

3

Controle Judicial de Constitucionalidade e Ativismo Judicial

3.1

Da inércia ao ativismo. A longa marcha de expansão do Poder Judiciário

3.1.1

Judicial Self-Restraint e Judicial Review: A origem comum de um equilíbrio sob permanente tensão

Uma das assertivas mais constantes tanto de manuais quanto de copiosos compêndios jurídicos que, em alguma medida, se dedicam à função jurisdicional do Estado é a de que uma das características fundamentais da jurisdição, na realidade uma de suas notas distintivas essenciais em relação às atividades estatais legislativa e executiva, é a inércia original dos agentes legitimamente encarregados de exercê-la. *Nemo iudex sine actore*, é o famoso brocardo latino, que, segundo Mauro Cappelletti, concentra milênios de sapiência humana.¹ Esse postulado da inércia, ainda consoante Cappelletti, é o que impõe ao órgão judicial em um processo uma “*atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado ex officio pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja actio constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional*”.² A razão de ser dessa marcante inércia jurisdicional é, como se pode facilmente imaginar, assegurar outro atributo essencial do Poder Judiciário: a imparcialidade do julgador.

Não seria de se estranhar, portanto, que um pensador como Hamilton tivesse também em linha de conta a inércia característica do Judiciário, ao

¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 75.

² Idem, p. 76.

considerá-lo o Poder “menos perigoso” (*the least dangerous branch*) e, por isso, sustentar sua necessária independência frente aos demais Poderes. Nesse sentido, basta que se rememore aqui a célebre passagem do Federalista n. 78, em que Hamilton afirma que o Judiciário, pela natureza de suas funções, “*não tem influência sobre a espada ou sobre o tesouro; nenhuma participação na força ou na riqueza da sociedade; e não adota nenhuma decisão ativamente*”.³ Em outras palavras, ele considerava o Judiciário o menos perigoso dos Poderes exatamente porque o via como um órgão de natureza eminentemente passiva e limitada à atuação dos outros dois.

A lembrança ao preceito da inércia original dos órgãos judiciais se entrelaça no citado trecho do Federalista n. 78 com a própria concepção que se consolidou ao longo dos anos em relação à formação do Judiciário moderno, que teve, seguramente, na visão da separação de poderes de Montesquieu, embora não exclusivamente nela, sua maior contribuição: a de um corpo composto por conhecedores da lei (em sentido amplo) cuja função seria a de julgar imparcialmente litígios entre indivíduos aplicando aos casos subsuntivamente as palavras da lei, porém, sem o poder de modificar efetivamente o estado das coisas, salvo se dispuser do auxílio de outros órgãos do Estado.

Com efeito, ao considerar o Judiciário o Poder que “*castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares*”,⁴ reputando-o meramente “*a boca que pronuncia as palavras da lei*”,⁵ Montesquieu já antecipou – e certamente influenciou – Hamilton, quando este afirmou categoricamente que o Judiciário “*não tem nem força nem vontade, somente julgamento*”.⁶ Em ambos, como se pode entrever, há a figura de um juiz que é, metonimicamente, a boca da lei e que tem “somente julgamento”, incumbido de decidir lides individuais, sem poder efetivo ou vontade própria, e, evidentemente, sem participação na vida política nacional.

³ HAMILTON, Alexander, op. cit., p. 2. No original: “*Has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever*”.

⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, op. cit., p. 168.

⁵ Idem, p. 175.

⁶ No original, com as palavras em letras maiúsculas, em tradução livre, “*have neither FORCE nor WILL, but merely judgment*”. HAMILTON, Alexander, op. cit., p. 2.

Essa concepção montesquiana do Poder Judiciário como um corpo composto por verdadeiros escravos da lei e, portanto, limitados por ela, assim como, em certa medida, pela vontade de seu criador, o Parlamento, transposta para a realidade da jovem nação americana, onde, como se viu no capítulo anterior, já em seus primórdios assentou-se o entendimento da Constituição como uma forma concreta de lei, porém, qualificada pela supremacia sobre todas as demais normas jurídicas editadas no país, se, de um lado, acabou por legitimar a aplicação da Constituição diretamente pelos juízes, sem intermediação do Legislativo, inclusive contra sua atividade legiferante, como se deu no reconhecimento do *judicial review*, por outro, tendo em vista a própria moldura institucional dos Poderes elaborada no texto fundamental pelos *framers*, consagrou a tese do Judiciário como um órgão autolimitado.⁷

É que, já no artigo III da Constituição americana, ao dispor sobre o Poder Judiciário e sua competência, a Carta refere-se a uma série de possíveis casos e controvérsias (*cases and controversies*) que, uma vez estabelecidos – cumprir notar, *somente se* estabelecidos –, devem ser decididos pelos órgãos jurisdicionais dos Estados Unidos. Assim, a interpretação que se consagrou logo nos primeiros anos da práxis judicial do referido país foi a de que o Judiciário norte-americano não tem – e não pode ter – uma função meramente consultiva (*advisory opinion*), limitando-se a agir apenas quando chamado a solucionar um caso ou controvérsia, ou seja, um litígio existente concretamente, e não meramente em abstrato, entre duas partes. Esse requisito – da presença *in concreto* de um “*case or controversy*” –, como costuma ser apontado por todos os juristas americanos, passou a representar, assim, um poderoso vetor de auto-restrição judicial nos Estados Unidos, notadamente ao *judicial review*,⁸ uma vez que a Suprema Corte, a partir

⁷ Segundo Gary McDowell, “[t]he function of the Court was to patrol the constitutional boundaries of the other branches (the legislature especially) and of the states and to keep them within their prescribed limits. The purpose of an independent judiciary was to insure that the limited and supreme Constitution remained so. As another leading Founder, James Wilson, put it, the courts were intended to be ‘noble guards’ of the Constitution. Thus, the essence of the judicial power was originally understood to be proscriptive. Should the Court endeavor to take any ‘active resolution’ it would be engaging in an illegitimate activity. Instead of being proscriptive and marking out the limits of the Constitution, the Court would be behaving in a prescriptive way and redefining the limits of the Constitution. Instead of being a bulwark of a limited Constitution, it would become the vanguard of an unlimited one”. McDOWELL, Gary L. “A Modest Remedy for Judicial Activism”, *Public Interest*, 67, 1982, p. 18.

⁸ Confirma-se, por todos, NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. St. Paul: West Publishing Co., 1991, onde se lê, na p. 54, que “*this jurisdictional requirement is an important example of the self-imposed limitations on judicial review*”. É interessante anotar que

dessa doutrina, criou um conjunto de doutrinas correlatas à do “caso ou controversia” acerca da admissibilidade de demandas, como a do *standing*, a do *ripeness*, a do *mootness* e a da já mencionada vedação de *advisory opinions*, todas a estabelecer restrições ao conhecimento de ações judiciais, notadamente de recursos à Suprema Corte para questionar a constitucionalidade de algum ato do Poder Público.⁹

Ademais, não se é de olvidar que a própria admissibilidade de algum recurso pela Suprema Corte fica sujeita à consagrada regra costumeira do *rule of four*, por meio da qual um recurso somente será admitido pelo Tribunal se quatro dos nove *Justices* entenderem pertinente seu processamento, revelando-se prescindível, contudo, o fornecimento de qualquer fundamentação jurídica para o conhecimento ou não da pretensão recursal.¹⁰

Como se pode imaginar, já que em uma demanda a decisão sobre a presença ou não de um caso ou controversia real a ser julgado incumbe ao mesmo órgão julgador chamado a apreciá-la, este passa a ter o poder de decidir os limites de sua própria competência e, em última análise, de seu próprio poder.¹¹ Essa

esses autores, em nota de rodapé na mesma página, chamam a atenção para a sinonímia entre os termos “cases” e “controversies”, utilizados pelos constituintes americanos.

⁹ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D., op. cit., pp. 54-90. Consoante Lêda Boechat Rodrigues, no “afã, então, de preservar seu prestígio e evitar imiscuir-se demasiado nas paixões do dia, procurou aquêle tribunal [a Suprema Corte americana] autolimitar-se do ângulo da técnica jurídica, erigindo em cânones judiciais alguns princípios fundamentais, muito conhecidos: a presunção de constitucionalidade; a abstenção nas chamadas ‘questões políticas’; a necessidade de configuração de um ‘caso’ ou ‘controvérsia’; a exclusão do julgamento dos motivos, da justiça ou da sabedoria da lei; a persistência das partes da lei não abrangidas pela declaração de inconstitucionalidade e o princípio cada vez mais limitado do stare decisis ou da obrigatoriedade dos precedentes”. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A corte suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1958, p. 15.

¹⁰ Sobre a regra do *rule of four*, escreveu Barbosa Moreira, *in verbis*: “Segundo regra não-escrita, mas consagrada pela tradição, a petition tem-se por acolhida desde que nesse sentido votem ao menos quatro dos nove juízes (rule of four). Entretanto, não se fica sabendo quem votou pelo acolhimento ou pela rejeição; menos ainda os fundamentos em que cada voto se firmou. O indeferimento do certiorari não significa que a Suprema Corte entenda correta a decisão do tribunal inferior; significa pura e simplesmente que ela não se dispõe a enfrentar a questão federal suscitada, seja porque sua pauta esteja sobrecarregada, seja porque a questão não lhe pareça relevante, seja porque os fatos da causa não comportem a formulação precisa da questão, seja ainda porque a Corte deseje aguardar outros pronunciamentos de tribunais inferiores sobre o mesmo assunto, a fim de aproveitar os subsídios que eles possam trazer. Quer dizer: motivos de conveniência e oportunidade podem influir largamente no desfecho.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Suprema Corte Norte-Americana: Um Modelo Para o Mundo?” In: _____. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 243-244.

¹¹ Como bem resumiu Roger Stiefelmann Leal, quem “decide se está satisfeita a cláusula constitucional, se há efetivamente caso ou controvérsia, são os próprios tribunais. Parece claro, dessa forma, que os juízes acabam por controlar o seu próprio poder. O órgão que impõe o limite é o mesmo ao qual se destina o próprio limite. Esta situação de autocontrole confere aos tribunais

ampla discricionariedade judicial, numa visão classicamente montesquiana do juiz estritamente limitado pela lei e, portanto, obrigado a aplicá-la incontestemente, poderia talvez e hipoteticamente até não acarretar maiores problemas. Entretanto, num país como os Estados Unidos, onde a doutrina do “*case or controversy*” nasceu quase concomitantemente com a do *judicial review*, a qual, por sua vez, estabelece a possibilidade de qualquer juiz deixar de aplicar alguma lei por reputá-la inconstitucional, o exercício dessa discricionariedade judicial não poderia mesmo evitar o surgimento de tensões institucionais entre o Judiciário e os demais Poderes, quando não entre ele e vastos setores da sociedade.

Talvez como uma antecipação a tais embates – e certamente simbolizando à perfeição a tensão paradoxal que se situa em sua origem –, uma vez mais *Marbury v. Madison* mostra sua importância e atualidade para o debate acerca do controle jurisdicional de constitucionalidade. Isso porque, consoante se afirmou no capítulo anterior, a solução de Marshall mostrou-se brilhante não só porque nela se assentaram as bases do *judicial review*, mas também pela forma como ele a expressou. É que, a par de ter consignado a prerrogativa do Judiciário, no sentido de promover a fiscalização dos atos dos demais Poderes à luz da Constituição – expandindo, assim, por via hermenêutica, os limites da competência do Judiciário em um ponto sobre o qual a Carta americana é absolutamente silente –, ele reconheceu abertamente a impossibilidade, por se lhe afigurar inconstitucional, de o Congresso alterar, por norma infraconstitucional, tanto para alargar quanto para reduzir, a competência jurisdicional fixada na Lei Fundamental pelos *framers*.¹² Dessa forma, Marshall assegurou ao Judiciário a

certa liberdade na aferição da conveniência de se julgar determinada questão. Nítida é a tendência da jurisprudência da Suprema Corte, após sedimentação do judicial review no contexto político norte-americano, em admitir o processamento de determinadas questões que tradicionalmente não se enquadrariam na definição de casos ou controvérsias”. LEAL, Roger Stiefelmann, op. cit., pp. 29-30.

¹² Cumprir anotar, nesse sentido, o seguinte trecho do voto de Marshall, *in verbis*: “*If it had been intended to leave it in the discretion of the legislature to apportion the judicial power between the supreme and inferior courts according to the will of that body, it would certainly have been useless to have proceeded further than to have defined the judicial power, and the tribunals in which it should be vested. The subsequent part of the section is mere surplusage, is entirely without meaning, if such is to be the construction. If congress remains at liberty to give this court appellate jurisdiction, where the constitution has declared their jurisdiction shall be original; and original jurisdiction where the constitution has declared it shall be appellate; the distribution of jurisdiction made in the constitution, is form without substance.*” 1 Cranch (5 U.S.) 137 (1803). Veja-se, ainda, o que afirmou o Ministro Celso de Mello, acerca desse aspecto não tão propagado de *Marbury v. Madison*, no voto que proferiu no julgamento da ADI nº 2.797-2/DF, *in verbis*: “*aquela Alta Corte [a Suprema Corte americana] enfaticamente assinalou que o delineamento*

garantia de que ao Congresso e, *a fortiori*, ao presidente seria defeso suprimir de sua apreciação algum dos casos ou controvérsias estabelecidos pelo artigo III da Constituição.¹³ Entretanto, ao fazê-lo, também ao Judiciário entendeu, ainda que não o tenha asseverado explicitamente, vedado alterar a competência delineada no referido dispositivo, até porque foi igualmente na mesma histórica decisão em que ele lançou os fundamentos para a consagração da teoria das *political questions*, como logo será abordado.

De acordo com Cláudio Ari Mello, já em *Marbury v. Madison*, Marshall “percebeu o virtual conflito entre a judicial review e o princípio da separação dos poderes”, já que, como afirmado acima, dentre outros motivos, a adoção da teoria de Montesquieu nos Estados Unidos teve de se adaptar à concepção de um Judiciário que não seria meramente a de um Poder “quase nulo”, ainda que sem “influência sobre a espada ou sobre o tesouro”. Nesse sentido, acrescenta Mello, a “compreensão da necessidade de formular premissas e técnicas de autolimitação do Poder Judiciário no exercício da função de controle da constitucionalidade das leis nasce, portanto, simultaneamente com a afirmação da doutrina”.¹⁴

Provavelmente não foi sem ter levado em conta essa necessidade de formular premissas e técnicas de auto-restrição judicial sentida à época do constitucionalismo liberal vigente no jovem Estado americano que a mesma Suprema Corte, novamente pela pena de Marshall, em 1819, proferiu decisão que, estranhamente bastante criticada na ocasião, firmou um importante postulado de deferência judicial à competência legislativa do Congresso, no caso *McCulloch v. Maryland*, em que se estabeleceu a doutrina dos *poderes implícitos*, por meio da qual o Legislativo dispõe legitimamente de todos os meios adequados à

constitucional de suas atribuições originárias **foi concebido** pelos ‘founding fathers’ com o claro propósito **de inibir** a atuação do Congresso dos Estados Unidos da América, **impedindo-o de proceder**, em sede de legislação **meramente** ordinária, **a indevidas ampliações** da competência daquele tribunal, **fazendo**, do rígido círculo traçado **pelo Artigo III** da Constituição americana, **um instrumento de proteção** do órgão de cúpula do Poder Judiciário, **em face** do Poder Legislativo **daquela República**” – com negrito no original. STF, ADI n. 2.797-2/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julgado em 15.09.2005, DJ 19.12.2006, p. 37.

¹³ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 1ª ed. New York: The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1962, pp. 114-115.

¹⁴ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 205.

consecução de sua finalidade constitucional, tal como delineada genericamente pela Constituição, ainda que não expressamente previstos por seu texto.¹⁵

Do mesmo modo, assim como estabeleceu esse postulado de deferência judicial aos atos do Congresso e do presidente dos Estados Unidos, a Suprema Corte, no julgamento do caso *Barron v. Baltimore*,¹⁶ em 1833, também concedeu um enorme espaço de liberdade aos Estados-membros da Federação, ao decidir, no referido caso, que a *Bill of Rights*, composta pelas dez primeiras Emendas à Constituição americana, apenas se aplicava à União, não podendo ser invocada nenhuma cláusula de nenhuma das Emendas para proteger cidadãos contra atos de qualquer das unidades integrantes da federação.

Como se vê, por conseguinte, o nascimento do controle jurisdicional de constitucionalidade, embora tenha sido, por si só, uma forma de auto-afirmação do Judiciário frente aos demais Poderes, só foi possível porque o pensamento jurídico-político largamente dominante à época – mesmo entre os juízes da Suprema Corte – era o de um Poder Judiciário autolimitado e norteado por uma deferência institucional à atividade do Legislativo e do Executivo, em razão da consagração de uma forte presunção de constitucionalidade dos atos desses Poderes, de modo que, como referido no capítulo anterior, há até quem¹⁷ defenda que o *judicial review* somente adquiriu sua feição moderna após a guerra de secessão americana e as Emendas Constitucionais que se lhe seguiram, notadamente porque, após *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte só veio a proclamar novamente a inconstitucionalidade de uma lei federal no famigerado caso *Dred Scott v. Sandford*, em 1857.¹⁸

¹⁵ *McCulloch v. Maryland*, 4 wheat. (17 U.S.) 316, (1819). Para um resumo do caso, vide HALL, Kermit L. (org.). *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*. New York: Oxford University Press, 1999, pp. 182-185.

¹⁶ 7 Pet. 32 U.S. 243 (1833). Para um resumo do caso, vide HALL, Kermit L. (org.), op. cit., p. 23. Apesar de já em 1884 a Suprema Corte americana ter entendido aplicável aos Estados-membros a cláusula do *due process of law* prevista na Emenda constitucional n. XIV, o precedente de *Barron v. Baltimore* só viria a ser efetivamente revertido a partir de 1925, quando a Suprema Corte americana passou a julgar os chamados *incorporation cases*.

¹⁷ GRIFFIN, Stephen M., op. cit., p. 91.

¹⁸ 60 U.S. 393 (1857).

3.1.2

A doutrina das questões políticas como instrumento da *Judicial Self-restraint*

Não é pouco provável que a doutrina jurídica que melhor manifeste o postulado da autocontenção judicial na era liberal, com sua instrumental deferência judicial à atividade dos dois outros Poderes, seja a das questões políticas (*political questions doctrine*). Embora essa doutrina tenha antecedentes mais remotos,¹⁹ o certo é que – uma vez mais – *Marbury v. Madison* é o ponto de partida de sua trajetória no período do constitucionalismo moderno. Com efeito, como anota Cláudio Ari Mello, “*Marshall desenvolveu a doutrina das questões políticas na mesma decisão em que ‘criou’ a revisão judicial de normas*”,²⁰ ao asseverar expressamente que certas matérias, por sua natureza essencialmente política, devem ser relegadas exclusivamente à decisão dos Poderes propriamente políticos, uma vez que o papel do Judiciário, Poder propriamente jurídico, seria o de decidir sobre direitos individuais, e estes direitos deveriam ser protegidos pelos juízes contra qualquer lesão ou ameaça de lesão por parte de atos – políticos ou não – dos demais Poderes,²¹ numa linha de raciocínio liberal que não deixa aqui também de reverberar como suas premissas os pensamentos de Montesquieu e Hamilton.

Assim, como já se pode inferir, a doutrina das *political questions* cinge-se à idéia de que há matérias que, por sua natureza essencialmente política, somente devem ser objeto de deliberação pelos corpos propriamente políticos, ou seja, Executivo e Legislativo, e impedidas, portanto, de apreciação judicial. Tal teoria,

¹⁹ MELLO, Cláudio Ari, op. cit., pp. 246-248.

²⁰ Idem, p. 249. Entre outras passagens de *Marbury v. Madison*, veja-se esta, ilustrativa do que vai acima, *in verbis*: “*The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to inquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court*”. 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

²¹ É bem de ver, contudo, a observação crítica de Alexander Bickel acerca do dever imposto pela Constituição americana à Suprema Corte, e reconhecido silogisticamente por Marshall em *Marbury*, de decidir “*todos*” os “*casos ou controvérsias*”, em contraposição a doutrinas como a das *political questions*, *in verbis*: “*It becomes extremely tricky to place any reliance in the word ‘all’ in the phrase ‘all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution,’ which is the language of Article III. If there is significance in the word as establishing the functional of judicial review, because ‘all’ cases arising under the Constitution must include those in which the power of reviewing acts of the other departments may have to be exercised, then all cases must be heard*”. BICKEL, Alexander M., op. cit., pp. 117-118.

que, para Nowak e Rotunda, deveria ser mais pertinentemente denominada de “*doutrina da injústiabilidade*”,²² impõe, dessarte, um *limite temático*²³ à atividade judicial. Em outras palavras, se o órgão julgador entender que o tema a ser decidido em determinado caso é de natureza exclusivamente política, ele, pura e simplesmente, não conhecerá da demanda judicial, em deferência total aos corpos políticos de representatividade democrática. A toda evidência, essa teoria consagra a concepção de que certas matérias constitucionais são de conformação exclusiva dos órgãos Executivo e Legislativo, os quais ficam, quanto a elas, imunes a qualquer controle judicial, ao mesmo tempo em que se tornam os únicos intérpretes e aplicadores autorizados das normas constitucionais que disponham sobre searas reputadas essencialmente políticas.²⁴

De qualquer sorte, se foi já em *Marbury* que as bases dessa doutrina foram lançadas, é unanimemente aceito pelos estudiosos que foi no julgamento de *Luther v. Borden*, em 1849, que a Suprema Corte americana articulou-a sistematicamente como doutrina a ser seguida em casos futuros.²⁵ Nesse julgamento, invocando a chamada *guaranty clause*, prevista no artigo IV, Seção 4, da Constituição americana, a qual estabelece que a União deve garantir em cada Estado-membro uma forma republicana de governo, a Corte pronunciou-se no sentido de que a aferição acerca da legitimidade de um determinado governo republicano em uma específica unidade da Federação seria questão exclusivamente política; “injusticiável”, portanto.

Ao relatar a decisão do tribunal em *Luther*, o *Chief Justice* Roger Taney aduziu, de forma explícita, a posição de auto-restrição judicial da *political questions doctrine*. Assim, segundo ele, precisamente porque à Suprema Corte foi conferido o elevado poder de exercer o controle jurídico dos limites dos atos dos demais Poderes federais, bem como dos Estados-membros, em face da Constituição dos Estados Unidos, o tribunal “*deveria ser, portanto, o último a ultrapassar as fronteiras que limitam sua própria jurisdição [rectius, competência]. E, ao passo que deveria estar sempre preparado para solucionar qualquer questão confiada a ele pela Constituição, é igualmente seu dever não*

²² NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D., op. cit., pp. 104-105.

²³ MELLO, Cláudio Ari, op. cit., p. 246.

²⁴ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D., op. cit., p. 105.

²⁵ HALL, Kermit L. (org.), op. cit., p. 168.

*sair de sua adequada esfera de ação, e cuidar para não se envolver em discussões que pertencem propriamente a outros fóruns”.*²⁶

Ocorre que, já da leitura desse célebre trecho do voto de Taney, pode-se constatar que mesmo a doutrina das questões políticas, com sua evidente vinculação ao pensamento vetorial da auto-restrição judicial, não consegue solucionar o problema – que, na realidade, é outra característica – fundamental de todas as teorias que, em alguma medida, propugnam uma autocontenção judicial, qual seja, todas elas têm em comum a aceitação da premissa de que é de deixar-se a cargo do próprio Judiciário a definição dos limites de sua competência.

Ora, essa característica fundamental de tais teorias fragiliza a própria motivação, na medida em que, por mais rígidos que sejam os critérios fixados pelo Judiciário para assegurar sua moderação no conhecimento de demandas – quer pretendam ou não levar questões políticas à apreciação judicial –, ela mantém apenas no nível da consciência dos juízes, sem nenhum controle normativo externo, portanto, tanto a verificação do enquadramento de um caso concreto aos parâmetros previamente estabelecidos para assegurar sua postura restritiva em deferência aos atos do demais Poderes quanto a consideração acerca da necessidade de alteração desses critérios anteriormente instituídos como parâmetros. Em outras palavras, por mais que preguem uma postura judicial de comedimento e de deferência aos órgãos Executivo e Legislativo, em respeito à separação dos poderes, essas teorias acabam por fazer do juiz o juiz do próprio

²⁶ Para conferência, no original, o trecho acima, mais extensamente, é o seguinte: “*The high power has been conferred on this court of passing judgment upon the acts of the State sovereignties, and of the legislative and executive branches of the federal government, and of determining whether they are beyond the limits of power marked out for them respectively by the Constitution of the United States. This tribunal, therefore, should be the last to overstep the boundaries which limit its own jurisdiction. And while it should always be ready to meet any question confided to it by the Constitution, it is equally its duty not to pass beyond its appropriate sphere of action, and to take care not to involve itself in discussions which properly belong to other forums. No one, we believe, has ever doubted the proposition, that, according to the institutions of this country, the sovereignty in every State resides in the people of the State, and that they may alter and change their form of government at their own pleasure. But whether they have changed it or not by abolishing an old government, and establishing a new one in its place, is a question to be settled by the political power. And when that power has decided, the courts are bound to take notice of its decision, and to follow it.*” *Luther v. Borden*, 48 U.S. 1 (1849). O inteiro teor desse julgamento, como de todos os outros da Suprema Corte americana citados neste trabalho, pode ser encontrado no endereço jurídico <www.findlaw.com>, especificamente o deste caso em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=48&page=1>>. Acesso em 4.4.2008.

poder, o que, contraditoriamente, vai de encontro à idéia de *checks and balances*, subjacente à concepção tripartite do exercício do poder estatal.²⁷

Não é por outro motivo, aliás, que, mais de cem anos depois do precedente firmado em *Luther v. Borden*, o julgamento mais emblemático da *political questions doctrine* seja também aquele que, para muitos, representa o marco inicial do abandono dessa doutrina pela Suprema Corte americana, a qual, então, alargou substancialmente o campo de “justiciabilidade” das questões políticas. Trata-se aqui do caso *Bakker v. Carr*,²⁸ julgado em 1962, em que a Suprema Corte foi chamada a decidir acerca da constitucionalidade de lei do Estado do Tennessee, que dispunha sobre a distribuição de eleitores por distritos eleitorais em desrespeito à regra da sua Constituição estadual, que determinava que tal distribuição deveria refletir os resultados de pesquisa demográfica decenal. Nas instâncias judiciais inferiores, entendeu-se que essa questão era de natureza exclusivamente política e, por conseguinte, “injusticiável”. A Suprema Corte, ao julgar o recurso, reputou, ao contrário, que a matéria era passível de apreciação judicial.²⁹

Para tanto, em *Bakker v. Carr*, a Suprema Corte estabeleceu, como novos parâmetros para a identificação de uma questão política deduzida em juízo, alternativamente: a) a presença de uma questão cuja solução constitucional, de modo textualmente demonstrável, seja conferida a um dos outros Poderes “políticos”; b) a ausência de *standards* judicialmente verificáveis e manejáveis para solucioná-la; c) a impossibilidade de decidir o caso sem que se disponha de um prévio comando discricionário de natureza claramente não-judicial; d) a impossibilidade de a decisão do órgão jurisdicional deixar de representar um desrespeito aos demais Poderes; e) uma necessidade incomum de o Judiciário aderir a uma decisão política já adotada por algum dos demais Poderes; ou, por

²⁷ Ao abordar o controle judicial das políticas públicas no Brasil, Eduardo Appio corrobora o mesmo ponto de vista do presente trabalho, como se verifica do seguinte trecho de sua obra: “No fundo, a ‘doutrina das questões políticas’, a exemplo de outras doutrinas sobre a justiciabilidade dos direitos, reflete a mistura entre interpretação constitucional e discricionariedade judicial que consiste num efeito inevitável dos esforços das cortes federais dos Estados Unidos de definirem seus próprios limites. Os limites da intervenção judicial na formulação e execução das políticas públicas dependerão, portanto, da concepção que a própria Corte irá adotar sobre a extensão de sua própria jurisdição, a partir da interpretação constitucional como um todo”. APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 142.

²⁸ *Bakker v. Carr*. 369 U.S. 186 (1962).

²⁹ Para um resumo do caso, vide HALL, Kermit L. (org.), op. cit., pp. 17-20.

fim, f) a potencialidade de constrangimento em razão de pronunciamentos divergentes por mais de um Poder acerca de uma mesma questão.³⁰

O primeiro corolário dessa nova ordem de parâmetros demarcada em *Bakker* foi que, embora a doutrina das questões políticas se tenha mantido firmemente relacionada ao dever de deferência judicial decorrente do princípio da separação de poderes, entre os Poderes da União, a Suprema Corte deixou de contemplar como *political question* as questões relativas ao federalismo e, *a fortiori*, a organização política de um Estado-membro da Federação, o que, a toda evidência, representou uma brusca restrição à aludida doutrina.³¹

Além disso, mesmo no que tange ao relacionamento da Suprema Corte com os Poderes Legislativo e Executivo federais, esse novo crivo foi expresso em linguagem demasiadamente aberta, a possibilitar, assim, a quase livre conformação de um caso concreto a um de seus enunciados, se bem que, por outro lado, essa excessiva abertura lingüística dos parâmetros apenas corrobora, por fim, em termos que se pretendem prudenciais, a intrínseca fluidez conceitual das *questões políticas*.³²

Com efeito, a tentativa de definição do que seja questão política, como empreendida, de forma oblíqua, em *Bakker v. Carr*, para, com isso, separar matérias justiciáveis de injusticiáveis, encontra no objetivo da *judicial review* um óbice de inegável força. É que, como se viu no capítulo anterior, a motivação historicamente determinante para a atribuição ao Judiciário do controle da conformação dos atos dos demais Poderes à Constituição foi a equiparação desta a um texto de lei escrito, com a qualificação essencial de sua superioridade a todos os atos normativos estatais. A lógica linear, tanto de Marshall quanto de

³⁰ No original, como se segue: “*Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due to coordinate branches of government or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question*”. *Bakker v. Carr*. 369 U.S. 186 (1962), p. 217.

³¹ HALL, Kermit L. (org.), op. cit., p. 18. NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D., op. cit., p. 106.

³² Cumpre anotar que, em obra sobre a Suprema Corte americana publicada em 1958, portanto antes do julgamento de *Bakker v. Carr*, que, como visto, ocorreu em 1962, Lêda Boechat Rodrigues afirmou que na “*definição do que seja 'questão política' é praticamente ilimitado o arbítrio da Corte Suprema*”. RODRIGUES, Lêda Boechat, op. cit., p. 16.

Hamilton, como visto, propugna que, como qualquer outra lei, a Constituição deve ser aplicada pelos juízes; não obstante, prossegue o raciocínio, já que é *paramount law*, em sua aplicação, os juízes estão autorizados a invalidar outras leis, que são de hierarquia inferior, caso elas apresentem disposições contrárias às da primeira, superior que é.

Entretanto, mesmo considerada lei fundamental – ou talvez até por sê-lo –, a Constituição, seja qual for o conceito ou matiz ideológico que se lhe atribua,³³ é, ainda assim, o conjunto básico de disposições normativas que estruturam todo o Estado, bem como, precisamente por isso, o campo de ação política dos Poderes Executivo e Legislativo. De fato, como repetidas vezes anotado por uma miríade de autores, a Constituição é, embora não exclusivamente, o Código normativo da Política, ou, como preferem outros, a expressão da “*juridicização do fato político*”.³⁴

Por conta disso, afirma Cláudio Ari Mello, “*se as normas constitucionais por definição tratam de questões de natureza política, os conflitos jurídicos envolvendo normas constitucionais serão freqüentemente também conflitos de natureza política*”.³⁵ É fora de dúvida, então, que a definição do que seja questão política ressepte-se também do fato de que grande parte das disposições constitucionais, em que pese sua eficácia normativa, pela linguagem freqüentemente aberta do texto constitucional, composto não raro de termos polissêmicos e conceitos indeterminados,³⁶ exige do intérprete, para a solução de uma questão – exclusivamente jurídica ou não –, um exercício de hermenêutica que necessariamente, ainda que não voluntariamente, leve em consideração variados aspectos metajurídicos, muitos dos quais de inegável feição

³³ Para alguns conceitos de Constituição, *vide* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, pp. 1-14.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 66-73.

³⁵ “Logo – prossegue o autor –, *uma concepção ampla de political question implicaria a redução da revisão judicial da constitucionalidade das leis e atos administrativos a um controle meramente formal. É claro, então, que é preciso restringir o alcance do conceito*”. MELLO, Cláudio Ari, *op. cit.*, p. 259.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 129.

eminentemente política,³⁷ pela própria natureza da norma constitucional a ser interpretada e aplicada.³⁸

Essa dificuldade de definição das questões políticas pela abertura lingüística da Constituição, somada à sua natureza, de código normativo da organização da política estatal, agrava-se igualmente pela proximidade conceitual de institutos em si distintos, como o dos atos políticos, que geram as questões políticas, os atos administrativos decorrentes da discricionariedade administrativa, a própria discricionariedade legislativa, que confere ao Legislativo um espaço primordial de conformação das disposições constitucionais,³⁹ enfim, em última análise, o problema da definição das *political questions* acaba remontando-se ao da categorização das normas constitucionais.⁴⁰

³⁷ É por isso que Richard Posner, ao reconhecer que a Suprema Corte, como corte constitucional, é um tribunal político, afirma que “*Constitutional cases in the open area are aptly regarded as ‘political’ because the Constitution is about politics and because cases in the open are not susceptible of confident evaluation on the basis of professional legal norms. They can be decided only on the basis of a political judgment, and a political judgment cannot be called right or wrong by references to legal norms. Almost a quarter century as a federal appellate judge has convinced me that it is rarely possible to say with a straight face of a Supreme Court constitutional decision that it was decided correctly or incorrectly. When one uses terms like ‘correct’ or ‘incorrect’ in this context, all one can actually mean is that one likes (approves of, agrees with, or is comfortable with) the decision in question or dislikes (disapproves of, disagrees with, or is uncomfortable with) it. One may be able to give reasons for liking or disliking the decision – the thousands of pages of Supreme Court Forewords attest this to any doubter – and people who agree with the reasons will be inclined to say that the decision is correct or incorrect. But that is just a form of words*”. POSNER, Richard A. “A Political Court”, *Harvard Law Review*. Cambridge, MA, vol. 119, nº 1, nov. 2005.

³⁸ Cumpre anotar que há autores que chegam a propugnar que esses aspectos devam ser mesmo considerados pelo órgão jurisdicional no exercício do controle de constitucionalidade. Assim, por exemplo, o influente jurista alemão Karl Larenz, ao tratar da interpretação da Constituição, sustenta, na linha de Kriele, que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha deve ponderar previamente todas as conseqüências – jurídicas, econômicas, sociais etc. – que sua decisão, em um determinado caso, acarretará na ordem jurídico-estatal, para só então, dada a sua responsabilidade política perante essa mesma ordem, efetivamente decidir o caso. Esse explícito “conseqüencialismo” somente seria facultado ao Tribunal Constitucional, não aos juízes por assim dizer ordinários, no que Larenz não dissente aqui do modelo concentrado de controle de constitucionalidade adotado em seu país. De qualquer sorte, conclui o jurista, de um modo um tanto assaz confiante, que, embora seu propugnado “conseqüencialismo” seja uma “*avaliação política*” levada a cabo pelo Tribunal Constitucional, deve “*exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível – e este é, seguramente, em larga escala o caso – de sua orientação política subjectiva, da simpatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com outros, e procure uma resolução despreconceituada, ‘racional’*”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 515-517.

³⁹ MELLO, Cláudio Ari, op. cit., p. 261.

⁴⁰ O professor José Afonso da Silva, por exemplo, em sua clássica monografia sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, ao distinguir as normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, das normas de eficácia contida e, especialmente, das de eficácia limitada, mesmo sem ter se proposto a isso, acabou por organizar de um modo bastante lógico os campos de atuação em primazia do Legislativo em relação ao Judiciário. Confira-se, pois, SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

Com isso, não se pretende dizer que não haja previsões na Constituição em relação às quais poucos duvidariam, se é que alguém o faria, de sua natureza exclusivamente política, como a declaração de guerra e a celebração da paz, ou a deflagração do processo de emenda constitucional. Aqui, o ponto nevrálgico não é a inexistência de questões políticas, mas sim sua indefinição, uma vez que, em termos práticos, mesmo quanto a essas matérias, há quem não demonstre convicção no que toca à sua injusticiabilidade. Por exemplo, Nowak e Rotunda sustentam que, embora a declaração de guerra seja um ato político e, por conseguinte, injusticiável, “*se o presidente tentasse promover uma guerra contra clara oposição parlamentar*”, durante o recesso do Congresso, esse ato presidencial dificilmente poderia deixar de ser apreciado pela Suprema Corte ante sua alegada natureza política.⁴¹ E, no que tange à deflagração do processo de emenda constitucional, cumpre anotar que, no Brasil, a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o parlamentar de qualquer das duas Casas do Congresso Nacional tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança nesse Tribunal, com o escopo de coibir atos praticados no processo de deliberação de proposta de Emenda à Constituição que sejam incompatíveis com as próprias normas constitucionais relativas a esse processo, notadamente alguma das cláusulas pétreas.⁴²

É preciso, de todo modo, não perder de vista que a doutrina das questões políticas, a despeito de todas as críticas precedentes que se lhe possam dirigir, foi uma das primeiras – e, das primeiras, a mais sistemática – e uma das mais duradouras tentativas de se demarcarem ao Judiciário balizas para sua auto-restrição. Se ela não logrou o êxito almejado, como será abordado sucintamente no item a seguir, não se lhe pode imputar toda a responsabilidade.

3.1.3

O Judiciário como protagonista e a Constituição como ordem normativa de valores

⁴¹ NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D., op. cit., p. 109.

⁴² Assim, confira-se, por todos, o *leading case*: STF, MS nº 20.257/DF, Rel Min. Moreira Alves, RTJ 99/1031.

3.1.3.1

A expansão do Judiciário nos Estados Unidos no século XX

Embora a doutrina das questões políticas tenha sido sistematizada pela Suprema Corte americana em 1849, no julgamento de *Luther v. Borden*, sua atitude de autocontenção e de deferência à atividade dos outros Poderes, bem representada por essa doutrina, e que já durava pelo menos desde o julgamento de *Marbury*, por essa época, estava com os dias contados. Com efeito, cerca de vinte anos após *Luther*, já sob a vigência da 14ª Emenda à Constituição americana, que, promulgada em 1868, estabeleceu a cláusula do *due process of law*, a Suprema Corte começaria a abandonar sua clássica postura de auto-restrição para, com cada vez maior frequência, exercer o controle de constitucionalidade das leis federais e estaduais a fim de proteger da ingerência estatal a livre iniciativa.⁴³

Nesse passo, como anotam John Nowak e Ronald Rotunda, “a idéia do substantive due process of law tornou-se o conceito mais viável a ser adotado pela Corte como teoria jurídica para proteger a indústria contra a regulação governamental”.⁴⁴ Assim é que o embate cada vez mais freqüente entre as legislações tanto de Estados quanto da União destinadas a regular as relações sociais e econômicas de produção e comércio e uma Suprema Corte que, com fulcro na cláusula do devido processo legal substantivo, progressivamente, nas últimas décadas do século XIX, foi abandonando sua atitude restritiva ao mesmo tempo em que, ao se arrojar o papel de bastião dos pilares do capitalismo de *laissez-faire*, em 1905, acabou por acarretar no julgamento do caso *Lochner v.*

⁴³ NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D., op. cit., pp. 356-362. Aliás, como já anotado no capítulo anterior, alguns juristas, como o professor Stephen Griffin, chegam mesmo a afirmar que o controle judicial de constitucionalidade das leis, da forma como é concebido na atualidade, começou de fato a ser moldado somente após a Guerra de Secessão americana, na segunda metade do século XIX. Confira-se GRIFFIN, Stephen M., op. cit., p. 91.

⁴⁴ No original, *in verbis*: “The idea of substantive due process of law became the most viable concept for the Court to adopt as legal theory to protect industry from governmental regulation.” Após, prosseguem os autores: “By the turn of the century the Court had embraced the concept fully and was ready to use it as a rationale for striking legislation that attempted to restrain the freedom of businesses to contract”. NOWAK, John E. ROTUNDA e Ronald D., op. cit., p. 362. É bem de ver que, ao longo da segunda metade do século XIX, a Suprema Corte foi ampliando por hermenêutica a eficácia normativa da cláusula do devido processo legal. Assim, por exemplo, em 1886, no julgamento do caso *Santa Clara County v. Southern Pacific R. Co.*, 118 U.S. 394 (1886), ela entendeu que o termo “pessoas” (*persons*) contido na 14ª Emenda referia-se também a “pessoas jurídicas”, as quais, a partir de então, por conseguinte, passaram a ser protegidas pela cláusula.

People of State of New York,⁴⁵ o qual deflagrou o que é considerado pelos estudiosos do tema o primeiro período de forte ativismo judicial da Suprema Corte americana – a *Lochner Era* –, de maneira que, como anota Stephen Griffin, chegou até a influenciar os países que, após a Segunda Guerra Mundial, adotaram modelos de controle concentrado de constitucionalidade, os quais tiveram, com isso, destarte, também em mira evitar o surgimento de experiência semelhante à da americana da virada do século XIX e das primeiras décadas do XX.⁴⁶

Em *Lochner*, a Suprema Corte reputou inconstitucional lei do Estado de Nova York que limitava a sessenta horas semanais ou a dez horas diárias a jornada de trabalho dos padeiros, por entender que interferia arbitrariamente na liberdade de contratar de empregadores e empregados, que, para o Tribunal, seria protegida pela Emenda n. 14.⁴⁷ Vê-se claramente, pois, que esse caso representa à perfeição uma visão radicalmente liberal e conservadora em detrimento de uma, por assim dizer, social e progressista da economia e mesmo da sociedade.⁴⁸ Nesse sentido, é interessante fazer menção ao célebre voto vencido proferido pelo Justice Oliver Wendell Holmes Jr., em que, após concluir que a maioria de seus pares estava a decidir o caso com base numa teoria econômica de que grande parte do povo americano não comungava, afirmou que sua concordância ou discordância em relação aos postulados do liberalismo econômico não tinha nada a ver com o direito de uma eventual maioria da população, por meio de seus representantes eleitos, positivar em lei sua visão econômica.⁴⁹

⁴⁵ *Lochner v. People of State of New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁴⁶ Veja-se o que afirma Griffin: “*The record of the Supreme Court during the Lochner and New Deal eras is world famous and countries that have adopted some form of constitutional review have sought to avoid what they see as an unfortunate American experience with a Court determined to retard social progress*”. GRIFFIN, Stephen M., op. cit., p. 91.

⁴⁷ Também aqui, para um resumo do caso, vide HALL, Kermit L. (org.), op. cit., pp. 161-163.

⁴⁸ Stephen Griffin registra que, atualmente, a *Lochner Era* tem sido revisitada por alguns estudiosos, os quais têm concluído que não só ela não teria se caracterizado por todo o ativismo de que é acusada, como também que o compromisso dos *Justices* com o liberalismo econômico seria muito mais fiel à ideologia dos *founding fathers* do que o pensamento vigente à época. GRIFFIN, Stephen M., op. cit., p. 101.

⁴⁹ Veja-se, no original, o que asseverou Oliver Wendell Holmes Jr: “*This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain. If it were a question whether I agreed with that theory, I should desire to study it further and long before making up my mind. But I do not conceive that to be my duty, because I strongly believe that my agreement or disagreement has nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law*”. Ele afirmou ainda, nessa sua conhecida manifestação de dissenso, que “*a Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of laissez faire. It is made for the people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar, or novel, and even shocking, ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict*

Como Holmes foi vencido em *Lochner* e assim permaneceu em grande parte dos casos deduzidos a julgamento nos trinta anos seguintes, a *Lochner Era* notabilizou-se pela Suprema Corte sistematicamente declarando a invalidade de sucessivas leis, federais e estaduais, que, em seu entendimento, feririam a cláusula do *substantive due process of law* e o liberalismo econômico por ela protegido.⁵⁰

Com a crise de 1929, contudo, e a Grande Depressão que se lhe sucedeu, a tensão entre a Corte e os Poderes Legislativo e Executivo agravou-se profundamente. É que o Tribunal manteve-se firme aos postulados de *Lochner*, declarando, assim, reiteradamente, entre 1935 e 1937, a inconstitucionalidade de atos editados para pôr em prática a política econômica keynesiana adotada pelo *New Deal*. Em resposta, comprometido a impedir que a Suprema Corte continuasse a obstruir seu programa de recuperação nacional, Franklin Delano Roosevelt até chegou a cogitar de enviar ao Congresso proposta de Emenda Constitucional para validar o programa, mas concluiu que seria muito mais fácil alterar a Constituição com a modificação de seus mais ilustres intérpretes do que pela mudança propriamente dita em seu texto, até porque o procedimento de emenda constitucional nos Estados Unidos é extremamente rígido.⁵¹ Desse modo, ele optou por enviar projeto de lei ao Congresso cujo teor dispunha que, para cada juiz da Suprema Corte que completasse 70 anos, o presidente teria a prerrogativa de indicar um novo magistrado, o que, na prática, acabaria por aumentar o número de juízes do Tribunal de 9 para 15. O intuito evidente de tal projeto – que ficou

with the Constitution of the United States”. In: *Lochner v. People of State of New York*, 198 U.S. 45 (1905). Um aspecto bastante curioso – e decisivamente elogiável – do voto de Oliver Wender Holmes Junior é que, ao dissentir de seus pares, ele de fato estava a agir da forma como propugnava no voto, uma vez que, como observa Clarence Morris, ele “era um aristocrata que não compartilhava das opiniões comerciais da classe média e que acreditava que os tribunais não deviam impor ao povo suas teorias econômicas e sociais”. MORRIS, Clarence (org). *Os grandes filósofos do Direito*. Trad. de Reinaldo Guarany. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 424.

⁵⁰ Para uma rica exposição da *Lochner Era*, confira-se a obra de Lêda Boechat Rodrigues sobre a Suprema Corte americana, em que ela expressamente chama esse período de “*Governo dos Juízes*”. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A corte suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1958, pp. 97-157.

⁵¹ “*The problem was not with the Constitution, but merely with the shortsighted interpretation of the Constitution by the Supreme Court. What was required was new personnel on the Court and Roosevelt moved to the Court-packing option. From Roosevelt's point of view, changing the Constitution through amendment became an irrelevant option. Changing the Constitution was too dangerous. The Constitution was better regarded as a document to be revered rather than changed in response to changing conditions. As long as constitutional interpretation was the special province of the Supreme Court, changing justices would always appear easier than changing the Constitution*”. GRIFFIN, Stephen M., op. cit., p. 39.

conhecido como o *Court-packing plan* – era permitir-lhe a nomeação para o Tribunal de pessoas ideologicamente vinculadas às políticas do *New Deal*.

Mesmo sem ter sido, ao final, aprovado pelo Congresso, a estratégia de Roosevelt afigurou-se eficaz, porquanto, poucos meses após a remessa do projeto de lei, em 1937, a Suprema Corte, no julgamento do caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*,⁵² reverteu sua linha jurisprudencial de liberalismo econômico, pôs fim a *Lochner Era*, e, em deferência à política econômica governamental, considerou constitucional lei estadual que estipulava um salário mínimo para as mulheres, em episódio que ficou prosaicamente conhecido como “*the switch in time that saved nine*”.⁵³

Após essa virada jurisprudencial, a Suprema Corte retornou à clássica tradição de auto-restrição e de deferência aos demais Poderes, o que é muito bem representado pelo julgamento, em 1938, do caso *United States v. Carolene Products Co.*,⁵⁴ em que, na célebre nota de rodapé nº 4, o Justice Harlan Stone, relator da decisão do Tribunal, assentou as bases do constitucionalismo procedimentalista que seria largamente debatido, em contraposição ao substancialista, por toda a segunda metade do século XX, tanto nos Estados Unidos como alhures.⁵⁵ Stone distinguiu leis de finalidade meramente regulatória da economia das que, de algum modo, restringem garantias individuais constitucionais, como as previstas no *Bill of Rights*. Na mencionada *footnote* n. 4, ele asseverou que, enquanto a Suprema Corte deve conferir às primeiras uma forte presunção de constitucionalidade, ela deve ser mais ativa, enfraquecendo essa

⁵² *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

⁵³ HALL, Kermit L. (org.), op. cit., pp. 329-330.

⁵⁴ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

⁵⁵ Exorbitaria irreversivelmente os escopos deste trabalho uma exposição das teorias procedimentalistas, assim como das substancialistas, do Direito. Para uma análise da mais renomada de todas as teorias procedimentalistas norte-americanas, vide ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. Não se pode deixar de mencionar também que, numa perspectiva eminentemente filosófica, a obra de Habermas, por seu comprometimento radical com a democracia, ao reconstruir a teoria jurídica à luz de sua teoria do discurso, pende mais para as correntes de pensamento procedimentalista. Assim, confira-se HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2003, v. I, notadamente pp. 297-354.

presunção, no que toca ao controle de conformidade constitucional das segundas.⁵⁶

Esse retorno da Suprema Corte a uma atitude de *judicial self-restraint*, após as tensões que ocasionaram o *Court-packing plan*, contudo, não durou muito tempo. Já na segunda metade do século XX, notadamente nas décadas de 1950, 1960 e nos primeiros anos da de 1970, sob a presidência de Earl Warren e, posteriormente, de Warren Burger, a Suprema Corte experimentou o maior período de ativismo judicial de toda a sua história, tendo capitaneado mudanças sociais radicais, por meio de decisões judiciais tão relevantes quanto controvertidas.⁵⁷ Como afirma Walber de Moura Agra, grande “*parte dos direitos norte-americanos não foi assegurada por previsão normativa, mas devido à atuação da Suprema Corte*”.⁵⁸

Com efeito, em 1954, no julgamento de *Brown v. Board of Education*,⁵⁹ o Tribunal deu início a seu ativismo socialmente revolucionário ao proceder à nova exegese do princípio da isonomia (*equal protection clause*) e, com isso, estabelecer que a doutrina do *equal but separate*, firmada em *Plessy v. Ferguson*,⁶⁰ de 1896, não se poderia manter no sistema educacional público, tornando, então, proscrito o segregacionismo racial nas escolas públicas

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 203-204. NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D., op. cit., pp. 373-374. O teor da *footnote* n. 4, excluídos os precedentes a que se remete, é o seguinte:

“*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten Amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth.* (...)”

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation (...).

Nor need we enquire (...) whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry (...). United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).

⁵⁷ “*Decisions respecting school prayer, legislative reapportionment, civil rights, civil liberties, and especially criminal procedure were highly controversial, sparking debates that went far beyond the confines of the legal and scholarly communities. In the 1968 presidential election, Warren Court decisions regarding civil rights and criminal procedure became campaign issues*”. V. GRIFFIN, Stephen M., op. cit., p. 141.

⁵⁸ AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 177.

⁵⁹ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

⁶⁰ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

americanas.⁶¹ Outro julgamento tão importante quanto controverso foi o de *Miranda v. Arizona*,⁶² de 1966, em que a Corte assentou os famosos *Miranda warnings*, cujo escopo foi o de garantir a pessoas presas ou investigadas o efetivo direito de não produzirem provas contra si mesmas.⁶³

Entretanto, em nenhuma outra de suas decisões, a “*controvérsia pública atingiu uma intensidade que evocou a imagem de uma verdadeira guerra cultural*”⁶⁴ como em *Roe v. Wade*,⁶⁵ de 1973, em que a Suprema Corte reputou que, observados certos requisitos que ela própria estabelecera, a opção de uma gestante pelo aborto é protegida por seu direito à privacidade, o qual se extrai da *substantive due process of law clause* da 14ª Emenda. Desse modo, a exemplo do que fizera em *Lochner*, quando foi criticada por extrair dessa Emenda um direito fundamental de liberdade de contratar que dela não consta explicitamente, a Suprema Corte compreendeu que, dessa mesma cláusula, decorreria um direito à privacidade, a assegurar a opção individual pelo aborto, que, contudo, não se lê de seu texto.⁶⁶

A decisão de *Roe* representou um verdadeiro divisor de águas na história recente da Suprema Corte americana. Embora já viesse desde o início dos anos 50 ativamente proferindo decisões controversas e protagonizando a revolução cultural dos anos 60, foi em *Roe* que a opinião pública em geral, mais até do que a comunidade jurídica e as classes políticas, atentou para a jurisprudência da Suprema Corte e passou a questionar sua legitimidade democrática para decidir questão tão controvertida, fazendo as vezes de um verdadeiro legislador, o que,

⁶¹ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D., op. cit., pp. 624-626. HALL, Kermit L. (org.), op. cit., pp. 34-36.

⁶² *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⁶³ “*The Warren Court's revolution in American criminal procedure reached its high point (or, depending upon one's perspective, its low point) on 13 June 1966. That day the Court handed down its opinion in Miranda, the most famous, and most bitterly criticized, confession case in the nation's history. To some, Miranda symbolized the legal system's determination to treat even the lowliest and most despicable criminal suspect with dignity and respect. But to others, especially those who attributed rising crime rates to the softness of judges, the case became a target of abuse.*” HALL, Kermit L. (org.), op. cit., p. 192.

⁶⁴ MELO, Manuel Palacios Cunha. “A Suprema Corte dos EUA e a Judicialização da Política: Notas sobre um Itinerário Difícil”. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, pp. 86-87.

⁶⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Confirma-se, sobre o tema, SARMENTO, Daniel. “Legalização do Aborto e Constituição”. In: *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 99-101.

⁶⁶ HALL, Kermit L. (org.), op. cit., p. 263.

sem sombra de dúvida, com a chegada de Ronald Reagan ao poder em 1980, fez com que, a partir de então, grande parcela da população dos Estados Unidos, com ressonância entre os agentes políticos eleitos, procurasse lograr a nomeação para a Suprema Corte de novos juízes com perfil mais conservador.⁶⁷ Assim é que William Rehnquist – o qual, na condição de juiz associado, havia votado contra a constitucionalização do aborto em *Roe* – foi alçado à presidência da Corte por Reagan, dando início, assim, ao que muitos consideram um ativismo judicial de direita, em contraposição ao de esquerda da Corte Warren.⁶⁸

Cumprе anotar, ademais, que a Suprema Corte, sob a presidência de Earl Warren, proferiu, ainda, em 1965, importante decisão no caso *Linkletter v. Walker*,⁶⁹ em que, em divergência ao pensamento clássico de que o pronunciamento judicial da inconstitucionalidade de um ato tem natureza declaratória e, nesses termos, produz efeitos retroativos, assentou que a “*Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo e em cada caso a Corte determina se a aplicação retroativa ou prospectiva é apropriada*”.⁷⁰ Assim, nesse julgamento, a Suprema Corte não só admitiu a modulação dos efeitos temporais de decisão judicial, como foi além e chegou mesmo a dizer que nem se poderia reputar a retroatividade regra geral passível de exceção, uma vez que, invocando pronunciamento do Justice Benjamin Cardozo em julgamento proferido em 1932, declarou que “*a Constituição Federal não tem voz sobre o assunto*”.⁷¹

⁶⁷ SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 100.

⁶⁸ SMITH, Stephen F. “Taking Lessons From the Left? Judicial Activism on the Right”, *Georgetown Journal of Law & Public Policy. Inaugural*, Washington, DC. Georgetown University Law Center, pp. 57-80, 2002-2003.

⁶⁹ *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

⁷⁰ No original: “*The Constitution neither prohibits nor requires retroactive effect and in each case the Court determines whether retroactive or prospective application is appropriate*”. Resumidamente, uma pessoa foi condenada na Justiça do Estado da Louisiana pela prática de um determinado crime no ano de 1959, com base em provas obtidas por meio ilícito. Em 1961, a Suprema Corte americana julgou *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), em que, ao interpretar a quarta Emenda à Constituição Federal, assentou que, por força da *exclusionary rule* contida nesse dispositivo, provas obtidas por meio ilícito são inadmissíveis em processos. A Suprema Corte foi então, em *Linkletter*, chamada a decidir se essa *exclusionary rule* anunciada em *Mapp* poderia servir para permitir a revisão de julgamentos proferidos pelas Justiças estaduais anteriormente à decisão de *Mapp*; portanto, se essa decisão teria eficácia retroativa. Como se viu, a Corte Warren negou a retroatividade no caso. Cf. *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

⁷¹ *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965), p. 629.

3.1.3.2

O Tribunal Constitucional como o fiscal do legislador

Durante todo o século XIX, a Europa continental, como se viu no capítulo anterior, mostrou-se refratária à idéia de um controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo. Como o próprio Kelsen viria a reconhecer, em sua célebre conferência de 1928, a crença na supremacia do Parlamento e o conseqüente apego quase fetichista dos povos europeus à idéia da lei como expressão da vontade geral, somada a uma concepção montesquiana estrita de separação dos poderes, notadamente no que toca ao papel relegado por Montesquieu ao Judiciário de mera “*bouche de la loi*”, impediram o instituto de ser efetivamente implementado por todo o século XIX e pela primeira metade do XX.

Esse cenário, contudo, começou a se modificar exponencialmente logo após a Segunda Guerra Mundial. Com o fim do conflito, do ponto de vista jurídico, inúmeros estudiosos do Direito começaram a responsabilizar o positivismo jurídico pelas atrocidades praticadas sob o pálio da legalidade pelo governo nacional-socialista alemão, uma vez que tal teoria jurídica, ao identificar, no entender desses juristas, o Direito com a lei, acabaria por emprestar um discurso legitimador aos mais rematados absurdos estatais praticados tanto pelo legislador quanto pelo chefe de governo no exercício de delegação legislativa.⁷² Para essa corrente de pensamento contrária ao positivismo, assim, haveria “*princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do*

⁷² O que, é bom dizer, representa um reducionismo simplista do positivismo jurídico kelseniano. Kelsen, que, como judeu, foi obrigado a deixar a Alemanha com a ascensão de Hitler, nunca aceitaria auxiliar o nacional-socialismo. Sua “teoria pura do Direito”, embora sendo passível de inúmeras críticas pertinentes, é não raro mal compreendida e por isso injustamente atacada. Isso porque Kelsen era demasiadamente inteligente para crer que seria possível apartar a práxis do Direito da vida política de uma sociedade, e identificar todo o Direito com a lei positivada. O que ele pretendeu com sua teoria, portanto, não foi estabelecer critérios para desvincular o Direito da Política, que ele sabia impossível, mas fixar critérios para se *estudar* o Direito sem ter de recorrer a pontos de vista ideologicamente predeterminados do ponto de vista político. Ele buscou, por conseguinte, ainda que utopicamente, formular uma teoria pura da ciência do Direito, e não do Direito em si. Vide KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 1-2. Veja-se, ainda, SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito: John Austin, Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert L.H. Hart, Ronald Dworkin*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 33.

legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça".⁷³

É natural, então, que, desiludidos com o legislador e com sua capacidade de, por meio das leis, impedir os arbítrios estatais, bem assim com a própria democracia de massas, que possibilitara a perseguição de minorias por governos que contavam com o apoio da ampla maioria da população, os juristas do pós-guerra se voltassem para as concepções originárias do Estado de Direito e procurassem desenvolver instrumentos de proteção da pessoa humana contra a lei da maioria e os abusos estatais eventualmente permitidos pelo legislador.⁷⁴

A solução encontrada, um pouco inspirada na tradição americana mas eminentemente embasada na obra doutrinária de Kelsen,⁷⁵ foi o estabelecimento da Constituição como a ordem fundamental de valores objetivamente compartilhados pela sociedade, com força normativa para assegurar aos direitos fundamentais nela elencados – reunidos em torno do princípio axiomático da dignidade da pessoa humana – a efetiva tutela contra investidas dos Poderes Públicos.⁷⁶ E, nesse sentido, consoante afirmou Konrad Hesse, o “*significado*

⁷³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. de Vergínia Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 95.

⁷⁴ Walber de Moura Agra, nesse passo, afirma que os “*Tribunais Constitucionais, na segunda metade do século XX, surgem com a finalidade principal de impedir que maiorias políticas, formadas por um deficiente sistema de representação popular, possam tolher direitos fundamentais das minorias ou até mesmo abolir o Estado Democrático Social de Direito, em nome do princípio majoritário*”. AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 56.

⁷⁵ Gilmar Ferreira Mendes afirma, contudo, que os registros das atas da Assembléia Constitucional da Lei Fundamental de Bonn não confirmam a tese largamente aceita de que o Tribunal Constitucional alemão foi criado pela Constituição de 1949 sob influência direta de Kelsen. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 11-12. Em que pese a inegável autoridade acerca de Direito Constitucional alemão do atual ministro do Supremo Tribunal Federal, como ele mesmo reconhece em outras passagens de sua obra, é inegável, por mera leitura da conferência proferida por Kelsen em 1929, no Instituto Internacional de Direito Público, que a teoria do mestre vienense influenciou – e muito – a conformação da jurisdição constitucional alemã, bem como de toda a Europa continental do pós-guerra.

⁷⁶ A bibliografia do pós-guerra acerca dessa visão de Constituição como ordem normativa de valores é muito vasta. Entretanto, duas obras, por todas, merecem menção aqui. Uma, por ser pouco conhecida da comunidade jurídica brasileira, embora tenha sido uma das primeiras a de fato abordar a Constituição como ordem normativa de valores, é a obra do professor suíço Werner Kägi, KÄGI, Werner. *La Constitución como Ordenamiento Jurídico Fundamental del Estado: Investigaciones sobre las Tendencias Desarrolladas em el Moderno Derecho Constitucional*. Trad. de Sergio Díaz Ricci e Juan José Reyven. Madrid: Editorial Dykinson, 2005. A outra, uma das mais célebres aulas inaugurais de Faculdade de Direito proferidas nos últimos cinquenta anos, é a curta porém seminal conferência de 1959 sobre a força normativa da Constituição de Konrad Hesse. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes.

*superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais – princípio até então desconhecido –, que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais do Estado”.*⁷⁷

Os tribunais constitucionais, nesse contexto, foram criados com a função precípua de serem os bastiões dos direitos fundamentais e, de modo geral, da ordem de valores previstos nas Constituições do pós-guerra mesmo que contra atos do Parlamento que eventualmente expressem a vontade da maioria da sociedade. Para tanto, a eles foi conferida a competência para o exercício com exclusividade da jurisdição constitucional concentrada de acordo com o modelo kelseniano. Além disso, estruturalmente, as cortes constitucionais, de regra, foram instituídas como órgãos autônomos e independentes dos demais poderes, inclusive do Judiciário, ao qual cabe o exercício da jurisdição ordinária, estando impedido de exercer o controle de constitucionalidade das leis, em contraposição à citada jurisdição constitucional, incumbida apenas aos tribunais constitucionais, cujos integrantes, a despeito de não serem propriamente membros do Poder Judiciário, gozam das mesmas prerrogativas dos juízes ordinários.

Sem embargo, em momento algum os constituintes do pós-guerra nutriram a ilusão de que os tribunais constitucionais viessem a ser órgãos dissociados da política, até porque eles tinham plena consciência de que a função de legislador negativo, de que falava Kelsen, ao contrário do que este mesmo gostaria, é intrinsecamente política, e não apenas jurídica. Assim, seguindo o conselho do mestre de Viena,⁷⁸ para assegurar a legitimidade democrática dessas cortes, estabeleceram formas de integração de perspectivas políticas às decisões dos tribunais constitucionais, seja pela estipulação de mandatos com prazo determinado para o exercício da judicatura em tais órgãos, a promover, com isso, uma alternância contínua em seu corpo, seja pela garantia de indicação para a

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Além disso, cumpre anotar que a obra de Karl Larenz também traz um importante resumo da chamada “jurisprudência dos valores”. LARENZ, Karl, op. cit., pp. 163-172.

⁷⁷ HESSE, Konrad, op. cit., p. 28.

⁷⁸ KELSEN, Hans. “A jurisdição constitucional”. In: *Jurisdição constitucional*. Trad. de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 154.

composição das cortes de pessoas em certo sentido vinculadas a partidos políticos dominantes nos Parlamentos.⁷⁹

É bem de ver, contudo, que esse modelo europeu de jurisdição constitucional não passou imune a críticas. Ao cuidar do Tribunal Constitucional Federal alemão – sem sombra de dúvida, a mais influente Corte europeia de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade –, Ingeborg Maus, seguindo a linha procedimentalista, argumenta que, ao compreender a Constituição não mais como um “documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais”, mas como um “texto fundamental” de valores da sociedade, e ao assumir-se como o mais autorizado guardião desse conceito de Constituição, o Tribunal Constitucional acaba por tornar a interpretação constitucional um verdadeiro ofício de fé, praticando, assim, uma “*teologia constitucional*”, com a Corte exercendo o papel de “*superego social*”, que disfarça “*seu próprio decisionismo sob o manto de uma ‘ordem de valores’ submetida à Constituição*”.⁸⁰

Esse cenário de arbitrariedade, consoante Maus, agrava-se ainda mais, uma vez que o Tribunal Constitucional, cujas decisões vinculam a todos mas não a si próprio, “*submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais*”.⁸¹

Além disso, ao contrário do pensamento comumente disseminado no pós-guerra de que o formalismo positivista foi o responsável pela organização do

⁷⁹ Nesse sentido, nem o mais respeitado Tribunal Constitucional do mundo, o alemão, escapa dessa influência política. Consoante apontou o professor Louis Favoreu, apesar “*de todas essas precauções, destinadas a limitar a influência dos partidos, a repartição das vagas é feita na realidade por acordo entre os dois partidos, e os juízes possuem uma ligação política clara, mesmo muito antes da carta do partido CDU ou SPD*”. Cf. FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 61. Ver, ainda, sobre o que foi afirmado no texto, AGRA, Walber de Moura, op. cit., pp. 55-61. Acerca da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, vide CRUZ, Luis M. *La Constitución como Orden de Valores: Problemas Jurídicos y Políticos (Un Estudio sobre los Orígenes del Neoconstitucionalismo)*. Granada: Editorial Comares, 2005.

⁸⁰ MAUS, Ingeborg. “Judiciário Como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na ‘Sociedade Órfã’”. Trad. de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, nº 58, nov. 2000, p. 192.

⁸¹ “Assim, a ‘competência’ do TFC – como de qualquer outro órgão de controle de constitucionalidade – não deriva mais da própria Constituição, colocando-se em primeiro plano. Tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer ‘competência’ constitucional.” MAUS, Ingeborg, op. cit., pp. 191-192.

arcabouço jurídico do nacional-socialismo, Ingeborg Maus afirma que “*o terror político aberto encontra no direito formal um obstáculo*”.⁸² Na verdade, afirma a professora de Frankfurt, a luta contra o formalismo jurídico e a conseqüente vinculação do juiz à letra da lei, ou seja, do Judiciário ao Parlamento, representaram muito mais uma estratégia corporativista conscientemente adotada pela Associação dos Juízes Alemães para alargar o poder do Judiciário do que uma reação legítima contra os supostos males permitidos pelo positivismo jurídico.⁸³

Seja como for, a segunda metade do século XX viu florescer um conjunto de Constituições marcadas pela forte e abundante proteção a direitos fundamentais, mesmo contra atos do Legislativo, proteção essa que foi relegada a tribunais especificamente incumbidos da guarda dos textos constitucionais.⁸⁴ Assim é que, após a instalação das Cortes Constitucionais da Alemanha, em 1951, e da Itália, em 1956, a tendência à adoção do modelo concentrado de jurisdição constitucional prosseguiu no Chipre e na Turquia, respectivamente em 1960 e 1961; na Grécia, em 1975; na Espanha pós-franquista; no Portugal redemocratizado e em inúmeros outros países.⁸⁵

Esse modelo europeu do pós-guerra, que, unido à influência americana, atualmente encontra acolhida em diferentes graus em praticamente todo o mundo ocidental, ao qual alguns juristas têm chamado de neoconstitucionalismo, nas palavras de Luis Pietro Sanchís, caracteriza-se por “*una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces*”.⁸⁶

⁸² MAUS, Ingeborg, op. cit., p. 199.

⁸³ “*Um dos mais notáveis acontecimentos do pós-guerra é que justamente os grupos profissionais cuja consciência individual fora – de modo especialmente bem-sucedido – reprimida durante o regime nazista lograram fortalecer sua posição central de instância de consciência da sociedade. Não se percebe durante os trabalhos preparatórios da Lei Fundamental, tampouco depois, uma mínima tendência a reconhecer a participação submissa da Justiça – que dirá então de suas funções específicas – no nacional-socialismo*”. MAUS, Ingeborg, op. cit., p. 198.

⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., pp. 61-65.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 22 set. 2006, p. 5.

⁸⁶ Pietro Sanchís tenta apresentar esse neoconstitucionalismo como uma nova teoria jurídica, configurada em seu entendimento por cinco características fundamentais: “*Más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución em todas las áreas*

Como as Constituições passam, nesse paradigma, a ser reputadas ordens objetivas de valores, a abertura das normas jurídicas constitucionais, pelos princípios, faz com que, inegavelmente, o campo de ação do intérprete/aplicador – o juiz – amplie-se consideravelmente, em detrimento do papel do legislador, como recorrentemente os autores do neoconstitucionalismo costumam ressaltar. A isso, acresce que os conflitos de índole constitucional tendem a não se deixar resolver pela mera subsunção, já que, por apresentarem conteúdo menos denso que as regras, os princípios costumam colidir num caso concreto, de modo que se exige do juiz (e não do legislador) a ponderação entre as normas em colisão para se aferir casuisticamente qual há de ceder em benefício da outra.

Desse modo, embora trilhando caminhos distintos, e quase opostos, o fato é que tanto o modelo norte-americano quanto o europeu encontraram-se na segunda metade do século XX no mesmo ponto: o fortalecimento do Judiciário em detrimento do legislador, o que tornou o primeiro verdadeiro protagonista, no papel de defensor das promessas constitucionais, do jogo político institucionalizado das democracias do pós-guerra. E é esse ponto em comum que torna premente a necessidade de se questionar acerca dos limites da atuação do Judiciário e, por conseguinte, de se definir o que venha a ser o ativismo judicial de que não raro, nesse esteio, é acusado.

3.2

Ativismo judicial material e ativismo judicial processual (ou formal)

3.2.1

Uma nota prévia necessária

Toda a exposição que se vem de fazer acerca do controle jurisdicional de constitucionalidade tem por finalidade demonstrar que, se já seu próprio

*jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, em lugar de espacios exentos em favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial em lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, em lugar de homogeneidad ideológica em torno a un puñado de principios coherentes entre sí y em torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas". SANCHÍS, Luis Pietro. "Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial". In: *Neoconstitucionalismo(s)*. (Edición de Miguel Carbonell). 2a. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pp. 126-127 e pp. 131-132.*

nascimento em 1803 foi, por si só, o desfecho de uma disputa sobretudo política entre o Judiciário e os outros dois poderes, com o primeiro tendo cedido às pretensões dos últimos, mas não sem antes alargar por conta própria ineludivelmente seu poder frente a eles, é possível vislumbrar uma contínua expansão – evidentemente acompanhada de pressões políticas – da atividade judicial sobre matérias originalmente não conferidas ao conhecimento do Judiciário de modo expreso.

Nessa trajetória, algumas expressões ganharam tanto as páginas de obras acadêmicas quanto as folhas de jornais e revistas não-especializados em assuntos propriamente jurídicos. Assim é que, *pari passu* ao fenômeno do progressivo alargamento da importância funcional do Judiciário entre as instituições estatais e da esfera de controle judicial de constitucionalidade de leis e demais atos do Poder Público, ao longo desses cerca de duzentos anos de história, notadamente a partir da virada dos séculos XIX para o XX, locuções como “governo dos juízes”, “ativismo judicial” e “judicialização da política”, do mesmo modo que referências ao “controle judicial das políticas públicas”⁸⁷ e à chamada “dificuldade contramajoritária”⁸⁸ alegadamente comprometedoras da “legitimidade democráticas dos tribunais”,⁸⁹ foram repetidas à exaustão, com maior ou menor frequência de tempos em tempos, quase invariavelmente para demonstrar perplexidade ante a constatação do fenômeno.

Embora cada qual dessas locuções possa ser referida a uma idéia distinta, a verdade é que todas elas, em alguma medida, são tradicionalmente usadas no

⁸⁷ Assim, por exemplo, APPIO, Eduardo, op. cit.

⁸⁸ “*The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system*”. BICKEL, Alexander M., op. cit., p. 16.

⁸⁹ É longa a lista dos filósofos do Direito que se têm dedicado ao tema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Como não é intenção deste trabalho abordar o tema do ativismo judicial sob esse aspecto, *vide*, para uma crítica procedimentalista da questão, ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980; e HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2003, v. I, notadamente pp. 297-354. Para uma introdução ao tema, confira-se, CITTADINO, Gisele, op. cit.; e BINENBOJM, Gustavo, op. cit. Aqui, cumpre anotar o que já registrava décadas atrás o professor Lúcio Bittencourt, *in verbis*: “*Argüi-se, todavia, que a doutrina americana, acarretando a supremacia do Judiciário, opõe-se aos princípios democráticos, pois, enquanto em relação ao Congresso, de eleição em eleição, o povo pode escolher os seus representantes de acôrdo com a filosofia política dominante, no caso do Judiciário a estabilidade dos juízes impede que se reflita nos julgados a variação da vontade popular*”. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, op. cit., p. 21.

contexto da crítica à resolução – e, por que não dizer?, à usurpação⁹⁰ – pelo Judiciário de questões que seriam da competência de decisão dos outros dois poderes, especialmente do Legislativo, dada a legitimidade democrática de que esses, ao contrário daquele, usufruíam. Entretanto, esse denominador comum, em vez de esclarecer, fez com que a superposição dos conceitos acima, unida à sua utilização em diferentes foros de debates, ora entre juristas, ora entre cientistas políticos, ora nos meios de comunicação de massas, tornasse muito fluida a distinção entre cada um deles.⁹¹

Seja por conta dessa indefinição conceitual, seja porque a linha que se vem de seguir neste trabalho, por mais que não pretenda descurar as matrizes europeias da jurisdição constitucional, remonta todo seu percurso ao desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade americano, em que a discussão sobre o ativismo judicial já é secular, a opção por se dedicar ao conceito do que seja ativismo judicial é feita aqui de um modo bastante natural. Acresce que não é intento deste trabalho traçar delineamentos conceituais entre o que venha a ser cada qual das locuções acima; caso fosse essa a intenção, em certo sentido, até poderia afigurar-se um tanto bizantino, mas sim a partir de um conceito de ativismo judicial, para, em seus termos, tentar demonstrar suas nuances.

Entretanto, não se pode deixar de fazer menção a uma nota fundamental de distinção, *grosso modo*, entre as idéias acima aludidas e a de ativismo judicial. É que, a despeito da recorrente confusão conceitual já referida, e em que pesem os verdadeiros pontos de contato entre todas elas, não é lícito olvidar que a “judicialização da política” e a “legitimidade democrática da jurisdição constitucional” são assuntos muito mais pertinentemente debatidos,

⁹⁰ Já desde os tempos de *Marbury v. Madison*, a acusação de “usurpação” pelo Judiciário de competência alheia não é incomum. Assim anota Charles A. Beard, em sua obra clássica em defesa do *judicial review*: “*The great authority of Jefferson is often used by the opponents of judicial control; and it is true that, after his party was in command of the legislative and executive branches of the government, he frequently attacked judicial 'usurpation' with great vehemence.*” BEARD, Charles A. *The Supreme Court and the Constitution*. Mineola, New York: Dover Publications, Inc., 2006, p. 117.

⁹¹ Sobre os diversos usos da expressão “judicialização da política”, confira-se MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. “Sentidos da Judicialização da Política: duas análises”, *Lua Nova Revista da Cultura*. São Paulo, nº 57, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452002000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 5 out. 2007.

respectivamente, entre os cientistas políticos⁹² e filósofos do Direito⁹³ do que de uma perspectiva eminentemente jurídica. Não que juristas não se dediquem aos temas, o que, a rigor, o fazem muitas vezes com inigualável competência, até porque são questões que concernem intrinsecamente a seu objeto de estudo, mas as conformações doutrinárias da atividade judicial com a teoria política ou com a teoria da democracia acabam não raro, até por sua ineludível importância, por se desviarem de uma indagação de índole particularmente normativo-jurídica da separação dos poderes, ou seja, até que ponto, de uma perspectiva estritamente normativa da divisão constitucional dos poderes, está o Judiciário constitucionalmente habilitado a exercer suas funções sem desnaturar a própria essência constitucional e sem, por conseguinte, afetar o equilíbrio entre os poderes que a concepção de *checks and balances* pressupõe?

Como a resposta a essa indagação prescinde de aferir se os tribunais estão legitimados democraticamente a exercer o controle judicial de constitucionalidade das leis ou em que medida eles, ao exercê-lo, intervêm em questões políticas presumivelmente reservadas à deliberação dos outros dois poderes, pode-se concluir que há um espaço de perquirição, próprio de uma perspectiva eminentemente jurídica, acerca dos limites válidos de atuação do Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, sem que, para tanto, seja necessário recorrer-se a conceitos da ciência política, da sociologia ou da filosofia.

Isso, a toda evidência, não significa negar, como é a premissa deste trabalho, o já afirmado intrínseco caráter jurídico-político da jurisdição constitucional ou mesmo considerar que a definição de tais limites não exija, como sem sombra de dúvida exige, a demarcação da linha, sempre assaz tênue em matéria constitucional, que separa a fiscalização juridicamente permitida, e juridicamente norteadas, da constitucionalidade de atos dos Poderes Públicos da resolução judicial de questões reservadas à competência deliberativa dos órgãos incumbidos da condução política das decisões emanadas das maiorias democraticamente formadas na sociedade. Destarte, reconhecer que a jurisdição constitucional, em sua essência, é também uma função política, ou que a

⁹² Veja-se, nesse sentido, *verbi gratia*, a já mencionada obra organizada por importantes pesquisadores de sociologia e de ciência política brasileiros: VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁹³ Assim, por todos, a seminal obra de John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

demarcação do espaço de atuação constitucional do Judiciário no controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos implica impor um limite de validade a essa devida atividade, fora e além do qual ela se degenera em ativismo sobre áreas de competências legislativa e executiva, de modo algum obsta a que tal abordagem do controle de constitucionalidade possa ser precipuamente – e, em termos práticos, exclusivamente – jurídica, em vez de política ou jusfilosófica.⁹⁴

Assim, ao se investigar o conceito jurídico – não de ciência política ou da filosofia do Direito – de ativismo judicial, o que o pesquisador há de ter em mira são as possíveis respostas à indagação acima formulada, que se repete nos seguintes termos: quais são os parâmetros, de uma perspectiva estritamente normativa da divisão constitucional dos poderes, delimitadores da competência constitucional do Judiciário para o exercício de suas funções, notadamente aqui a de controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos, fora dos quais sua peculiaridade de órgão incumbido de interpretar os limites constitucionais de sua própria atividade dá margem que ele exorbite esses mesmos limites? A resposta a essa pergunta demarca juridicamente a fronteira entre a competência constitucional do Judiciário para o exercício de sua atividade jurisdicional e seu incompetente ativismo judicial. A ela, dedicam-se os tópicos a seguir.

3.2.2

Concepções de ativismo judicial

A par da distinção entre ativismo judicial e os conceitos correlatos acima mencionados, qualquer discussão acerca do fenômeno do por assim dizer ativismo judicial e de todas as controvérsias que ele suscita deve iniciar-se pela própria conceituação do termo *ativismo judicial*. Isso porque muitas das disputas em torno do tema não raro mostram-se meramente semânticas e – o que também comumente sucede – apenas tentam esconder, sob o rótulo de ativista judicial,

⁹⁴ A tratativa jurídica de questões não exclusivamente – ou mesmo de modo algum – jurídicas não é em nada incompatível com o estudo do Direito. É bem de ver, nesse sentido, por exemplo, que a doutrina das questões políticas, exposta em tópico anterior, é teoria eminentemente jurídica, não política ou filosófica, nascida de construção jurisprudencial com intuito de assegurar a *judicial self-restraint*, em que pese, como o próprio nome indica, seu evidente interesse na definição do conceito do que seja uma questão política.

uma mal disfarçada discordância de determinada decisão judicial. Com efeito, como anota Christopher Manfredi, estudioso do ativismo judicial canadense, um ponto essencial – talvez o ponto essencial – de muitas das desavenças entre os juristas que se dedicam ao tema “*é se ativismo judicial é passível de uma definição neutra sem ser simplesmente uma palavra-código para designar decisões das quais o comentador discorda*”.⁹⁵

Essa redução da expressão “ativismo judicial” a uma mera adjetivação pejorativa de decisões judiciais das quais se discorde é facilmente percebida por uma simples vista panorâmica das diferentes “fases” – conservadoras ou liberais – de ativismo da Suprema Corte americana, cuja atividade foi, desde o início, a fonte de toda discussão acerca do tema.⁹⁶ Assim, se na *Lochner Era* o Tribunal, em nome da “liberdade de contratar” típica do capitalismo de *laissez-faire*, invalidou conservadoramente diversas leis que previam ingerência estatal na economia, o ativismo das Cortes Warren e Burger foi nitidamente liberal, em defesa de direitos fundamentais de igualdade racial, como em *Brown v. Board of Education*, de ampla defesa no processo penal, no caso *Miranda v. Arizona*, e de privacidade, em *Roe v. Wade*. Em resposta a esse liberalismo, nos anos 80, a Corte Rehnquist promoveu um ativismo impregnado de ideologia conservadora.

Um autor que demonstra muito claramente esse mau uso da locução “ativismo judicial” é Stephen Smith. Segundo o professor da Universidade de Virginia, os freqüentes ataques que os juristas de índole liberal dirigiam à jurisprudência da Suprema Corte americana sob a presidência de William

⁹⁵ No original: “*At the core of many of the disagreements between me and my critics is whether judicial activism is capable of neutral definition without simply being a 'core word' for decisions with which the commentator disagrees*”. MANFREDI, Christopher P. “Judicial Power and the Charter: Reflections on the Activism Debate”, *UNB Law Journal*, Scarborough/Ontario, 53, 2004, p. 185. Mais à frente, no mesmo texto, ele reitera sua visão: “*Much of the debate about judicial activism concerns the very meaning of the term*” (p. 187).

⁹⁶ “*Because the judiciary is a political institution, it has frequently been the object of political wrath. Thomas Jefferson complained of Chief Justice John Marshall that in his hands the Constitution was 'nothing more than an ambiguous text, to be explained by his sophistry into any meaning which may subserve his personal malice'; Abraham Lincoln argued that Chief Justice Roger Taney, in his opinion in the case of Dred Scott, had done 'obvious violence' to the 'plain unmistakable language' of the Declaration of Independence; during the progressive era, Senator Robert M. LaFollette characterized all federal judges as 'petty tyrants and arrogant despots'; and President Eisenhower is reported to have concluded that his appointment of Earl Warren as Chief Justice of the Supreme Court was 'the biggest damn fool mistake' he made during his presidency.*” McDOWELL, Gary L. “A Modest Remedy for Judicial Activism”, *Public Interest*, 67, 1982, pp. 3-4.

Rehnquist seriam inescandivelmente “hipócritas”,⁹⁷ uma vez que as críticas que eles teciam ao Tribunal quanto ao pouco respeito que este manifestava às decisões dos poderes de representatividade democrática, ao declarar a inconstitucionalidade de seus atos por conta de uma ideologia conservadora, eram exatamente as mesmas que se poderiam direcionar à Corte Warren, com a única distinção de que esta se pautava em uma ideologia liberal. Assim, como anota Smith, “defensores da Corte Warren aplaudem seu ativismo em processo penal constitucional, como em outras áreas, ao passo que criticam implacavelmente a Corte Rehnquist por ser ativista”⁹⁸ precisamente acerca das mesmas questões e pelo mesmo modo de agir, só que com o sinal ideológico trocado, que, em décadas anteriores, notabilizaram a primeira por seu ativismo judicial. Todavia, complementa o jurista americano, os conservadores também não escapam da acusação de hipocrisia, na medida em que, conquanto tenham sido retumbantemente contrários ao ativismo liberal da Corte Warren, mantiveram um silêncio eloqüente acerca do ativismo conservador da Corte Rehnquist.

Para ele, assim, o problema fundamental desses críticos é que eles ou não percebem a carga ideológica de sua crítica ou de sua aquiescência silenciosa, ou, quando percebem, são compelidos a sustentar abertamente a permissibilidade de um ativismo judicial ideologicamente liberal, de defesa dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que há vedação de um de índole conservadora, de certa restrição a tais direitos, ou vice-versa.⁹⁹

Entretanto, para evitar que “ativismo judicial” torne-se esse mero epíteto de discordância a uma decisão ou conjunto de decisões em relação a que o comentador seja ideologicamente contrário, o que, em uma ou outra hipótese acima, ocorreria, segundo Smith, é preciso encontrar, tanto quanto isso seja possível, uma definição neutra de ativismo judicial, que sirva eventualmente para qualificar a jurisprudência de certo tribunal independentemente de seu pendor ideológico.¹⁰⁰ Para tanto, ele apresenta um grupo, embora escolhido

⁹⁷ SMITH, Stephen F. “Taking Lessons From the Left? Judicial Activism on the Right”, *Georgetown Journal of Law & Public Policy. Inaugural*. Washington, DC. Georgetown University Law Center, 2002-2003, p. 58.

⁹⁸ SMITH, Stephen F., op. cit., p. 62.

⁹⁹ Idem, ibidem.

¹⁰⁰ Como afirma Smith, “[r]egardless of whether the Court is ‘expanding’ or ‘contracting’ rights, or whether the decision tilts to the left or to the right politically, a unitary definition of activism should be applied uniformly”. SMITH, Stephen F., op. cit., p. 80.

confessadamente não sem certa arbitrariedade, de três modelos de identificação de ativismo judicial, que, se analisados em conjunto, em seu entendimento permitem ao investigador avaliar o fenômeno do modo mais neutro possível. São eles: *i*) o modelo de conflito, *ii*) o modelo de teoria interpretativa e *iii*) o modelo da assertividade.¹⁰¹

O modelo de “conflito” poderia talvez ser denominado, para melhor compreensão do leitor, modelo “clássico” de ativismo judicial. É que, consoante os termos em que o define o professor Smith, ele enfatiza o grau de conflito entre as decisões do Poder Judiciário e as dos poderes politicamente controláveis em relação a diretrizes políticas de importância fundamental para a sociedade,¹⁰² o que vai ao encontro do que classicamente a doutrina considera ativismo judicial. Assim, por exemplo, Christopher Manfredi afirma que este “*é a vontade de as cortes de reverter ou, de outro modo, alterar as políticas públicas dos Legislativos e Executivos*”,¹⁰³ do mesmo modo que, à luz da teoria da separação dos poderes, Gary McDowell entende que constitui ilegítimo ativismo qualquer atitude prescritiva, em vez de simplesmente proscritiva, do Judiciário em direção aos outros dois órgãos do Estado.¹⁰⁴ Enfim, pela concepção do modelo de conflito ou clássico, é ativismo judicial a ingerência do Judiciário em questões que seriam da competência de decisão exclusiva dos órgãos de representatividade democrática.

Esse tipo de conflito, que faz deste o modelo clássico de ativismo judicial, segundo aponta Stephen Smith, esteve evidentemente presente durante toda a revolução processual penal constitucional levada a cabo pela Corte Warren, a qual “*consistentemente favoreceu o lado da balança do acusado, ao passo que as legislaturas tão consistentemente quanto ela favoreceram o lado da perseguição penal e da repressão ao crime*”.¹⁰⁵

Além disso, a Era *Lochner* e especialmente a crise gerada pelo *Court-packing plan*, do mesmo modo que as críticas de que foi alvo a Suprema Corte após o julgamento de *Dred Scott v. Sandford*, até a brutal cisão social ocasionada

¹⁰¹ SMITH, Stephen F. *op. cit.*, 65.

¹⁰² SMITH, Stephen F. *op. cit.*, 65.

¹⁰³ MANFREDI, Christopher, *op. cit.*, p. 188.

¹⁰⁴ McDOWELL, Gary, *op. cit.*, pp. 17-18.

¹⁰⁵ SMITH, Stephen F., *op. cit.*, pp. 65-66.

pelo julgamento de *Roe v. Wade*, como visto anteriormente, são outros de tantos exemplos ao longo da história do constitucionalismo americano de conflitos entre o Poder Judiciário, notadamente pela Suprema Corte, e os outros dois poderes acerca de decisões proferidas pelo primeiro em contrariedade a políticas ou diretrizes públicas adotadas pelos últimos com o apoio da eventual maioria da sociedade.

Entretanto, como o próprio Smith lembra, é preciso traçar uma distinção fundamental entre um órgão judicial “ativo” e um “ativista”. “*Um tribunal fiel aos princípios da autocontenção judicial nunca poderia ser ‘ativista’*”, afirma o jurista americano, “*não obstante deveria ser bastante ‘ativo’ (e firme) em termos de exigência a que os outros poderes permaneçam dentro de seus apropriados limites constitucionais*”.¹⁰⁶ Evidentemente, o autor não desconsidera que essa distinção entre uma corte ativa e uma ativista acabe por remontar à delimitação entre o que é ou não ativismo judicial. Sem embargo, tal diferenciação é feita aqui apenas para realçar que conflitos entre o Judiciário e os Poderes Legislativo e Executivo são uma decorrência normal e até previsível do próprio sistema de freios e contrapesos que acabou por consagrar o controle judicial da constitucionalidade dos atos dos poderes públicos. Portanto, não é porque ocorra num determinado momento um conflito entre o Judiciário e algum dos outros poderes, por conta de uma decisão do primeiro, que seja lícito concluir estar-se diante de um caso de ativismo judicial, uma vez que o tribunal poderá muito bem ter agido nos estritos lindes de sua competência constitucional, sem exorbitar, assim, seu dever de autocontenção.

Feita essa distinção, Smith propõe o que, para ele, há de ser uma possível solução para a identificação do ativismo judicial pelo paradigma do conflito entre as esferas de decisão. Nesse esteio, tendo por premissa a aceitação generalizada de que a Constituição é inarredavelmente vinculante a todos os órgãos do Judiciário, e não só aos do Executivo e Legislativo, ele sustenta que uma decisão não será o produto de um ativismo judicial se ela for a consequência de uma interpretação permissível pelo texto e pela estrutura da Constituição. Se tanto um quanto outra forem de grande clareza, os limites da hermenêutica judicial serão estreitos; se, contudo, forem impregnados de indeterminação, como sói acontecer, “*qualquer*

¹⁰⁶ Idem, p. 67.

*escolha que o tribunal fizer no âmbito das interpretações permissíveis – ou seja, das interpretações não-desqualificadas pelos textos ou estrutura constitucionais – não será ativista em termos de fidelidade interpretativa”,*¹⁰⁷ ainda que se pretenda criticar a escolha feita pela corte dentre os sentidos hermenêuticos possíveis.¹⁰⁸

Desse modo, acredita Smith que, desde que o Judiciário não exorbite as fronteiras dos limites textuais e estruturais da hermenêutica constitucional, sua eventual interpretação da Constituição poderá até ser qualificada de errônea, como suscetível de críticas por aqueles que dela discordem, mas não poderá ser chamada de ativista, conquanto gere algum conflito com os demais poderes, porque estará resguardada pelo crivo da fidelidade interpretativa, que, para ele, determina a atuação dos juízes.

Não se deve perder de vista, não obstante, que tal proposta de Smith acerca do modelo de conflito é formulada pertinentemente à Constituição americana, cujo texto, de caráter inolvidavelmente sintético, deixa larga margem de construção ao intérprete. Assim, quando ele afirma que uma exegese não-abalizada pelo texto ou estrutura constitucionais deve ser reputada transgressora dos limites hermenêuticos legítimos do Judiciário, é preciso que se tenha em mente que, se se seguir rigorosamente sua proposta, esses limites não de ser agudamente estreitos, pois estreita é a interpretação que se pretenda seriamente conformada pelo texto e pela estrutura da Constituição dos Estados Unidos. Por igual motivo, uma mesma proposição que tivesse em mira a Constituição brasileira de 1988, por exemplo, cujo texto é não só analítico, como por vezes casuístico, teria de, inexoravelmente, inferir que ao Judiciário do Brasil restaria uma margem imensuravelmente mais alargada de interpretação constitucional do que à sua contraparte americana.

¹⁰⁷ SMITH, Stephen F., op. cit., p. 72.

¹⁰⁸ É curioso notar que, mesmo sem ter recorrido ao pensamento de juristas europeus continentais para fundamentar sua proposta, o fato é que ela se aproxima muito da idéia de *sentido literal possível*, formulada por Karl Larenz. Afirma o civilista alemão que assenta, “*acertadamente, MEIER-HAYOZ que o ‘teor literal tem, por isso, uma dupla missão: é ponto de partida para a indagação judicial do sentido e traça, ao mesmo tempo, os limites da sua actividade interpretativa’.* Uma interpretação que não se situe já no âmbito do sentido literal possível já não é interpretação, mas modificação de sentido.” De todo modo, em que pese essa proximidade entre as concepções aqui abordadas, a verdade é que Larenz, ao contrário da tese de Smith, por não estar no ponto preocupado com a discussão americana sobre o ativismo judicial, não reputa impedido o Judiciário de modificar o sentido de uma norma. Veja-se o que ele assevera logo a seguir: “*Com isso, não se diz que ela [a modificação de sentido] esteja sempre vedada ao juiz; mas necessita de pressupostos especiais e pertence ao âmbito do desenvolvimento patente do Direito.*” Confira-se LARENZ, Karl, op. cit., pp. 453-454.

Seja como for, é bem de ver que o professor Smith considera sinceramente que, pelo menos tendo em vista o constitucionalismo americano, que é, em verdade e sem nenhum demérito, o único que lhe interessa, sua solução para o modelo de conflito é satisfatoriamente mais adequada que outras formas de controle do ativismo judicial, políticas ou não. Ele, por conseguinte, não ignora que a invalidação de jurisprudência da Suprema Corte em matéria de interpretação constitucional pela promulgação de Emendas à Constituição, a estipulação tanto por lei ordinária quanto por própria criação judicial (como no caso da doutrina das *political questions*) de matérias alheias à competência judicial, ou a modificação da composição dos tribunais, dentre outras, são medidas que podem ser adotadas com o escopo de reverter um período de ativismo judicial, mas, como ele mesmo lembra, essas opções mostraram-se todas ineficazes nos maiores períodos de exacerbação da Suprema Corte na história americana, como na Era *Lochner* ou na Corte Warren.

No que toca especificamente à modificação da composição da Suprema Corte como medida adotada conscientemente pelo presidente dos Estados Unidos para reverter sua jurisprudência, que, mesmo sem ter sido concluída, foi satisfatoriamente colocada em prática no *Court-packing plan*, Smith considera que ela não é garantia real de contenção do ativismo judicial, dada a dificuldade de prever o comportamento de um nomeado ao Tribunal após a sua posse. O exemplo de Earl Warren, assim, seria perfeito para demonstrar que nem sempre o indicado seguirá a cartilha político-ideológica do presidente que o tiver nomeado.¹⁰⁹

O segundo paradigma de ativismo judicial vislumbrado por Stephen Smith, por ele denominado de modelo de teoria interpretativa, assenta-se na consideração de que a adoção de um método específico de interpretação da Constituição por um sujeito afastaria, como ativista, qualquer outro método que diferisse do adotado por ele. A toda evidência, esse modelo tem como pressuposto básico que determinado intérprete jurídico adotará um – e apenas um – método de

¹⁰⁹ SMITH, Stephen F., op. cit., p. 39. Como será visto mais à frente, a modificação da composição do Supremo Tribunal Federal é talvez uma das causas mais relevantes da intensa mutação constitucional que se tem verificado no constitucionalismo brasileiro nos últimos anos. Confirma-se, nesse sentido, AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. “Processo Constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional”. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, ano 14, n. 57, out./dez. 2006, pp. 101-108.

hermenêutica constitucional. Assim, para ficar num exemplo típico do constitucionalismo americano, um jurista originalista reputaria uma decisão judicial de índole não-originalista como a conseqüência inexorável de uma atitude ativista do órgão jurisdicional prolator da decisão, uma vez que ela não se teria restringido à intenção original dos *framers* da Constituição dos Estados Unidos.¹¹⁰ Embora o próprio Smith reconheça que esse modelo acaba por facilitar que se proceda à velha redução da discussão do tema acerca do ativismo judicial à qualificação pejorativa de decisões com as quais um determinado comentador não compactue, por configurarem o resultado de método hermenêutico distinto do adotado por ele, o professor da Universidade de Virginia acredita que, desde que não se abandone a convicção de que o texto constitucional é vinculante aos juízes, como por ele assentado no modelo anterior, esse modelo pode ajudar a reconhecer métodos de interpretação sem qualquer fundamento no texto da Constituição.

Tendo em mente tais considerações acerca desse modelo de identificação de ativismo judicial mediante a especificação da teoria hermenêutica adotada pelo órgão jurisdicional estudado, seria curioso fazer uma análise do grau de ativismo judicial brasileiro, especialmente do Supremo Tribunal Federal, à luz da posição sustentada pelo professor Virgílio Afonso da Silva, num dos mais perspicazes artigos jurídicos dedicados à interpretação constitucional no Brasil publicados nos últimos anos.¹¹¹ Segundo o professor da Universidade de São Paulo:

Não é difícil perceber que a doutrina jurídica [brasileira] recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, *tudo* o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis. No âmbito da interpretação constitucional, o caso pode ser considerado ainda mais peculiar, já que não se trata da recepção de um modelo teórico *enraizado* e *sedimentado* em um determinado país. É possível que se suponha que os “novos” métodos de interpretação constitucional sejam métodos longamente desenvolvidos pela doutrina jurídica alemã e aplicados sistematicamente pelo Tribunal Constitucional daquele país. Não o são. Nesse caso, não se pode falar de uma “importação” de um modelo alemão de interpretação constitucional. E por uma razão óbvia: um tal modelo não existe. Os *princípios* de interpretação constitucional a que a doutrina brasileira, de forma praticamente universal, faz referência são aqueles referidos por Konrad Hesse em seu manual de direito

¹¹⁰ SMITH, Stephen F., op. cit., p. 73.

¹¹¹ SILVA, Virgílio Afonso. “Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico”. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 115-143.

constitucional. No caso dos *métodos*, a referência baseia-se no famoso artigo de Ernst-Wolfgang Böckenförde sobre métodos de interpretação constitucional.¹¹²

Desse modo, sustenta o professor Virgílio Afonso da Silva que a doutrina jurídica brasileira, seguida pela jurisprudência dos tribunais pátrios, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, promove um verdadeiro *sincretismo metodológico*, ao unir métodos de interpretação constitucional, como se fossem complementares uns dos outros, que, na verdade, mostram-se, em seu país de origem – a Alemanha –, incompatíveis entre si.

Pois bem, se o modelo de identificação de ativismo judicial à luz da teoria hermenêutica adotada pelo órgão jurisdicional, tal qual proposto pelo professor Stephen Smith, é merecedor de crédito, conquanto ele tivesse em mente exclusivamente o panorama jurídico de seu país, então é de se ter no alerta acima mencionado feito pelo professor Virgílio Afonso da Silva uma corroboração – ainda que condicionada a outra análise menos perfunctória – da hipótese, que embora não tenha sido aventada expressamente por ele em seu artigo, de que os tribunais brasileiros, a começar pelo Supremo Tribunal Federal, praticam também um ativismo judicial de cunho hermenêutico, uma vez que “*o método adotado não pode existir independentemente de uma teoria constitucional*”.¹¹³

Como as teorias constitucionais formuladas no Brasil, nessa linha de raciocínio, valem-se da incorporação sincrética de métodos de interpretação incompatíveis entre si e, mesmo que isoladamente considerados, imaginados originalmente para a teoria constitucional e para o constitucionalismo alemães, não para a prática brasileira, está fora de dúvida que a hermenêutica constitucional empreendida pelo STF e pelos demais tribunais deste país ressentem-se de uma forte desvinculação normativa ao texto da Constituição, o que abre o flanco para a aplicação da Carta da República de 1988 ao simples gosto do intérprete, por mero voluntarismo ou qualquer outra idiosincrasia, desde que ele tenha a aptidão intelectual – e, por óbvio, é de se presumir que os ministros do STF tenham-na sobejamente – de fundamentar sua leitura pessoal da Carta à luz da “*aura de*

¹¹² SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., pp. 116-117.

¹¹³ SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., p. 143.

cientificidade e verdade indiscutíveis” dos princípios e métodos alemães de interpretação constitucional encarecidos pela doutrina pátria.¹¹⁴

No que toca ao terceiro modelo de identificação do ativismo judicial elaborado pelo professor Stephen Smith, que ele chama de modelo da assertividade, trata-se, como o nome indica, da disposição de um órgão jurisdicional em usar sua autoridade para se engajar em um controle judicial de constitucionalidade dos atos dos Poderes Públicos de uma maneira exacerbadamente *assertiva*. Vale dizer, um tribunal, por essa perspectiva, poderá ser inquinado de ativista se, no exercício do controle de constitucionalidade, *pronunciar-se demais*, seja com muita frequência, seja por manifestar-se acerca de tema fora do estrito objeto de seu conhecimento. Exemplo típico de uma corte assertiva e, por conseguinte, ativista, por esse modelo, é o da que revê e modifica constantemente e sem justificativa razoável ou suporte fático seu entendimento jurisprudencial acerca de determinado assunto,¹¹⁵ e que anuncia a adoção – na verdade, a criação – de doutrinas ou teses jurídicas desconhecidas até então da comunidade jurídica. Outro exemplo típico de “assertividade” característica de ativismo judicial, consoante tal paradigma, é o do órgão jurisdicional que se pronuncia no julgamento de uma demanda específica sobre questões cujo conhecimento e apreciação são totalmente desnecessários, quando não

¹¹⁴ É bem de ver, nesse sentido, que, tendo em vista que atualmente se considera que os princípios jurídicos são também normas jurídicas, assim como as regras jurídicas, a corrente aceitação da existência de “princípios próprios de interpretação constitucional” não é endossada normativamente de modo explícito pelo texto constitucional, mas fruto de exclusiva criação hermenêutica da doutrina especializada em Direito Constitucional – a qual, como observa do professor Virgílio Afonso da Silva, no Brasil acolhe como universal a obra de um único autor alemão, Konrad Hesse –, que a jurisprudência acata incontestemente e, destarte, extrai tais princípios hermenêuticos da Constituição como uma lebre da cartola do mágico. Exemplo perfeito é o do chamado e aclamado princípio da proporcionalidade e razoabilidade (em relação ao qual, diga-se de passagem, os autores ainda nem chegaram a um consenso acerca de se tratar de um único princípio ou de dois princípios distintos). Já que em nenhum trecho da Constituição da República de 1988 há menção expressa a tal princípio, a doutrina diverge se ele seria decorrência da cláusula constitucional do Estado de Direito ou do princípio do devido processo legal, o que, a toda evidência, alarga substancialmente, às raias da desvinculação completa com os sentidos literais possíveis do texto constitucional, a já ampla a discricionariedade hermenêutica do intérprete da Constituição. Confirmam-se, sobre a feição aqui aludida do princípio da proporcionalidade/razoabilidade, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., pp. 113-115; e BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 213-239.

¹¹⁵ É bem de ver, contudo, a advertência que o próprio professor Smith faz: “*Given that overrulings are explicitly permitted, in appropriate cases, by stare decisis, the fact that decisions are overruled cannot, on its own, constitute proof of activism, even though, as a descriptive matter, it is certainly true that one would expect to see scores of overrulings during periods of heightened judicial activism.*” SMITH, Stephen F., op. cit., p. 78.

completamente estranhos, à prestação jurisdicional no caso.¹¹⁶ Em outras palavras, de acordo com o modelo ora indicado, um tribunal pratica ativismo judicial se ele decide *muito e demais*.

Ao se analisar o Supremo Tribunal Federal do Brasil à luz desse paradigma, é certo que não faltarão exemplos a confirmar um ativismo judicial assertivo por parte dessa Corte. Assim, no que toca à frequência com que o Tribunal revê e modifica os precedentes firmados em sua jurisprudência, dentre inúmeros outros casos, cumpre aludir ao que anota José Levi Mello do Amaral Júnior, que – embora pretenda demonstrar no caso que é principalmente por obra da expressiva alteração da composição do STF nos últimos anos que se tem verificado na Constituição de 1988 uma radical mutação constitucional hermenêutica – mostra com espantosa pertinência o referido aspecto do modelo assertivo de ativismo judicial. Trata-se de caso em que o STF firmou sua jurisprudência e a reverteu completamente em menos de cinco anos. Assim, segundo registra Amaral Júnior:

o STF, em 2001, ao examinar ação direta ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores, decidiu que a contratação temporária a que se refere o art. 37, IX, da CF/88 não seria possível para “atividades permanentes que são desempenhadas por servidores públicos devidamente concursados”. O trabalho precisaria ser, também, eventual ou temporário. A decisão foi unânime. Porém, a mesma Corte, em 2004, com membros indicados pelo governo Luís Inácio Lula da Silva, ao examinar ação direta ajuizada pelo Partido da Frente Liberal contra uma contratação temporária pretendida pelo referido governo, decidiu que o mesmo art. 37, IX, da CF/88 “autoriza contratações temporárias, sem concurso público (...) quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente”. A decisão foi por apertada maioria (seis votos contra cinco).¹¹⁷

Em relação ao outro importante aspecto do modelo da assertividade, isto é, o de que constitui indevida exacerbação da atividade judicial a manifestação no julgamento de determinada demanda sobre questões cuja apreciação no caso afigura-se desnecessária ou até mesmo absolutamente estranha à sua resolução, é interessante registrar, dentre outros exemplos, a confusão conceitual que o STF tem feito ao adotar em alguns de seus julgados os dois elementos fundamentais de

¹¹⁶ Idem, 74.

¹¹⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, op. cit., pp. 103-104.

uma decisão judicial no sistema de *stare decisis*, quais sejam, o *holding* ou *ratio decidendi* e o *obiter dictum*.

O primeiro “é o princípio jurídico que o tribunal estabeleceu para decidir aquele específico caso”.¹¹⁸ Em outras palavras, *holding* ou *ratio decidendi* é o fundamento jurídico determinante para que uma decisão judicial seja exatamente como é, e não de outro modo. Por assim ser, constitui o *holding* de uma decisão todas as questões fundamentalmente necessárias à sua prolação pelo órgão jurisdicional. *Obiter dictum*, por outro lado, como a verdadeira contraface da *ratio decidendi*, é, *grosso modo*, a parte que eventualmente pode constar da decisão em que se discorre sobre questões desnecessárias e não raro absolutamente estranhas à resolução do tema posto a julgamento.¹¹⁹ Precisamente por conta disso, conquanto muitas vezes seja nebulosa a correta distinção num caso concreto entre o *holding* e os *dicta* da decisão, o *obiter dictum*, uma vez distinto da *ratio decidendi*, nunca tem força vinculante, seja para as partes na demanda, seja no sistema de *stare decisis*, como precedente para futuros julgamentos; no máximo, ele pode gozar de uma autoridade persuasiva. Consoante anota Celso de Albuquerque Silva, o “*exemplo mais visível de utilização de um dictum é quando o tribunal, de forma gratuita, sugere como resolveria uma questão dos autos, mas que no momento não está resolvendo*”.¹²⁰

Como não se há de negar, uma das principais conseqüências da delimitação da *ratio decidendi* de uma decisão é a restrição de sua autoridade vinculante, pelo menos num sistema de *stare decisis*, para não só assegurar maior segurança e previsibilidade às futuras demandas judiciais, como também para restringir a discricionariedade do órgão julgador aos estritos lindes do que é instado a decidir.

Pois bem, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 85.779/RJ,¹²¹ julgado em 28 de fevereiro de 2007, o relator originário, Ministro Gilmar Ferreira Mendes,

¹¹⁸ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 182.

¹¹⁹ Como afirma a professora Toni Fine, “[r]oughly speaking, dictum is that part of the court's decision that was not necessary to the court's resolution of the issue before it”. FINE, Toni M. *American Legal Systems: A Resource and Reference Guide*. 5ª ed. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 2001, p. 39.

¹²⁰ SILVA, Celso de Albuquerque, op. cit., p. 185.

¹²¹ STF, HC n. 85.779/RJ, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, Pleno, julgado em 28.02.2007, DJ 29.06.2007, p. 37 (Ementário STF nº 2282-5, p. 979).

propôs em seu voto que o Supremo Tribunal Federal modificasse sua jurisprudência tradicional no sentido da ocorrência de mera nulidade relativa pelo não-cumprimento do disposto no art. 514 do Código de Processo Penal e da prescindibilidade da aplicação desse dispositivo nas hipóteses em que a denúncia esteja lastreada em inquérito policial, para que, em nome da efetiva proteção à ampla defesa e ao contraditório, a ausência de notificação prévia para oferecimento de resposta preliminar fosse considerada nulidade absoluta em qualquer hipótese, tanto nos casos de ação penal por crimes funcionais, como previsto nos arts. 513 e 514 do CPP, lastreadas ou não por inquéritos policiais, quanto para as demais infrações penais tipificadas no ordenamento jurídico pátrio. Embora vários ministros tenham demonstrado simpatia pela tese do relator, este restou vencido no caso, tendo sido designada redatora do acórdão a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Destarte, ainda que se possa – ou até que se deva – levar em consideração essa simpatia demonstrada pela tese do relator originário nesse julgamento, o fato é que, ao ser vencida no caso, sem ter sido rejeitada ou acolhida expressamente, tratou-se ao fim e ao cabo de consideração marginal e, por conseguinte, desnecessária para o deslinde do *writ*.

Ocorre que, em 12 de junho de 2007, a Primeira Turma do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 89.686/SP, fundamentou-se na discussão travada no citado *Habeas Corpus* n. 85.779/RJ, para, nas palavras do relator, o Ministro Sepúlveda Pertence, pressupor que “*houve a virada da jurisprudência do Tribunal, para firmar, como obiter dictum, o entendimento de que a notificação prévia não é dispensada ainda quando a denúncia se apóie em inquérito policial*”.¹²²

Como se vê, abstraindo-se da discussão de fundo de ambos os *Habeas Corpus*, o fato é que o STF, no julgamento do HC n. 85.779/RJ, à luz da ordem de considerações do professor Stephen Smith, centrou seus debates em questão cuja apreciação na espécie a maioria de seus próprios membros entendeu que se afigurava impertinente à resolução do caso concreto, mas a mesma Corte, por um de seus órgãos fracionários, posteriormente, confundindo de modo um tanto inconseqüente a distinção básica entre os efeitos da *ratio decidendi* e do *obter*

¹²² STF, HC n. 89.686/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, un., julgado em 12.06.2007, DJ 17.08.2007, p. 58 (Ementário/STF nº 2285-4, p. 638).

dictum, conferiu a este a inovadora – pelo menos em relação aos países que de longa data adotam esses elementos – eficácia de reversão de sua própria jurisprudência. É prescindível dizer, na linha do modelo da assertividade, que essa “*inovação*”¹²³ também é poderosamente perturbadora, uma vez que permitiria ao Tribunal desconsiderar o objeto das pretensões perante si deduzidas e decidir, de forma absolutamente gratuita, sem ter sido provocado para tanto, quaisquer questões *en passant*, dando às suas considerações incidentais força de preceito jurisprudencial.

Pelo que se vem de aduzir, não terá passado despercebido que esse modelo de assertividade difere do tratamento tradicional conferido pelos juristas ao tema do ativismo judicial, porquanto – como se viu em ambos os exemplos acima mencionados de julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal – à sua luz pouco importa o mérito em si do que é decidido pelo órgão jurisdicional, mas o *modo* pelo qual ele profere sua decisão. Quando se refere, logo acima, por exemplo, à confusão conceitual em que o STF incorreu ao tratar *obter dictum* como se *ratio decidendi* fosse, não vem ao caso discutir se o art. 514 do Código de Processo Penal deve ou não aplicar-se também a ações penais não lastreadas em inquéritos policiais ou a qualquer ação penal, por crime funcional ou não, muito menos – como seria da índole da discussão por assim dizer clássica sobre ativismo – se essa decisão cabe ao Judiciário ou ao Legislativo. O que importa, pois, não é o mérito dos *habeas corpus*, mas verificar se o STF, no julgamento do primeiro *habeas corpus*, de fato modificou sua jurisprudência a ponto de poder ser citado como precedente para futuros casos e se, não a tendo alterado, está legitimado a tecer considerações impertinentes à resolução de uma demanda, conferindo às suas elucubrações o efeito de coisa julgada que naturalmente não teriam.

Após reconhecer que esse modelo da assertividade enfatiza os aspectos de um ativismo judicial de base processual, Stephen Smith sustenta que o ativismo judicial pode configurar-se, cumulativamente ou não, de aspectos substantivos e processuais. Para ele, o ativismo judicial de cunho substantivo normalmente

¹²³ Na realidade, nem mesmo se tratou de inovação – pelo menos até este momento –, uma vez que, em 30.10.2007, a Segunda Turma do STF reafirmou a jurisprudência clássica sobre o tema, que havia sido, aliás, a *ratio decidendi* do julgamento do HC n. 85.779/RJ. Confira-se, assim, STF, HC n. 91.760-7/PI, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, julgado em 30.10.2007, DJ 29.02.2008 (Ementário/STF nº 2309-2, p. 252).

acarreta “conflito” entre o Judiciário e os outros dois poderes – embora sua concepção de ativismo substancial não se equipare propriamente à clássica crítica ao fenômeno da expansão do primeiro sobre a competência dos dois últimos –, ao passo que o de caráter processual não necessariamente vai implicar esse tipo de tensão, porquanto muitas vezes a decisão processualmente ativista poderá até mesmo ser reputada indisputavelmente correta pela esmagadora maioria das pessoas, embora o professor americano dê a entender que a decisão judicial sobre questões políticas configuraria exemplo de ativismo processual, o que pode levar a algum grau de conflito entre os poderes, já que pela *political questions doctrine* elas seriam não justiciáveis.¹²⁴

Embora Stephen Smith tenha o inegável mérito de ter tentado formular concepções neutras de ativismo judicial que o insulassem contra as corriqueiras tentativas de usá-lo apenas para dar aparência retórica de análise crítica à mera discordância pessoal em relação a uma decisão específica ou a um conjunto de decisões do Judiciário, bem como o de propugnar alguns parâmetros de distinção entre o ativismo judicial substantivo e o ativismo judicial processual, é bem de ver que ele acaba dando menos ênfase ao último e, quando se dedica a ele, como era mesmo de se imaginar, aborda-o sob o enfoque dos institutos processuais norte-americanos, bem diferentes dos congêneres do sistema jurídico brasileiro.

Smith, porém, não é o único a chamar a atenção ao ativismo judicial de ordem processual. Outro jurista americano que ressalta a importância de se analisar o ativismo processual, dedicando-lhe atenção exclusiva, é Gary McDowell, para quem a “*mais importante questão não é como Roe v. Wade foi decidida, mas como a matéria tornou-se objeto de uma ação judicial em primeiro lugar*”.¹²⁵ Segundo ele, portanto, é necessário colocar algumas “*cercas*

¹²⁴ “*Procedural activism*”, anota Smith, “*by contrast, is concerned with the method by which a decision is reached instead of the correctness of the end result. A decision is 'procedural activist' if it reaches the merits when justiciability doctrines grounded in Article III would counsel against doing so or if it resolves more issues than are necessary, strictly speaking, to resolve the case. In these instances, the underlying result may not be correct, and may or may not be substantively activist, yet the decision has been reached through improper means and therefore should be considered procedurally activist*”. SMITH, Stephen, op. cit., p. 80.

¹²⁵ O parágrafo em que se encontra o trecho transcrito, no original, é o seguinte: “*Present Congressional efforts to deal with judicial activism are troubling in two ways. First, they fail to reach to the heart of the matter. The real problem is not the exercise of judicial power in a particular case (Roe v. Wade, permitting abortions, for example) but the exercise of judicial power more broadly considered. By addressing judicial activism on the level of particular decisions, Congress is treating symptoms at the expense of curing causes. The most important issue*

processuais” em torno do exercício das funções do Poder Judiciário, notadamente do controle judicial de constitucionalidade, para que este seja constitucionalmente adequado.¹²⁶

Entretanto, ao contrário de Smith, que aborda o tema de um ponto de vista doutrinário, propugnando certos modelos teóricos para a identificação do ativismo judicial, McDowell sustenta que compete ao Congresso estabelecer, por meio de sua atividade legiferante, essas “*cercas processuais*”, já que, consoante afirma, na linha da clássica tradição montesquiana, todo Poder – Legislativo, Executivo e, igualmente, o Judiciário –, se deixado sem controle externo, tenderá a expandir seu campo de influência à sua máxima efetividade.¹²⁷ É por isso que, para ele, o “*ativismo judicial não é tanto um caso de usurpação judicial como o é de abdicação legislativa*”.¹²⁸

À semelhante conclusão, aliás, chega Christopher Manfredi, o qual, embora tendo em conta a visão por assim dizer tradicional de ativismo, que se vem de esboçar como ativismo judicial substantivo ou material, sustenta que o paradoxo do constitucionalismo atual reside em que, se a prerrogativa de o Judiciário exercer o controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes expande-se ao ponto de ser considerada limitada apenas por uma Constituição cujo significado cabe tão-somente – ou pelo menos em última instância – ao Judiciário definir, e não também pelas esferas próprias de decidibilidade dos outros poderes, conspicuamente do Legislativo, “*então o controle judicial de constitucionalidade não é, ele mesmo, mais restrito por limites constitucionais*”.¹²⁹

is not how Roe v. Wade was decided but how the matter became a cause of action in the first place.” McDOWELL, Gary L. “A Modest Remedy for Judicial Activism”, *Public Interest*, 67, 1982, p. 4.

¹²⁶ “*Controlling the Court through putting back up some of the procedural fences is an idea amply supported by American legal theory and experience – it makes sense in principle and it works in practice. From Felix Frankfurter to Joseph Story to James Kent – indeed, all the way back to Alexander Hamilton – it has been recognized that proper legal procedures are necessary to a proper exercise of judicial power.*” McDOWELL, Gary, op. cit., p. 5.

¹²⁷ McDOWELL, Gary, op. cit., p. 17.

¹²⁸ “*In the final analysis, judicial activism is not so much a case of judicial usurpation as it is of Congressional abdication.*” McDOWELL, Gary, op. cit., p. 17.

¹²⁹ No original, afirma o professor canadense, *in verbis*: “*If judicial review evolves such that political power in its judicial form is limited only by a constitution whose meaning courts alone define, then judicial power is no longer itself constrained by constitutional limits.*” MANFREDI, Christopher P., op. cit., p. 190.

Ocorre que essa constatação, conquanto relevante para a compreensão do tema aqui analisado, não é suficiente para responder à indagação formulada anteriormente, com escopo de delimitar o exercício regular do controle judicial de constitucionalidade de um ilegítimo ativismo judicial constitucional, acerca dos parâmetros delimitadores da competência constitucional do Judiciário para o exercício de suas funções.

Para respondê-la, acredita-se que seja necessário o estudo do que se vem de denominar ativismo judicial processual. Mas aqui exsurge outra dificuldade: a despeito de a discussão acerca do ativismo judicial e dos limites da atividade jurisdicional em matéria de controle de constitucionalidade ser quase que exclusivamente e, sem sombra de dúvida, originalmente tributária dos juristas americanos, a verdade é que a investigação dos aspectos por assim dizer processuais do ativismo judicial, realizada sob a ótica da práxis constitucional brasileira, não logrará colher lições de muita utilidade se se debruçar sobre os debates americanos no ponto, tendo em vista as diferenças expressivas que existem entre os institutos processuais de ambos os países, mesmo que só se levasse em conta o controle judicial difuso de constitucionalidade.

É por isso que, não sem arbitrariedade, tenta-se esboçar, logo a seguir, um conceito de ativismo judicial processual desvinculado dos institutos processuais americanos.

3.2.3

Ativismo judicial processual: o modelo do Brasil

Até este momento, tratou-se muito da história e da práxis do constitucionalismo americano e pouco ou quase nada das tradições constitucionais da Europa continental e, principalmente, do Brasil. É que, tendo sido o berço do controle judicial de constitucionalidade consoante um modelo de freios e contrapesos em que o Judiciário, desde os primórdios da independência americana, teve seu espaço reservado – e igualmente criticado – na vida político-

institucional do país, foi nos Estados Unidos que se desenvolveu a análise dos limites de atuação do Judiciário dentro dos parâmetros adequados da separação dos poderes, para distinguir sua regular atuação de exorbitante ativismo. Desse modo, quem quer se disponha a estudar seriamente esses limites, dificilmente conseguirá furtar-se das lições que a experiência americana tem a ensinar.

Ocorre que há dessemelhanças estruturais notórias entre o constitucionalismo dos Estados Unidos e o do Brasil, distinções que decorrem tanto do fato de os ordenamentos jurídicos de ambos filiarem-se a sistemas tradicionalmente bem diversos como pelas próprias idiosincrasias culturais de cada país. Uma dessas diferenças fundamentais, especialmente importante para o presente trabalho, é a que se dá entre os textos da Constituição dos Estados Unidos e da do Brasil de 1988, que as torna tão distintas uma da outra, mas que, paradoxalmente, acaba por permitir um ativismo judicial, no exercício de sua interpretação e aplicação, igualmente forte em seus respectivos contextos.

O texto da Constituição americana, de 1787, conta com sete artigos, divididos por algumas seções, tendo sido objeto de 27 emendas ao longo de seus mais de duzentos anos de vigência formal. É, assim, o exemplo perfeito de Constituição sintética, que se atém exclusivamente a traçar as linhas básicas da estrutura estatal e a alguns poucos direitos individuais. Entretanto, precisamente por ser sintética, ela dá margem a que a Suprema Corte proceda a construções hermenêuticas não raro totalmente desvinculadas de seu texto, como ocorreu em *Roe v. Wade*, em que ela, do texto constitucional que assegura o devido processo legal, extraiu o direito à privacidade e, deste, o da opção pelo aborto em caso de gravidez indesejada. Já a Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988, por sua vez, em razão da profusão normativa, configura-se num dos melhores exemplos de Carta analítica, quando não casuística,¹³⁰ de modo que dificilmente alguma matéria jurídica não possa, de alguma forma, remeter-se expressamente a seu texto. Desse modo, se o Supremo Tribunal Federal, a quem compete a “guarda da Constituição”, resolvesse limitar sua atividade de interpretação, tanto quanto isso fosse possível – o que não é –, apenas à literalidade do texto constitucional, ainda assim esse Tribunal não deixaria de ter ampla margem de aplicação das normas da

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56.

Lei Fundamental. Nos Estados Unidos, por conta disso, o ativismo judicial é facilitado porque o constituinte *falou pouco*; no Brasil, porque ele já *falou muito*.

No que diz respeito a esse ponto, portanto, cumpre não descurar que o estudo do ativismo judicial à luz do ordenamento jurídico brasileiro, diferentemente do que sucede nos Estados Unidos, deve ter em mente que a Constituição atualmente em vigor no Brasil dá expressamente uma margem de atuação ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal, já em si mesma, de modo literal, incomparavelmente maior do que a que os *founding fathers* teriam hipoteticamente concebido ao Judiciário americano. Aliás, Daniel Sarmento, ao criticar a aplicação das propostas das teorias puramente procedimentais à práxis constitucional brasileira, faz de maneira muito perspicaz essa constatação. Segundo ele:

a aplicação de teorias procedimentais da jurisdição constitucional no Brasil implica um curioso paradoxo. Estas teorias, como se sabe, buscam, em nome da democracia, limitar o ativismo judicial, retirando as questões substantivas da esfera da jurisdição constitucional. Contudo – e aí a suprema contradição –, para adotarem esta teoria, os juízes teriam de ignorar as orientações valorativas já contidas na Constituição. Ou seja, eles teriam que sobrepor a sua teoria constitucional procedimental àquela, sem dúvida substantiva, adotada pelo próprio constituinte originário. É difícil imaginar maior ativismo...¹³¹

É precisamente por conta desse caráter substantivo-comunitário da Constituição de 1988 que o estudo da existência de um ativismo judicial no Brasil fica muito mais próximo da isenção crítico-descritiva se realizado não sob o prisma clássico da usurpação pelo Judiciário da esfera de decidibilidade dos órgãos de soberania popular sobre matérias que haveriam de ser deixadas ao alvitre da deliberação democrática, já que, pelo texto constitucional de 1988, a demarcação dessa usurpação acaba sendo muito imprecisa – embora sob esse enfoque, a toda evidência, também se possa analisar a atual práxis constitucional brasileira –,¹³² mas sob um ponto de vista jurídico-formal.

¹³¹ SARMENTO, Daniel. “Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda”. In: _____. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 193-194.

¹³² Caso perfeito para essa análise é o do julgamento que acaba de ocorrer perante o STF na ADI n. 3.510/2005, sendo requerente o Procurador-Geral da República, requeridos o Presidente da República e outros, tendo como relator o Ministro Carlos Ayres Britto, em que se discute a constitucionalidade, à luz principalmente do direito à vida, de dispositivo legal (art. 5º da Lei nº 11.105/2005) que permitiu a realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias.

Assim, tendo em linha de conta o que acaba de ser dito, bem como o que foi afirmado nos itens anteriores, é preciso distinguir essas duas vertentes de análise do fenômeno do ativismo judicial, para, feita a distinção, verificar em que medida o conceito de ativismo jurídico-formal presta-se a descrever o cenário constitucional brasileiro.

Conforme já se afirmou, as concepções de ativismo judicial, a despeito de tentativas como a do modelo de identificação chamado por Stephen Smith de “assertividade”, ou das críticas de McDowell, acabam por não refugir ao velho bordão da decisão pelo Judiciário de questões cuja resolução caberia aos órgãos de representatividade democrática. Todas essas concepções têm em comum a crítica – que, como referido acima, pode ser exclusivamente uma forma velada de manifestação de discordância – ao mérito de decisões proferidas pelo Judiciário, no que, como alertado anteriormente, aliás, não diferem em profundidade das discussões acerca da “judicialização da política” ou da “legitimidade democrática da jurisdição constitucional”. Assim, para ficar no exemplo mais discutido de ativismo judicial, *Roe v. Wade*, a questão que mais despertou os inúmeros debates acerca do caso não foi propriamente se as regras de direito processual foram respeitadas pela Suprema Corte – conquanto em relação a esse ponto também tenha havido discussão suficiente –, mas se esse Tribunal poderia ter decidido tema tão polêmico na sociedade como o direito ao aborto, consagrando-o ou negando-lhe existência jurídica.¹³³

No Direito brasileiro, o ativismo judicial não tem merecido a atenção que o assunto exige nem da doutrina nem da jurisprudência do STF. No máximo, verifica-se que alguns autores o abordam do ponto de vista da legitimidade da jurisdição constitucional, traduzindo discussões de Filosofia do Direito acerca de visões substancialistas e procedimentalistas da teoria constitucional. Veja-se, nesse sentido, que mesmo no recente e controvertido caso da ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510-0/DF, em que se discute a validade constitucional do art. 5º da Lei n. 11.105 de 2005, que permitiu a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos, para fins de pesquisa científica, à luz do direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana, nenhuma crítica séria foi feita contra a apropriação pelo Supremo Tribunal Federal da prerrogativa

¹³³ HALL, Kermit, op. cit., pp. 263-264.

de conferir a palavra final acerca de uma questão que já foi objeto de deliberação pelo Congresso Nacional, e para cuja resolução os conhecimentos jurídicos são bem menos importantes do que a visão filosófica, religiosa e cultural de quem se dispõe a resolvê-la.

Assim, falar em ativismo judicial processual ou formal num país em que o ativismo judicial material, ou clássico, não é questionado nem num caso como o referido no parágrafo anterior talvez pudesse parecer bizantinismo acadêmico. Ocorre que, precisamente porque no Brasil ainda não se discutem seriamente os limites da atuação do Poder Judiciário, notadamente do STF, no quadro da separação de poderes traçado pela Constituição de 1988, o ativismo brasileiro mostra-se mais difuso do que o americano, porquanto ele tem incidido preponderantemente sobre institutos de natureza estritamente jurídico-processual.

O ativismo judicial processual, dessarte, não se refere às supostas decisões judiciais sobre assuntos que seriam da exclusiva esfera das deliberações democráticas, mas sim à exorbitância do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, na definição de sua própria competência e dos efeitos de suas decisões.

Como cabe ao Judiciário ser o juiz da própria competência – e numa corte constitucional como o Supremo Tribunal Federal essa competência é irrecorrível –, qualquer decisão sua que implique alargamento dos limites constitucionalmente delimitados para o exercício legítimo da jurisdição, a toda evidência, acarretará inevitável concentração de poder em sua esfera de decidibilidade. Do mesmo modo, quando o Judiciário arroga-se a prerrogativa de definir discricionariamente a abrangência temporal, espacial e funcional da eficácia de suas decisões, inegavelmente ele confere a si mesmo um poder muito dificilmente imaginável num quadro ideal de freios e contrapesos que justifica a separação de poderes.

Ao se falar em ativismo judicial material, assim, o que se pretende assentar é que o Judiciário, ao decidir uma demanda, imiscuiu-se no mérito de assuntos que não lhe diziam respeito. Ao contrário, quando se fala em ativismo judicial processual, o que se tem em mente não é especificamente o que, em uma demanda, o Judiciário tenha decidido, mas sim que, ao julgar uma demanda, independentemente de seu mérito, ele arbitrariamente teria alargado seu campo de

decidibilidade e, com isso, concentrado em si mais poder do que legitimamente lhe fora atribuído pela Constituição.

Uma comparação um tanto simplista poderá elucidar a distinção que aqui se intenciona fazer. A doutrina costuma distinguir a inconstitucionalidade formal da material, embora a consequência seja a mesma, tendo em conta a origem da invalidade da norma, se de ordem formal ou material. Assim, se ocorrerem vícios formais a traduzir “*defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência*”,¹³⁴ estar-se-á diante de inconstitucionalidade formal. Nesse caso, independentemente de o conteúdo do ato normativo em questão ser plenamente adequado ao texto constitucional, o ato será inconstitucional porque o procedimento adotado para sua edição foi viciado. Se, por outro lado, o ato normativo estiver em contrariedade ao conteúdo de regra ou princípio estabelecido no texto da Constituição, o caso será de inconstitucionalidade material. *Mutatis mutandis*, o ativismo judicial processual ou formal é o desrespeito, em desequilíbrio ao postulado da separação dos poderes, pelo Poder Judiciário das regras de ordem técnica ou procedimental para o exercício da jurisdição, ao passo que o ativismo judicial material ou clássico configura-se na manifestação indevida por esse Poder acerca do mérito, ou seja, do conteúdo de questões da competência dos outros poderes.

Em ambos os casos, do mesmo modo, a consequência é a mesma exorbitância dos limites constitucionais para o exercício da jurisdição. Entretanto, no ativismo material, o Judiciário exorbita seus lindes constitucionais de atuação imiscuindo-se na competência dos outros poderes; no processual, ao revés, independentemente de decidir sobre as questões da competência do Legislativo e do Executivo, o Judiciário alarga indevidamente a própria esfera de poder. No primeiro caso, assim, é a competência alheia que é invadida; no segundo, é a competência própria que é alargada.

Pelo conceito acima esboçado, o ativismo judicial processual ou formal, ao contrário do ativismo judicial material ou clássico, não se verifica – ou não necessariamente se verifica – quando o mérito do julgamento pelo Judiciário seja

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 961.

controvertido à luz da separação dos poderes e da suposta esfera exclusiva de deliberação dos poderes de representatividade democrática. O que faz uma decisão judicial ser processualmente ativista, nesse sentido, não é o que o órgão jurisdicional julga – se o direito ao aborto, se o direito à pesquisa com células-tronco, seja o que for o mérito da demanda –, mas se ele pode julgar a questão, à luz interna de sua própria competência, e não do ponto de vista de ser a decisão da competência de algum dos outros poderes, bem como se ele, ao julgá-la, tem a prerrogativa de conferir à decisão um efeito que não lhe foi legitimamente conferido pela Constituição.

Um ponto interessante a ressaltar aqui, na linha da advertência de Gary McDowell feita acima,¹³⁵ no sentido de que o ativismo judicial talvez seja menos um caso de usurpação judicial do que de abstenção legislativa, é que não raras vezes o desequilíbrio em prol do Judiciário na tripartição dos poderes é consequência de uma atitude do próprio legislador – ordinário e/ou constituinte derivado –, quando concentra no primeiro mais poder do que imaginado pelo constituinte originário.¹³⁶

Não há como negar, por conseguinte, seja qual for sua origem, que é lícito supor que esse ativismo judicial processual acaba por ter consequências tão sérias ao equilíbrio constitucional entre os poderes quanto o que os estudiosos do ativismo judicial clássico – aqui adjetivado também pelo termo “material” – vêem neste.

Tendo isso em vista, no próximo capítulo verificar-se-á a manifestação do ativismo judicial de índole processual no Supremo Tribunal Federal.

¹³⁵ McDOWELL, Gary, op. cit., p. 17.

¹³⁶ Fugiria completamente ao objeto deste trabalho tentar explicitar minimamente os motivos que levam amiúde, na atualidade, o Parlamento a conferir, por leis ou por emendas à Constituição, ao Judiciário, notadamente aos Tribunais Constitucionais, poderes para exercer a fiscalização rigorosa sobre os próprios atos. Para uma visão do legislador – e da lei – no Estado contemporâneo, do ponto de vista jurídico, v. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. 3ª ed. Trad. Marina Gascón. Editorial Trotta, 1999, pp. 33-41.