supremo ora decidem de acordo com suas convicções pessoais, ora o fazem por motivações político-partidárias ou, até mesmo, comprometimentos pessoais decorrentes das pressões exercidas por grupos setoriais ou pela própria conjuntura econômica.

Lêda Rodrigues cita trecho da obra de Hugo Black (1968), *A Constitutional Faith*, em que o autor retrata essa ótica de inconformismo com relação à postura ativa dos tribunais:

“Existe agora uma tendência de algumas pessoas de pedir ao judiciário que tome as principais decisões políticas da nossa sociedade, sob o pretexto de determinar a constitucionalidade das leis e dos atos executivos. Acredita-se que a Suprema Corte alcançará um resultado mais rápido e mais desejável para os nossos problemas do que os ramos legislativo ou executivo do governo. Prefiro colocar minha fé no povo e em seus representantes eleitos para escolher as medidas políticas adequadas, deixando aos tribunais as questões de interpretação e execução constitucional.”¹¹⁵

Há uma certa dificuldade dos Ministros do Supremo em estabelecer parâmetros a serem seguidos quando se trata dessa postura proativa do Poder Judiciário. O Ministro Celso de Mello, procurou na Arguição de Preceito Fundamental n. 45 estabelecer situações em que caberia a intervenção do Judiciário nas políticas públicas:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.”¹¹⁶

O ativismo judicial sofre diversas críticas quanto ao risco que essa postura atuante dos juízes pode causar na separação dos poderes, não podendo ser considerado lugar comum dentro da democracia representativa. O que em um primeiro momento pode representar uma

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Vol. 12, nº96, Fev/Mai, 2010, p. 11.

¹¹⁵ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 45.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Informativo STF n. 345/2004. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 de junho de 2012.

solução à omissão dos outros poderes, pode, na realidade, se tornar contrário aos interesses democráticos. Os críticos do ativismo afirmam que com essa prática:

“a) há o enfraquecimento dos poderes constituídos; b) ocorre falta de participação política e inversão democrática, uma vez que o povo não elegeu os magistrados que estão a decidir questões de tal importância; c) existe a alienação popular; d) cria-se o “clientelismo”, uma vez que ainda poucos têm acesso ao Judiciário; e) oportuniza a ausência de critérios objetivos, uma vez que tudo pode ser feito desde que norteado pelos ideais de Justiça; f) há a exposição demasiada do Poder Judiciário; g) existe a possibilidade de acomodação dos outros Poderes, entre outros.”¹¹⁷

O que temos presenciado é que a maioria dos casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal dizem respeito a interpretações controvertidas das cláusulas constitucionais que apresentam conceitos extremamente abertos e vagos. São temas que ensejam debates apaixonados e que, *a priori*, não possuem uma resposta correta ou consensual. “Os principais casos constitucionais contemporâneos decididos pelas Cortes Constitucionais implicam uma análise de questões que a doutrina estrangeira classifica como *desacordos morais razoáveis*.”¹¹⁸

Kelsen, ao elaborar sua teoria de Jurisdição Constitucional, procurou determinar uma estrutura hierárquica de normas, escalonada de maneira objetiva e lógica a fim de limitar a margem de discricionariedade dos juízes àquela moldura de hipóteses fixada pela norma. Dessa forma, a Corte Constitucional teria competência apenas para eliminar o que não for ao encontro do estabelecido. Porém, esses casos polêmicos, que envolvem matérias passíveis de contestação, não possuem nos textos constitucionais, quaisquer indícios sobre qual posicionamento seguir. “Decidir se as pesquisas com células-tronco estão de acordo com a ordem constitucional vigente revela-se uma decisão muito mais subjetiva do que jurídica. Não há qualquer técnica em que se apoie o magistrado para defender qualquer um dos pontos de vista.”¹¹⁹ Jeremy Waldron, citado no artigo de Jorge Galvão, salienta que:

“é possível que diferentes juízes alcancem diferentes resultados, mesmo quando eles acreditam estarem diante da resposta correta, e nada sobre a ontologia de respostas

¹¹⁷ MONTEIRO, Juliano Ralo. *Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 170.

¹¹⁸ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 147.

¹¹⁹ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 147.

corretas dá a nenhum deles razão para pensar que sua visão pessoal é mais correta do que qualquer outra visão.”¹²⁰

Diante de posições antagônicas, é preciso construir um ponto de equilíbrio. Reconhecer a necessidade de conciliação entre os interesses de segurança jurídica e legalidade. E a obediência ao Direito com a indispensável margem de liberdade aos juízes para resolver os problemas da contemporaneidade, sem causar crises institucionais.

4.5 O Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal

É notório que atualmente o Congresso Nacional mais exerce as funções fiscalizadoras, por meio das Comissões Parlamentares de Inquérito, do que a função de formular leis que permitam o cumprimento dos mandamentos constitucionais. Essa afirmação é constatada pela “(...) omissão de longa data do Congresso em suprir lacunas da legislação, já que em 20 anos, desde a promulgação da Constituição, o Congresso ainda não regulamentou mais de cinquenta de seus artigos.”¹²¹

Percebe-se um aumento de demanda “judicializada”, devido a inoperância do Poder Legislativo em agir nos limites de sua competência. Alia-se, ainda, o fato de que a legislação infraconstitucional, repleta de falhas e omissões, exige do Supremo Tribunal Federal uma maior atuação. E os Ministros se mostram entusiasmados a cumprir essa empreitada. Neste sentido foram as palavras do Ministro Gilmar Mendes: “Não é por razões ideológicas ou pressão popular. É porque a Constituição exige. Nós estamos traduzindo, até tardiamente, o espírito da Carta de 88, que deu à corte poderes mais amplo.”¹²²

No julgamento sobre o direito de greve no serviço público realizado em outubro de 2007, a Suprema Corte demonstrou uma mudança de ideologia com o que ocorreu em 1996. Nesta oportunidade, os Ministros decidiram que os servidores públicos não poderiam exercer a greve antes da edição de uma lei regulamentando o assunto – tratava-se de uma

¹²⁰ WALDRON, *Jeremy*. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 187, *apud* GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 150.

¹²¹ MONTEIRO, Juliano Ralo. *Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 168.

¹²² GRAIEB, Carlos. A calma é só aparente... Agora adeptos do "ativismo judicial", os ministros do STF ocupam espaços do Legislativo e assumem seu papel político. *Revista Veja*, Edição 2075, de 27 de agosto de 2008.

norma de eficácia limitada. Logo, na sentença, a Corte Suprema eximiu-se de sua responsabilidade e a passou para o Congresso. Em 2007 a situação se inverteu. Ao invés de repetir os passos do passado, o Supremo determinou que o sistema jurídico não poderia mais sustentar tal lacuna e fez com que se aplicasse a lei da greve da iniciativa privada sobre os casos do serviço público, pacificando a questão. O Ministro Carlos Ayres Britto, argumentando o resultado do julgamento que conferiu a possibilidade do funcionalismo público entrar em greve, afirmou:

“Em certos temas, a inapetência legislativa do Congresso beirava a anorexia, e o STF ficava inerte também. Nós nos limitávamos a dizer que o Congresso estava em mora legislativa. Pela primeira vez dissemos: não é por falta de lei que vamos deixar de decidir.”¹²³

O que se presenciou nesse caso foi um excesso da omissão legislativa, possibilitando uma atuação mais enérgica do Judiciário diante do Poder Legislativo. “(...) a tese da força normativa da Constituição e o papel de protagonista institucional conferido ao Poder Judiciário pelas teorias neoconstitucionalistas fornecem razões teóricas para justificar uma postura ativista pelo tribunal em casos – desarrazoados – de omissão legislativa.”¹²⁴ O caso foi resolvido com a adoção provisória das regras aplicáveis ao âmbito privado. O tribunal decidiu de forma prospectiva, voltada para o futuro, diferentemente do que habitualmente se espera do aplicador da lei.

O julgamento da lei de biossegurança, que autoriza a pesquisa com células-tronco embrionárias congeladas, é outro julgamento significativo que demonstra o novo patamar de visibilidade pública que vem sendo alcançado pelo Supremo. Em uma votação controversa, por seis a cinco, o Supremo Tribunal Federal liberou a utilização de células-tronco embrionárias para aplicação em pesquisas científicas e em terapias.

Neste caso, o professor Luiz Roberto Barroso, advogado em um dos *amicus curiae*, suscitou que o Tribunal deveria levar em consideração o fato da lei de biossegurança ter sido aprovada pelo Congresso Nacional por ampla maioria, após um processo de inúmeras consultas e debates, inclusive com a realização de audiências públicas, em que foram ouvidas as diversas posições da sociedade brasileira. Logo, o Tribunal deveria abster-se de substituir a decisão do legislador pela sua, por não estar diante de uma inconstitucionalidade flagrante,

¹²³ MICHAEL, Andréa. STF amplia participação no debate público. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10 de agosto de 2008.

¹²⁴ VALLE, Vanice Regina Lírío do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 131.

mas apenas de uma ponderação legislativa legítima. Na ocasião, os Ministros afastaram esse argumento, não dando margem para uma discussão sobre deferência, postura comum em outros Tribunais Constitucionais, que respeitam a opinião do legislativo, democraticamente eleito.

“Embora o Supremo tenha desde muito cedo em sua história tido uma postura de se permitir substituir decisões do legislador, especialmente quando estas afrontam direitos, o fato é que não costumava eliminar de forma tão radical argumentos que tomassem em consideração a necessidade de uma conduta deferente. O que ficou claro é que o Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores.”¹²⁵

Gilmar Mendes, afirmando que o julgamento confirmou o austero compromisso com a defesa dos direitos fundamentais no Estado democrático de Direito, completou:

“É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos.”¹²⁶

Outro caso envolvendo o direito à vida decidido recentemente pelo Supremo Tribunal Federal foi o da possibilidade da interrupção da gestação de feto anencéfalo, caso que gerou grande polêmica. Por 8 votos a 2, o Supremo Tribunal Federal autorizou a interrupção do parto em casos de feto com anencefalia. Para muitos, a decisão foi louvável se interpretada como uma defesa da dignidade humana e como uma ampliação dos casos permitidos de aborto - aqueles para os quais a medicina não vislumbra vida fora do útero, entretanto, alguns consideraram que o Supremo extrapolou suas atribuições e se pôs no lugar do Legislativo.

O Ministro Lewandowski elaborou um voto técnico afirmando que a Suprema Corte não pode legislar em substituição ao Congresso Nacional. Com isso, uma vez que o Código Penal não admite o denominado aborto terapêutico, ao Supremo não cabe implementar tal modalidade, sob pena de se abrirem precedentes para outros casos:

“Uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, abriria portas para interrupção de inúmeros embriões que sofrem ou venham sofrer outras doenças

¹²⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 452.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 de junho de 2012.

genéticas ou adquiridas, às quais de algum modo levem ao encurtamento de sua vida intra ou extrauterina.”¹²⁷

Frisa-se que nos anos antecedentes à apresentação da ADPF n. 54, decisões judiciais de todo o país estavam reconhecendo às gestantes o direito de submeterem-se à antecipação terapêutica do parto, concedendo-lhes alvarás para o procedimento. Mas, o *Habeas Corpus* (HC) 84.025-6/RJ, primeiro caso sobre a questão que chegou ao Supremo, demonstrou a grande necessidade do posicionamento do Supremo Tribunal Federal declarando inconstitucional com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação dos dispositivos do Código Penal como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Quando o referido *Habeas Corpus* foi à plenário para julgamento pelos Ministros, havia-se perdido o objeto jurídico do pedido, uma vez que o parto da gestante ocorrera dias antes e o feto anencefálico sobreviveu durante apenas sete minutos.

Mais uma vez, na tentativa de regular uma situação social pendente de elaboração legislativa, o Judiciário se viu no papel de exercê-lo. Reconhecer que não há uma resposta única para os conflitos morais não significa a impossibilidade de eleger as melhores respostas. O Ministro Gilmar Mendes ponderou em seu voto a necessidade de se definir uma postura sobre o tema:

"O aborto de fetos anencéfalos está compreendido entre as duas causas excludentes já prevista no Código Penal [estupro e risco de morte para mãe], não citada pelo legislador de 1940 até pelas limitações tecnológicas, imagino. [...] Não parece tolerável que se imponha à mulher esse tamanho ônus à falta de um modelo institucional adequado para resolver esta questão. [...] A falta de modelo adequado contribui para essa verdadeira tortura psíquica e física causando danos talvez indelévels na alma dessas pessoas.”¹²⁸

Outro importante caso e não menos polêmico foi o do julgamento da união homoafetiva. Os ministros do Supremo Tribunal Federal, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. Sobre o tema, Ives Gandra Martins relatou em artigo intitulado “Ativismo Judicial do STF”, que a temática já havia sido

¹²⁷ MARQUES, Luciana. Lewandowski: legislação não permite aborto terapêutico. *Revista Veja*, 11 de abril de 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/lewandowski-diz-que-legislacao-nao-permite-aborto-terapeutico>> Acesso em: 1 de agosto de 2012.

¹²⁸ G1, O Portal de Notícias da Globo. *Veja como votaram os Ministros do STF sobre aborto de feto sem cérebro*, de 11 de abril de 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-sobre-aborto-de-feto-sem-cerebro.html>> Acesso em: 1 de agosto de 2012.

proposta perante o Conselho Constitucional da França. Na oportunidade, declarou-se que a união entre dois homens e duas mulheres é diferente da união entre um homem e uma mulher.

‘(...) o princípio segundo o qual o matrimônio é a união de um homem e de uma mulher fez com que o legislador, no exercício de sua competência, que lhe atribui o artigo 34 da Constituição, considerasse que a diferença de situação entre os casais do mesmo sexo e os casais compostos de um homem e uma mulher pode justificar uma diferença de tratamento quanto às regras do direito de família,(...).’¹²⁹

E por conseguinte, o Conselho Constitucional da França entendeu que:

‘(...) não cabe ao Conselho Constitucional substituir, por sua apreciação, aquela de legislador para esta diferente situação. Entendendo que só o Poder Legislativo poderia fazer a equiparação, impossível por um Tribunal Judicial, considerou que as disposições contestadas não são contrárias a qualquer direito ou liberdade que a Constituição garante.’¹³⁰

Mais uma vez surge a indagação dos limites de conduta permitidos ao Supremo Tribunal Federal. A decisão é, sem dúvida, memorável, uma vez que o julgamento foi decidido por unanimidade e, sendo o assunto tão polêmico na nossa sociedade, muitos olharam com bons olhos a “coragem” do Supremo em enfrentar tal questão. A Suprema Corte alertou, inclusive, sobre a incapacidade das partes de resolverem seus problemas no Congresso, mas, ao invés de se limitar a assegurar direitos de casais discriminados, invadiu o texto da Constituição para mudá-lo *manu militari*.

“O STF não se limitou a garantir a extensão de direitos, mas quis reescrever a Constituição e modificar conceitos, invadindo atribuições do Poder Legislativo. Conceder aos casais homossexuais direitos análogos aos decorrentes da união estável é uma coisa, mas outra coisa é mudar conceito de termos consolidados, bem como inserir palavras na Constituição, o que pode parecer um detalhe aos olhos destreinados, mas é extremamente grave e sério em face do respeito à nossa Carta Magna. “Casamento” e “união civil” não são mera questão de semântica, mas de princípios. Nem por boas razões o STF pode ignorar os princípios da maioria da população e inovar sem respaldo constitucional.”¹³¹

Com relação à essa postura, Ives Gandra ainda destacou a possibilidade do Legislativo “(...) anular tal decisão, baseado no artigo 49, inciso XI da CF/1988, que lhe permite sustar qualquer invasão de seus poderes por outro poder, contando, inclusive, com a

¹²⁹ MARTINS, Ives Gandra. Ativismo Judicial do STF. *Revista Visão Jurídica*. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/63/ativismo-judicial-do-stf-225388-1.asp>> Acesso em: 1 de agosto de 2012.

¹³⁰ MARTINS, Ives Gandra. Ativismo Judicial do STF. *Revista Visão Jurídica*. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/63/ativismo-judicial-do-stf-225388-1.asp>> Acesso em: 1 de agosto de 2012.

¹³¹ DOUGLAS, William. STF quis reescrever Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, 13 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homoafetiva>> Acesso em: 1 de agosto de 2012.

garantia das Forças Armadas (art. 142, caput) para garantir-se nas funções usurpadas, se solicitar esse auxílio.”¹³²

Os defensores da decisão argumentam que a Constituição, ao regular a união estável entre homem e mulher, não exclui a possibilidade da união homoafetiva, uma vez que o texto constitucional não disciplina a união estável “apenas” entre homem e mulher.

“(…) a lacuna efetivamente existe e não há *limites semânticos no texto* a impedir a exegese adotada pelo STF. Cabe notar, ainda, a obviedade segundo a qual não se está dizendo que a expressão “*entre o homem e a mulher*” abrangeria a união homoafetiva, mas que esta expressão não tem o cunho de proibir o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo porque o simples fato de o enunciado normativo citar uma situação fática (como o fato heteroafetivo, a união entre homem e mulher) não significa “*proibição implícita*”, pois se assim fosse a analogia seria eternamente e desde sempre inviabilizada, pois os enunciados normativos em geral citam uma situação fática em sua redação – mesmo porque proibições implícitas não existem no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro por força do **art. 5º, inc. II, da CF/88**, que estabelece a necessidade de enunciado normativo exposto para que se caracterize uma proibição/restrição no Direito Brasileiro.”¹³³

O Ministro Gilmar Mendes¹³⁴, ao se manifestar pela constitucionalidade da união homoafetiva, afirmou se tratar de um caso envolvendo claramente a proteção dos direitos fundamentais. Segundo o Ministro, a idéia de opção sexual está contemplada na idéia de exercício de liberdade e do direito de cada indivíduo de autodesenvolver sua personalidade. Ele acrescentou que a falta de um modelo institucional que proteja casais homossexuais estimula a discriminação. Conforme sustentou, havia um “limbo jurídico” sobre o assunto, resultado do silêncio do Congresso Nacional diante da matéria. Nesse sentido, reconheceu que a competência originária para regular a matéria pertencia ao poder legislativo. Porém, dada a inércia desse poder, considerou dever da Corte Constitucional garantir a proteção da união homoafetiva, em respeito aos direitos fundamentais e aos direitos das minorias.

Entretanto, ressaltou que seu voto se limitava a reconhecer a existência legal da união homoafetiva por aplicação analógica do texto constitucional, sem se pronunciar sobre outros desdobramentos: “(…) pretender regular isto, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão

¹³² MARTINS, Ives Gandra. Ativismo Judicial do STF. *Revista Visão Jurídica*. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/63/ativismo-judicial-do-stf-225388-1.asp>> Acesso em: 1 de agosto de 2012.

¹³³ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF e a união estável homoafetiva. *Revista Jus Navigandi*, maio de 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086/o-stf-e-a-uniao-estavel-homoafetiva>> Acesso em: 1 de agosto de 2012.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 1 de agosto de 2012.

tradicional, com sério risco de descarrilharmos, produzindo lacunas.” E frisou que uma interpretação literal da Constituição não deixa nenhuma dúvida que o texto se refere à união estável entre homem e mulher: “É preciso dizer isso de forma muito clara sob pena de cairmos em um voluntarismo e nos deslegitimarmos.” Mas, ao mesmo tempo, ele ressaltou que “(...) o fato de a Constituição proteger a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção à união civil estável entre pessoas do mesmo sexo.” Diante da lacuna legal, o Ministro reafirmou que “(...) há outros direitos de perfil fundamental que justificam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações (homoafetivas) existentes.”

Nos casos analisados, podemos perceber que a "invasão" de competência do Supremo parece justificar-se quando o que está em jogo é a ofensa a direitos fundamentais. Entretanto, tal critério ainda deixa enorme margem de incerteza, tendo em vista a disputa em torno do sentido e alcance dos chamados direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Como visto, o ativismo judicial é uma tendência que não se restringe apenas ao Supremo Tribunal Federal e aos demais órgãos do Poder Judiciário brasileiro, mas sim um fenômeno mundial. Sua adoção é consequência inevitável da hermenêutica constitucional. Aliada à insatisfação com atitudes danosas, sejam positivas ou negativas, à sociedade por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, a busca pelo pronunciamento de seus direitos perante o Judiciário tem sido cada vez mais frequente. Não immune às críticas, essa conduta encontra-se respaldada no princípio de proteção judicial efetiva, assim como no papel delegado ao Supremo de guardião da Constituição.

Entretanto, o ativismo não pode ser defendido de forma cética, inconsequente e liberal, em que tudo é permitido em nome da Justiça e em prol dos direitos fundamentais. Em contrapartida, uma postura conservadora não mudará o estado das coisas, gerando apenas descaso, injustiças sociais e perecimento de direitos. Por mais que o Judiciário possua as melhores das intenções, nada pode sozinho. A sua falta de estrutura para decidir, legislar e executar é notória. O Judiciário não possui condições de se assimilar a um “Superpoder”.

Prega-se, portanto, um ativismo prudente, baseado nos princípios constitucionais da separação dos poderes e da preservação da segurança jurídica. O Judiciário não pode ser visto como o único órgão responsável pela manutenção da democracia. É importante que haja um despertar de consciência dos membros dos outros Poderes para que cumpram com sua função e não sofram a intervenção do Judiciário determinando o cumprimento de suas decisões.

Aos julgadores, a cautela é fundamental, uma vez que possuem em suas mãos um instrumento de proporções políticas que irá refletir diretamente nas condições do exercício da dignidade humana. Os magistrados devem antever as consequências sociais das opções jurídicas escolhidas, na tentativa de prever a maneira como suas decisões impactarão a vida dos atingidos pela medida judicial buscada. As decisões devem ser racionalizadas e fundamentadas em imprescindível conhecimento técnico-jurídico, concomitantemente à atenção das reais necessidades da sociedade e evitando arbítrios ou injustiças, sob pena de serem cometidos danos irremediáveis. Vale ressaltar que a participação dos envolvidos, por

meio das audiências públicas e dos *amicus curiae* é de grande valia para a formação da decisão, proporcionando um ambiente democrático e de diálogo.

Enquanto não houver o cumprimento da vontade da Carta Magna e a criação dos mecanismos necessários para a concretização dos direitos fundamentais, a atuação ativa e dinâmica do Judiciário torna-se uma necessidade institucional.

Há de se reconhecer também, como pondera Oscar Vilhena, que a eficácia expansionista dos direitos fundamentais interfere na atuação do Poder Legislativo, uma vez que “(...) se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno.”¹³⁵ Quanto maior a amplitude e intensidade da dimensão objetiva dos direitos fundamentais concebidos como princípios com forte conteúdo axiológico, menor será o espaço de livre conformação do legislador democrático, assim como da sociedade. Dessa forma, “Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo.”¹³⁶

Percebe-se que a argumentação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em seus votos, ao trabalhar com categorias jurídicas como “força normativa dos fatos”, “situação excepcional”, “contexto” e “realidade constitucional”, têm se aproximado mais de um ativismo judicial proporcionado pelo pensamento pragmatista do que pela perspectiva teórica, mais valorativa e principalista, apesar de vislumbrarmos muitas vezes justificativas da modulação temporal dos efeitos decisórios baseadas na metodologia da ponderação e no princípio instrumental da proporcionalidade. O Supremo tem adotado uma abertura à interpretação e centralizado a jurisdição constitucional. “O que mais se vê é a presença de uma forte orientação pragmatista, articulada no bojo de um discurso a ampliar as competências de conhecimento, e com isso, de cunhagem de soluções normativas.”¹³⁷

Uma provocação às futuras observações é saber se as decisões obterão efetivamente os resultados pretendidos. Afinal, pode haver o insuperável abismo existente entre boas intenções e o mundo real.

¹³⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 447.

¹³⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 447.

¹³⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 136.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Vol. 12, nº 96, Fev/Mai. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: Ano I, Vol. I, nº 6, set. 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.351/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 de junho de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 de junho de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Informativo STF n. 345/2004. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 de junho de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 107/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 de junho de 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão política da jurisdição Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*. V. 225. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COSTA, Andréa Elias da. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

DOUGLAS, William. STF quis reescrever Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, 13 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homoafetiva>> Acesso em: 1 de agosto de 2012.

EISENBERG, José. *Para que serve o pragmatismo jurídico?* Disponível em: <<http://www.soc.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/Para%20que%20serve%20o%20pragmatismo%20jur%EDdico.pdf>> Acesso em: 3 de março de 2012.

EISENBERG, José. *Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG; Iuperj/Faperj, 2002.

ELY, Jhon Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., 1980.

ESTEVES, Maria da Assunção. *Legitimação da Justiça Constitucional e Princípio Maioritário*. In: SOUSA E BRITO, José de, et al. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional - Lisboa*, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra Editora, 1995.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004.

GRAIEB, Carlos. A calma é só aparente... Agora adeptos do "ativismo judicial", os ministros do STF ocupam espaços do Legislativo e assumem seu papel político. *Revista Veja*, Edição 2075, de 27 de agosto de 2008.

G1, O Portal de Notícias da Globo. *Veja como votaram os Ministros do STF sobre aborto de feto sem cérebro*, de 11 de abril de 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-sobre-aborto-de-feto-sem-cerebro.html>> Acesso em: 1 de agosto de 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Vol. 2, 2ª ed. 2003.

KAUFMANN, Roberta Fragoso. *O início da Era da Segregação Racial nos EUA – O caso Dred Scott v. Standford*. Disponível em: <<http://www.imil.org.br/artigos/o-inicio-da-era-da-segregacao-racial-nos-eua-o-caso-dred-scott-v-standford/>> Acesso em: 30 de julho de 2012.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altiwez? O outro lado do STF*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARQUES, Luciana. Lewandowski: legislação não permite aborto terapêutico. *Revista Veja*, 11 de abril de 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/lewandowski-diz-que-legislacao-nao-permite-aborto-terapeutico>> Acesso em: 1 de agosto de 2012.

MARTINS, Ives Gandra. *Ativismo Judicial do STF*. *Revista Visão Jurídica*. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/63/ativismo-judicial-do-stf-225388-1.asp>> Acesso em: 1 de agosto de 2012.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*, O papel da Atividade Jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: *Novos Estudos CEBRAP* N. 58, novembro 2000.

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

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade e a Declaração de Inconstitucionalidade de Caráter Restritivo ou Limitativo no Direito Brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 13, Bahia, jan./fev./mar. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MICHAEL, Andréa. STF amplia participação no debate público. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10 de agosto de 2008.

MONTEIRO, Juliano Ralo. *Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais*. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 3a. ed, 1994.

MOREIRA, Vital. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional*. In: SOUSA E BRITO, José de, et al. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional* - Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra Editora, 1995.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Arménio Amado, 6ª ed., Coimbra, 1997.

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

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A., 1991.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *A Constituição e o pluralismo na encruzilhada (I) A Justiça Constitucional como Guardiã das minorias políticas*. In: BONAVIDES, Paulo. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Editora del Rey, Número 4, jul./dez. 2004.

SOUSA E BRITO, José de. *Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático*. In: SOUSA E BRITO, José de, et al. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional - Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993*. Coimbra Editora, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Processo Eleitoral e Democracia: A Delicada e Necessária Contextualização da Reforma Política no Brasil*. Estudos Eleitorais, Volume 6, Número 1, jan./abr. 2011.

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

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF e a união estável homoafetiva. *Revista Jus Navigandi*, maio de 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19086/o-stf-e-a-união-estavel-homoafetiva>> Acesso em: 1 de agosto de 2012.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial*. In: Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria do Direito, Rio de Janeiro, 20 de junho de 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, vol. 115, n° 6, p. 1346-1406, abr. 2006.